O ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES[1]

THE JUDICIAL ACTIVISM OF SUPREME FEDERAL COURT AND THE CONSEQUENCES ON PRINCIPLE OF THE SEPARATION OF POWERS

Genilson Albano Fernandes[2]
Rômulo Wagner da Silva Ribeiro[3]
Kassia Kalianny Gomes da Silva Moraes[4]

Resumo: O presente estudo aborda o ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal (STF) e como essa atuação pode gerar consequências no princípio da separação dos Poderes, que advém das reflexões e propostas de Montesquieu e está preconizado na nossa Carta Magna em seu artigo 2º. Inicialmente, foi feita uma análise da evolução do conceito de ativismo judicial ao longo da história, destacando seu surgimento e sua posterior adoção no Brasil. De igual modo, foi examinado o princípio da separação dos Poderes, fundamental por sua importância na garantia dos direitos e na prevenção do abuso de poder, assim como seu papel na delimitação das competências dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Posteriormente, apresentou-se casos elencados pela bibliografia como sendo atuação militante do STF na área penal e das políticas públicas e, por fim, analisou-se as consequências como a insegurança jurídica, judicialização da política, viés contramajoritário e a descrença no Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Separação do Poderes. Supremo Tribunal Federal.

Abstract: This article presents judicial activism in the Federal Supreme Court (STF) and how this action can have consequences on the principle of separation of powers, which comes from Montesquieu's reflections and is advocated in our Carta Magna in its article 2º. Initially, an analysis was made of the evolution of the concept of judicial activism throughout history, highlighting its emergence and subsequent adoption in Brazil. Likewise, the principle of separation of powers was examined, fundamental for its importance in guaranteeing rights and preventing abuse of power, as well as its role in delimiting the competences of the Legislative, Executive and Judiciary powers. Subsequently, cases listed in the bibliography were presented as being a activism role of the STF in the criminal area and public policies and, finally, the consequences were analyzed, such as legal uncertainty, judicialization of politics, countermajoritarian bias and disbelief in the Democratic State of Right.

Keywords: Judicial activism. Separation of Powers. Federal Court of Justice.

---

[1] Artigo apresentado à Universidade Potiguar (UNP), como parte dos requisitos para obtenção do título de bacharel em Direito em 2023. Professora orientadora: Esp. Kassia Kalianny Gomes da Silva Morais, e-mail: kassia.morais@animaeducacao.com.br

[2] Graduando em Direito na UNP, e-mail: genilsonalbano@gmail.com
[3] Graduando em Direito na UNP, e-mail: romulo.wagner@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

O ativismo judicial, que pode ser caracterizado como o protagonismo das decisões do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes instituídos, está presente em várias nações e é objeto de vários estudos acadêmicos. Seu surgimento e a sua maior ou menor aplicação estão intimamente atrelados a fatores históricos, especialmente aqueles ligados ao campo do Direito Constitucional e da corrente de pensamento jurídico-filosófica denominada de Neoconstitucionalismo.

Apesar de, num primeiro momento, parecer uma temática já massivamente debatida em estudos acadêmicos, o cenário atual demanda por um estudo analítico desse modelo de atuação no Supremo Tribunal Federal (STF), sobretudo, pelas demonstrações recentes de insatisfação da população brasileira com sua Suprema Corte (PODERDATA, 2021). Não é incomum vermos as decisões do STF causando repercussões negativas na população, entre os chefes dos demais Poderes e ocupando mais as seções políticas do que as jurídicas nas páginas de noticiários, de mesmo modo, é comum vermos declarações públicas de ministros da Corte no sentido de exaltar o Poder Judiciário em detrimentos dos demais.

Em meio a esse protagonismo da Suprema Corte brasileira, tem-se o princípio da separação dos Poderes, advindo historicamente de Aristóteles (240 A.C.), mas consagrado pelo modelo de Montesquieu de 1748 com a “Tripartição orgânica” afirmando que a liberdade política só se acharia presente nos governos moderados, ou seja, naqueles nos quais o poder fosse dividido em esferas com a finalidade de evitar governos absolutos que abusassem do poder. Recepcionado pela nossa Constituição Federal (CF) de 1988, esse princípio é traduzido em nossa Carta Magna na existência de poderes independentes e harmônios entre si.

Nesse contexto, o presente artigo busca, por meio de uma pesquisa bibliográfica, apresentar nas seções iniciais a conceituação histórica do termo ativismo e do princípio da separação dos Poderes, em seguida, elencar casos de atuação ativista da Suprema Corte brasileira em conformidade com a literatura presente e, por fim, fazer uma análise dessa atuação à luz do artigo 2º da CF perante o aspecto da separação dos Poderes.

Referente a revisão bibliográfica, buscou-se analisar teses de juristas e doutrinadores com posições opostas sobre o ativismo a fim de captar uma visão mais ampla, sem deixar de registrar as opiniões de ministros e ex-ministros do STF.

Ao elencar exemplos de atuação ativista, foi selecionado casos emblemáticos que podem repercutir nas relações entre os Poderes instituídos. Por fim, na análise dessa atuação em reflexo ao princípio da separação dos Poderes, foi expressa a bibliografia consultada sem deixar de registar as percepções dos pesquisadores.

2. A CONSTRUÇÃO CONCEITUAL E HISTÓRICA

Esse artigo não busca esgotar os conceitos dos termos em estudo, mas atendendo o necessário critério de definição de termos de um trabalho científico, apresenta-se a seguir uma revisão conceitual e histórica do ativismo judicial e do princípio da separação dos Poderes.

2.1. Do Ativismo Judicial

O Ativismo Judicial pode ter uma conceituação ampla que passa por vários autores e vieses para chegar a sua definição, todavia nesse estudo o termo será considerado como uma atuação do judiciário que ultrapassa suas funções típicas judicantes. Para Barroso, jurista e atual ministro do STF, o ativismo está associado "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" (BARROSO, 2009, p. 6), é justamente sobre o grau dessa "interferência", sobretudo no princípio da separação do Poderes, que esse artigo pretende fazer campo de estudo, não esquecendo, por óbvio, da mesma interferência na seara privada dos indivíduos.

Em uma revisão histórica o termo ativismo apresenta-se ter surgido não no campo jurídico, mas em um artigo de 1947 sobre economia. A expressão é atribuída a Arthur Schlesinger Jr. que na época escrevera sobre a relação da *Supreme Court* americana com o presidente Franklin Delano Roosevelt. Destaca-se que não se confunde a data de criação do termo com as atividades ativistas da Corte americana, para Ramos (2021, p. 22):

> Salienta-se que, embora o termo tenha surgido apenas em 1947, a atuação ativista da Supreme Court dos Estados Unidos teve sua consolidação muito tempo antes, nos primórdios do século XIX. Isso porque, segundo os estudiosos americanos em 1803, no caso Marbury v. Madison, a Corte liderada pelo *judge* John Marshall, atribuiu a si própria competência para atuar no controle difuso de constitucionalidade das leis,

> mesmo sem o amparo constitucional, configurando a típica atuação ativista na espécie criação judicial do direito.

No Brasil, após a redemocratização da década de 1980 e a promulgação da CF de 1988, muitos direitos e garantias foram reconhecidos e ampliados, o que buscava uma maior proteção aos cidadãos brasileiros. Nesse contexto, o STF assumiu um papel importante na interpretação e aplicação da Constituição, muitas vezes utilizando-se de uma abordagem mais ativa na defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos. Além disso, o STF também passou a ser visto como um poder contramajoritário, na tentativa de proteger minorias e grupos vulneráveis.

O ativismo judicial no Brasil ganhou ainda mais destaque nos anos 2000, quando o STF passou a se envolver em questões políticas e sociais controversas, como a legalização do aborto em casos de anencefalia, a união estável entre pessoas do mesmo sexo e a criminalização da homofobia. Hodiernamente, o Poder Judiciário do Brasil, sobretudo nossa Suprema Corte, tem exibido, em determinadas situações, uma posição claramente ativista.

2.2. Do princípio da separação dos Poderes

O desenvolvimento das pesquisas de Barbosa e Saracho (2018) têm por seus fundamentos bibliográficos, teorias e princípios retroativos direcionados aos temas exemplares como a teoria da separação de Poderes. Essa surgiu através de um idealismo absoluto que prezava por uma justiça igualitária, harmônica e soberana.

Pela prevalência do entendimento de Barbosa e Saracho (2018), a teoria da separação dos Poderes de Montesquieu foi inspirada em Locke que, também, influenciou significativamente os pensadores norte-americanos na elaboração da Declaração de sua independência, em 1776. Em todas as questões sociais e políticas Locke via que o fator último é a natureza do homem. Locke seguia o idealismo que:

> Os homens nasciam livres e com direitos iguais. A renúncia ao poder pessoal somente pode ser para melhor e, por isso, o poder de governo e de legislatura constituída pelos homens no acordo social não poderia ir além do requerido para as finalidades desejadas. Os pleitos deveriam ser resolvidos por juízes neutros e honestos, de acordo com as leis (BARBOSA, SARACHO, 2018, p.1).

Montesquieu acreditava que para afastar governos absolutistas e evitar a produção de normas tirânicas, seria fundamental estabelecer a autonomia e os limites de cada poder. Com isto, cria-se a ideia de que só o poder controla o poder, nisso, o Sistema de freios e contrapesos, onde cada poder é autônomo e deve exercer determinada função, deve ser controlado por outros poderes.

O poder é uma forma de controle social capaz de direcionar a conduta de um determinado grupo de pessoas. Contudo, o exercício do poder tende a ultrapassar e, até mesmo, abusar dos limites estabelecidos pela lei. Logo, é fundamental a constante alternância dos dirigentes nos poderes Legislativo e Executivo, nos regimes democráticos. A separação dos Poderes é um princípio básico da organização da maioria dos Estados democráticos. O princípio da separação dos Poderes inspirou os modelos constitucionais das liberdades fundamentais do homem, estando presente no Estado liberal, no Estado Social e no Estado Democrático, fazendo parte de todos os modelos do Estado de Direito.

Segundo o entendimento de Nery Junior (2020, p. 8), o Brasil, após a Independência, adotou, em 1824, a Separação dos Poderes em sua Constituição Imperial, outorgada por Sua Majestade Imperial, o Imperador Dom Pedro I do Brasil, o Libertador, que se apropriou do Poder Constituinte Originário, gozando de prerrogativas ilimitadas para elaboração da Constituição. Todavia, o modelo de separação adotado foi a teoria do francês Henri-Benjamin Constant de Rebecque (1767-1830), que, diferente da tripartição do barão de Montesquieu, era quadripartite.

Diante das alusões bibliográficas de Said Filho (2020, p. 217) Montesquieu identifica a existência de três poderes inerentes ao Estado, defendendo que cada um fosse competente para desempenhar funções específicas e que o sistema de distribuição das competências assegurasse a harmonia entre eles: poder legislativo, que corresponderia à atribuição do príncipe ou magistrado fazer leis por certo tempo ou para sempre, corrigir ou ab-rogar as que estão feitas; poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes (denominado de Poder Executivo do Estado), pelo qual faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança e previne invasões; poder judiciário das coisas que dependem do direito civil (denominado de poder de julgar), através do qual pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos.

Dessa forma, o princípio dos poderes harmônicos e independentes acabou por dar origem ao conhecido Sistema de “freios e contrapesos”, pelo qual os atos gerais, praticados exclusivamente pelo Poder Legislativo, consistentes na emissão de regras gerais e abstratas, limita o Poder Executivo, que só pode agir mediantes atos especiais, decorrentes da norma geral. Para impedir o abuso de qualquer dos poderes de seus limites e competências, dá-se a ação do controle da constitucionalidade das leis, da decisão dos conflitos intersubjetivos e da função garantidora dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito, pelo Poder Judiciário.

De igual modo, a separação de poderes e o *Checks and Balances System* seriam perfeitamente compatíveis com o Estado Democrático de Direito, limitando-se o poder, mas garantindo-se a plena liberdade política dos indivíduos e dos direitos das minorias. Possibilita, de igual forma, a formação do Estado de Direito, na medida em que ele previne o abuso governamental submetendo governantes e governados as regras e aos procedimentos legais, onde ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de prévia determinação legal.

3. ATUAÇÃO ATIVISTA DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA

É inegável que decisões importantes e com repercussão no campo individual e nos Poderes instituídos no artigo 2º da CF são tomadas pelo no Poder Judiciário, sobretudo, no STF, guardião da nossa Carta Magna, dessa forma, elenca-se a seguir alguns casos de decisões consideradas pelos juristas como sendo expressão do ativismo.

3.1. Casos na seara penal

Um *case* emblemático de ativismo no STF está na equiparação judicial da ação denominada homofobia com o crime de racismo. É entendido que no Brasil as leis criam-se através de processos nos quais o poder legislativo é o responsável por concebê-las. A lei penal para ser criada precisa passar em cada

casa do congresso nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos, depois passa para a sanção presidencial.

Entretanto, o caminho da criação, ou equiparação, do crime de homofobia seguiu rito diverso: pode-se assinalar como ponto de partida o mandado de injunção impetrado pela Associação da Parada do Orgulho GLBT de são Paulo (APOLGBT-SP) para que o STF definisse o crime de homofobia, outro pedido foi uma ADO (ação direta de inconstitucionalidade por omissão), impetrada pelo Partido Popular socialista (PPS), que determina ao legislativo o dever de elaborar uma legislação nesse sentido.

Dessa forma, o STF atendeu ao pedido do partido político e equiparando a homofobia e transfobia ao crime de racismo, ferindo assim o princípio da legalidade, onde retrata que só poderá ser considerado crime aquilo que está escrito em lei, dentro do Código Penal na redação do seu artigo 1º: “não há crime sem lei anterior que o defina, não há pena sem prévia cominação legal”.

Em outra perspectiva, trazendo a visão do pesquisador Bernardo Camargo Burlamaqui que é favorável a uma atuação mais ativista do STF, a qual, em sua visão, historicamente grupos sociais são postos à margem da sociedade por outros, dominantes. Isto ocorre com os negros, índios, mulheres, e outras minorias que, com frequência, não só sofrem opressão social, como se encontram desamparadas pelo sistema jurídico nacional (BURLAMAQUI, 2016).

A Constituição da República de 1988, escrita e aprovada no bojo de discussões de direitos humanos motivadas por um sentimento democrático, modificou, em boa parte, a situação de tantas pessoas que, anteriormente, se enxergavam esquecidas pelas instituições oficiais do Estado Brasileiro. Ocorre que a população de lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transgêneros e transexuais, mesmo após os anos 2000, não possuíam seus direitos devidamente assegurados por documentos legais. Deste modo, e diante de uma evidente ausência de políticas públicas voltadas a esta parcela de cidadãos, a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero não encontrava barreira jurídica, ao menos não expressamente (BURLAMAQUI, 2016).

A denominada população LGBT, assim, viu-se obrigada a recorrer ao Poder Judiciário para que seus direitos, sobretudo à proteção contra discriminação, fossem efetivamente reconhecidos. Nessa esteira, por meio do Mandado de Injunção n. 4733 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por

Omissão n. 26, pleiteou-se o que se convencionou a chamar de criminalização da homotransfobia (BURLAMAQUI, 2016).

Ambos os processos foram admitidos pelo Supremo Tribunal Federal, haja vista a inexistência de norma específica sobre a discriminação em questão, apesar de ser latente o dever constitucional de proteção e, por consequência, de regulação das condutas violadoras de tal direito. O julgamento, portanto, teve início junto ao STF, sem, contudo, enfrentar resistência de determinados grupos político-sociais. Entre os argumentos contrários a eventual decisão que se mostrasse favorável à criminalização de conduta homotransfóbica, verificavam-se o do princípio da reserva legal e o do direito à liberdade religiosa, ambos amplamente enfrentados pelos Ministros da Corte, que decidiu por atender aos pedidos autorais (BURLAMAQUI, 2016).

Outro caso de atuação do STF com repercussão penal e considerado por juristas como ativismo em causa própria são os inquéritos nº 4.781 e nº 4.828, o primeiro destinado a “investigar a existência de notícias falsas, denunciações caluniosas, ameaças e roubos de publicação sem os devidos direitos autorais, infrações que podem configurar calúnia, difamação e injúria contra os membros da Suprema Corte e seus familiares” (Inquérito 4.784). Entre os desdobramentos dessas investigações está a prisão de um parlamentar federal mediante um mandado de prisão em flagrante continuado por opiniões publicadas em redes virtuais.

A criatividade ativista da nossa Suprema Corte começa fica evidente na leitura do parágrafo anterior quando é apresentando a figura de um flagrante continuado e a desconsideração da imunidade material de um parlamentar, nesse sentido, Sponholz e Piovezam (2021) destaca haver irregularidades nessas duas aplicações pelo ministro do STF, Alexandre de Moraes, “não é juridicamente possível prender alguém em flagrante após horas ou mesmo dias após a consumação do crime[...][...]sem que tenha havido perseguição [...] ” (SPONHOLZ, PIOVEZAM, 2021 p. 349), no referente ao desprezo à imunidade material os autores afirmam que ministro Alexandre de Morais ao se colocar na posição de vítima e julgador, ao mesmo tempo, foi movido pelo ímpeto do revide, os autores destacam: “Moraes decidiu, embalado pela fúria, o que um parlamentar pode ou não falar, apesar da Constituição dispor expressamente que os

deputados e senadores são invioláveis por quaisquer opiniões, palavras e votos" (SPONHOLZ, PIOVEZAM, 2021 pág. 343).

As irregularidades desses inquéritos não param nessas duas facetas, uma das bases do Jurisdição brasileira, qual seja, a inércia do Poder Judiciário, também foi deixada de lado quando ministro agiu sem uma provocação judicial de quem assim o devia fazer, Marco Aurélio de Mello, o ex-ministro de STF em entrevista sobre o caso em análise afirma:

> não é concebível a própria vítima provocar a instauração de um inquérito e foi o que ocorreu, ou seja, o presidente do Supremo, Dias Toffoli, não só instaurou sem provocação da polícia, do Ministério Público como também escolheu a dedo quem seria o relator do inquérito e isso não se coaduna com o Direito positivo, com a Constituição Federal, com os ares democrático (MARCO..., 2021).

O próprio parlamentar acusado, em sua audiência de custódia, chamou atenção do juiz Airton Vieira, que fazia parte da equipe do gabinete do ministro Alexandre de Moraes, que sua prisão não poderia ocorrer tendo o flagrantes como meio "[...] tenho para mim que a situação reputada como flagrante, assim não poderia tê-lo sido [...] [...] Por exemplo, se houvesse algum vídeo disponível de um narcotraficante, tendo sido visto por mim, questiono se eu poderia, tempos depois, autuá-lo em flagrantes[4]?". Com o pertinente questionamento, o parlamentar joga luz numa Suprema Corte que parece se afastar do direito e abusar do uso do ativismo para consecução de objetivos que se assemelham mais aos pessoais do que aos coletivos.

3.2. Casos na seara das políticas públicas

A atuação ativista do STF também está em campos diversos do penal e temos como exemplo as políticas públicas, inicialmente cabe conceituar políticas públicas como diretrizes discricionárias dos Poderes Executivo e Legislativo, em outras palavras, é a atuação típica desses poderes, no primeiro caso, executando a administração da coisa pública, no segundo caso, legislando sobre interesses

[4] Os inquéritos nº 4.781 e nº 4.828 estão sob segredo de justiça em consulta ao site do STF na data de 31/03/2023, as transcrições aqui presentes foram obtidas em PODER 360 (2021).

públicos. Com uma atuação que extrapola a atividade judicante, o Judiciário finda executando a administração e legislando.

Maria José Milhomem (2017) cita a ADPF nº 378, de dezembro de 2015, como exemplo de um STF ativista na esfera legislativa, quando a Suprema Corte decidiu pormenores do rito do processo de *impeachment,* determinando assim, como o Congresso Nacional deve agir em um processo interno. A história também traz a torna um fatídico episódio em que o STF, representado pelo ministro Ricardo Lewandowski, no processo de *impeachment* da ex-presidente de 2016, ressignificou não só a Constituição Federal, como a língua portuguesa, ao ter um entendimento criativo de dividir a punição em caso de impedimento, contrariando o nítido dispositivo constitucional no seu artigo 52, parágrafo único que a pena é uma só e composta:

> Parágrafo único. Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, **com inabilitação**, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis. (BRASIL, 1988) Grifo nosso.

Apesar do texto constitucional ser nítido e a doutrina até aquela data ser uníssona no sentido de que a condenação à perda do cargo também submete a inabilitação para o exercício de qualquer função pública, não foi esse o entendimento do ministro Lewandowski, após um pedido de destaque da base aliada da então atual presidente, fazendo a votação da perda de cargo em separado da inabilitação numa típica atuação ativista.

No sentido doutrinário, José Afonso da Silva (2016) destaca:

> Note-se que a inabilitação decorre necessariamente da pena de perda do cargo, pois, no sistema atual, não comporta apreciação quanto a saber se cabe ou não cabe a inabilitação. **'Com inabilitação' é uma cláusula que significa decorrência necessária, pois o tempo também é prefixado pela própria Constituição.** No caso Collor de Mello, o Senado teve que se pronunciar precisamente, porque a renúncia se dava exatamente no momento do julgamento e cumpria verificar, à falta de precedentes, se o processo se encerrava ou se prosseguia o julgamento para concluir pela aplicação da pena de inabilitação para a função pública pelo prazo de oito anos. A decisão foi no sentido de que o julgamento prosseguia e, em prosseguindo, concluiu, como não poderia ser diferente, pela inabilitação, considerando esta decorrente da perda do cargo pela renúncia. (SILVA, 2016, p. 552) (grifo nosso)

Além desse caso relacionado ao legislativo federal, a literatura elenca a interferências do STF no Poder Executivo no julgamento do recurso extraordinário nº 592581 de 2015, quando o STF determinou a reforma de uma casa de detenção em Uruguaiana no Rio Grande do Sul adentrando no campo discricionário do executivo estadual, e na ADPF 760 e ADO 54 nas quais a ministra Cármem Lúcia estabeleceu que o Executivo Federal implementasse um plano de ação moldes do PPCDAm (Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia), pois, segundo o voto vencedor, a União estaria tendo uma atuação insuficiente diante da problemática.

Tais atuações podem trazer consequências nas relações entre os poderes, no ordenamento jurídico nacional e na percepção dos indivíduos como se analisa a seguir.

4. AS CONSEQUÊNCIAS DO ATIVISMO DO STF NO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O Brasil, após a promulgação da Constituição de 1988, não teve rupturas em seu texto constitucional além daquelas já previstas em seu artigo 60 que versa sobre as emendas à Constituição, dessa forma, espera-se um campo de estudos e práticas constitucionais mais harmônico e seguro juridicamente. Todavia, apresenta-se facilmente observáveis controvérsias e litígios na prática constitucional causadas por um Judiciário cada vez mais ativista, que beira seus limites de atuação. Destaca-se a seguir pontos presentes nas bibliografias pesquisadas que relacionam essa atuação com o princípio constitucional da separação do Poderes.

4.1. Insegurança jurídica

Os resultados de uma Suprema Corte ativista podem agradar uns e desagradar outros em uma mesma decisão de um caso concreto, portanto, as opiniões bibliográficas devem ser ponderadas e buscar representar uma diversidade de pontos de vista, entretanto nesse ínterim, algumas repercussões de

um STF militante podem ser apresentadas como unânime entre os pesquisadores, por exemplo, a insegurança jurídica.

Até para o ministro Roberto Barroso, um defensor de uma atuação ativista, a segurança jurídica se faz necessária e se realiza quando o STF "acata escolha legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes" (BARROSO 2009, p. 19). Dessa forma, o ministro expõe a importância da segurança jurídica para um estado de direito.

Monteiro (2021), em expressão contrária, afirma que, independentemente de como se manifeste, o ativismo sempre proporciona resultados negativos, como exemplo a insegurança jurídica: “Nenhum país se desenvolve sem segurança jurídica, e não há segurança jurídica sem previsibilidade”, ele acrescenta que “fica muito difícil para a população saber o que a lei proíbe e o que ela permite” (MONTEIRO 2021, p. 302).

Contrariando o importante princípio da segurança jurídica, o STF vem alterando entendimentos ditos como consolidados pelos juristas e quando assim o faz não demostra nas decisões preocupação com a possível insegurança das normas jurídicas resultante, como no caso da constitucionalidade da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) nos recursos extraordinários (RE) nº 955227 e nº 949297, em que o STF decidiu que os efeitos de uma decisão definitiva sobre tributos recolhidos de forma continuada perde seus efeitos no momento em que a Corte se pronunciar em sentido contrário, ou seja, os efeitos da coisa julgada podem ser interrompidos.

O ministro do STF, Luiz Fux, em afirmação contrária dos seus pares nos RE citados, demostrou insatisfação com a decisão do colegiado no caso da CSLL ao afirmar a importância da coisa julgada para a estabilidade social e jurídica, a decisão, segundo ele, "destruiu a coisa julgada, que criou a maior surpresa fiscal para os contribuintes, um risco sistêmico absurdo". O ministro ainda lançou luz a uma provocação: "se a gente relativiza a coisa julgada, vale a segunda e não a primeira, porque não a terceira, a quarta e a quinta? E quando vamos ter segurança jurídica?" (RIBEIRO, 2023 p.1).

A insegurança jurídica, um dos efeitos colaterais do ativismo, afeta a desarmonia da ordem jurídica o que causa reflexos nos princípios constitucionais, sobretudo, da divisão dos Poderes ao ter uma Suprema Corte com tendencia a

interpretações diversas daquelas pretendidas pelo legislador e ao aumentar a complexidade das atividades administrativas do Poder Executivo com as mudanças de entendimentos.

4.2. Viés contramajoritário

Segundo parte dos juristas, o ativismo judicial pode ser uma importante ferramenta de proteção das minorias, especialmente em países com democracias ainda em consolidação ou onde os direitos das minorias são frequentemente desrespeitados. Essa proteção pode se materializar com a chamada função contramajoritária do STF, defendida pelo ex-ministro Celso de Mello afirmando que “cabe ao STF o exercício da função contramajoritária para a efetiva proteção das minorias, pois nem mesmo os grupos majoritários podem se sobrepor à Democracia" (IBCCRIM, 2020, p.1)

Dessa forma, a teoria contramajoritária tem sido utilizada pelo STF em diversos casos que envolvem temas polêmicos e sensíveis, como a descriminalização do aborto, o reconhecimento das uniões homoafetivas, a legalização da maconha para uso medicinal, entre outros.

Entretanto, essa atuação resulta em um enfrentamento da atividade típica do Poder Legislativo. Quando legisla sob a égide da representatividade dos membros do Congresso Nacional, o Poder legiferante produz normas de acordo os sentimentos e valores da população que o constituiu, portanto, uma atuação do Judiciário contra esse entendimento seria contra as bases democrática. Nesse sentido, Freyesleben (2020, p.177) destaca que com a função contramajoritária o STF coloca o Legislativo como “adversário” ao adequar a norma jurídica “[...] às práticas e costumes de grupos minoritários”.

Apesar disso, Barroso (2019) vem justificar a atuação contramajoritária, a despeito de uma possível interferência nas decisões daqueles que detém mandato eletivo, com um fundamento normativo:

> A maior parte dos Estados democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos que não são recrutados pela via eleitoral, e cuja atuação é de natureza **predominantemente técnica e imparcial**. (BARROSO, 2019, p.11) Grifo nosso.

Nesse contexto, destaca-se a parte final da fala do ministro que condiciona a atuação dentro de limiar técnico e imparcial, considerando a própria essência do ativismo e os exemplos práticos nos julgamentos de casos concretos, manter essas condicionantes tem sido um desafio.

Entre as crítica a essa atuação, encontramos a falta de legitimidade democrática: pelo fato dos juízes do STF tomarem decisões que afetam a sociedade como um todo, sem ter sido eleitos democraticamente para isso, a dificuldade na definição do que são os direitos fundamentais: por ser um conceito abstrato é difícil a definição, e violação da autonomia dos estados e municípios: a teoria contramajoritária pode ser vista como uma forma de centralização do poder, em que o STF anula decisões tomadas por governos locais e impõe suas próprias políticas em todo o país.

Portanto, a atividade contramajoritária deve ser vista com atenção, sobretudo, na sua capacidade de adentrar nas prerrogativas dos demais Poderes e desconfigurar a distribuição de competências presente na Constituição Federal.

4.3. Judicialização da política

O Judiciário brasileiro passou a ser palco de questionamentos políticos, ou seja, temas que deveriam ser discutidos no Legislativo e decididos em sua aplicação prática pelo Executivo estão sendo levado ao Judiciário. Esse fenômeno conhecido como judicialização da política, segundo jurista, está fortemente relacionado com o ativismo. Partidos políticos, entidades privadas ou de terceiro setor ao perceberem que o Judiciário, em especial o STF, tendem a favorecer suas demandas com o ativismo, buscam imediatamente esse Poder ao invés de ir pela via que a própria Constituição Federal desenha, ou seja, pelo fluxo do Poder Legislativo.

Esse fenômeno pode ocorrer em diversos países e em diferentes contextos políticos e sociais. No Brasil, a judicialização da política é um fenômeno bastante evidente, sendo que o STF é frequentemente chamado a decidir sobre questões que ultrapassam o âmbito estritamente jurídico e que têm impacto direto na vida política e social do país.

Nesse sentido, Sponholz (2021) vai além e conclui que a atuação ativista do STF "[...] gradativamente, passou a usurpar o papel do legislador e dos governantes, tomando para si a centralização dos destinos do Brasil em relação a temas tão relevantes". Convencer os 11 ministros do STF dos quais 7 foram escolhidos por Presidentes da República de um mesmo partido, e, portanto, possivelmente com vieses políticos alinhados, se mostra mais eficiente do que levar a demanda ao poder Legislativo Federal com seus 513 Deputados e 81 Senadores.

Com isso, como demostrou Sponholz (2021), o Poder Judiciário usurpa a competência do Poder Legislativo o que pode levar a vários resultados como o efeito *backlash*, uma reação a atuação judicial, um incremento ao excesso de processos judiciais em tramitação e, consequentemente, aumento da morosidade jurisdicional. Por fim, mas não menos importante, resulta em impacto no objeto de estudo desse artigo, a relação harmônica e independente entre os Poderes.

4.4. Descrença no Estado Democrático de Direito

O importante conceito do Estado Democrático de Direito delimita toda nossa organização jurídica e social. Esse princípio se baseia na ideia de que as leis e a Constituição são as fontes do poder e da autoridade do Estado, e que essas leis e a Constituição são construídas através do diálogo e da negociação democrática. Isso significa que o poder do Estado não é absoluto, mas limitado pelo pelas leis.

É pressuposto do Estado Democrático de Direito a confiança no Poder Judiciário como um todo, e nesse ponto, ter um STF, que é o órgão máximo desse Poder, provocando insegurança jurídica, atuando excessivamente de forma contramajoritária e incentivando uma judicialização da política pode provocar uma descrença em toda presunção de um Estado de Direito. Ademais, com juízes sendo chamados a decidir sobre questões que deveriam ser resolvidas pelos outros poderes do Estado ou pela sociedade civil pode levar a uma perda de legitimidade das instituições políticas e jurídicas, além de minar a democracia.

Nesse sentido, Sponholz e Piovezam (2021, p. 333) destaca:

> Esse novo capítulo da história mais recente do STF, talvez um dos seus mais sinistros e obscuros, apenas demonstra novamente que a mais alta Corte nacional deixou há muito de aplicar a lei e de buscar entregar justiça aos

> brasileiros. Diversamente, o Tribunal passou a fazer política, de modo a comandar o país, perseguir os seus críticos, e mais grave, negar o próprio Direito que é (ou deveria ser) a razão de sua existência.

A perda da legitimidade das instituições políticas e jurídicas é um efeito do ativismo desenfreado. Talvez o mais preocupante deles por gerar um efeito em cadeia, juízes de instanciais iniciais, ao ver a mais alta Corte nacional com viés ativista, detém a considerar tal atuação como modelo e replicá-la em suas sentenças, o que causa ainda mais insegurança dos jurisdicionados.

5. CONCLUSÕES

O presente artigo ao fazer uma revisão bibliográfica do ativismo judicial e do princípio da separação dos Poderes, demostrou desde a concepção dos termos aos resultados de ambos no ordenamento jurídico brasileiro. Referente ao primeiro, foi registrado a defesa da aplicação do mesmo por parte dos ministros do STF, bem como a existência de uma linha tênue entre uma atuação conforme a Constituição Federal e uma que extrapola o ordenamento constitucional. Sobre o princípio da separação dos Poderes, registrou-se sua importância para as bases constitucionais brasileira e que a militância judicial tem grande condão de interferência nele.

As consequências desse ativismo no princípio supracitado se manifestar, mormente, com aspectos negativos no sentido contrário ao preconizado na CF que determina uma harmonia entre os Poderes. Essa manifestação se apresenta na forma de insegurança jurídica, viés contramajoritário, judicialização da política e até enfraquecendo pilares do Estado Democrático De Direito.

O ativismo judicial também pode levar a uma falta de clareza e previsibilidade no direito, o que pode afetar negativamente a estabilidade das relações sociais e econômicas. Isso ocorre porque as decisões judiciais podem criar incertezas sobre quais serão as regras aplicáveis em determinadas situações, tornando difícil para os cidadãos e empresas planejarem suas atividades e tomarem decisões importantes.

Embora o ativismo judicial possa ter um papel relevante na proteção dos direitos fundamentais e na garantia da igualdade perante a lei, é importante que esse papel seja equilibrado com a necessidade de preservar a separação dos

Poderes, a responsabilidade democrática e a segurança jurídica. O equilíbrio entre esses objetivos é essencial para garantir um Estado Democrático de Direito forte e sustentável.

Ademais, até sua importância para concretização dos direitos fundamentais é questionável, pois crença, costumes e valores não se impõe a força com uma decisão jurídica, os grandes valores que devem ser buscados pelas sociedades advêm de um jusnaturalismo, da tradição, das virtudes humanas. E o papel do profissional do Direito é justamente reconhecer esses valores na sociedade e nas normas já desenvolvidas e não contrariar princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, SARACHO**. Considerações sobre a Teoria dos freios e contrapesos (Checks and Balances System)**. Artigo, TJDFT 2018. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-d.... Acesso em 11/11/2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial E Legitimidade Democrática**. Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, jan./dez. 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais– Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em 04/08/2022.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

BURLAMAQUI, Bernardo Camargo. **A equiparação da homotransfobia ao racismo: criminalização de conduta por raciocínio jurídico.** Artigo. 2016. Disponível em https://revistaeletronica.oabrj.org.br/?artigo=a-equiparacao-da-homotransfobia-ao-racismo-criminalizacao-de-conduta-por-raciocinio-juridico. Acesso em: 22/01/2023

FREYESLEBEN, Márcio Luís Chila. **Globalismo E Ativismo Judicial**: Ministério Público. 1. ed. [*S. l.*]: Editora E.D.A., 2020. 200 p.

IBCCRIM, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. **A corrosão do papel contramajoritário do Poder Judiciário**.[s. l.], p. 1-2, 1 jan. 2020. Disponível em: https://ibccrim.org.br/noticias/exibir/1058#sdendnote1sym. Acesso em: 25 abr. 2023.

MARCO Aurélio Mello sobre **inquérito das fake news**. Produção: TV Cultura. Youtube: [*s. n.*], 2021. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=Y2enriYqv_o. Acesso em: 30 mar. 2023.

MILHOMEM, Maria José Sousa Carvalho. **O supremo tribunal federal e as interferências no poder legislativo**. Revista de Teorias do Direito e Realismo Jurídico, [*s. l.*], 2017

MONTEIRO, Marcelo Rocha. SCALIA, **O juiz que sabia que não era rei**. *In*: PIOVEZAM, Claudia R. de Morais. Sereis como Deuses: O STF e a subversão da Justiça. 1ª. ed. Londrina: Editora E.D.A., 2021.

NERY JUNIOR**. Breve história do princípio da separação dos poderes nos paradigmas do estado de direito.** Artigo, p. 8. Publicado em 2020.

PODER360**: Leia a transcrição do que disse Daniel Silveira e o que levou o STF a prendê-lo**., [*S. l.*], p. 1-2, 21 fev. 2021. Disponível em: https://www.poder360.com.br/congresso/leia-a-transcricao-do-que-disse-daniel-silveira-e-o-que-levou-o-stf-a-prende-lo/. Acesso em: 31 mar. 2023.

PODERDATA. **Avaliação do STF: estudo estatístico**. [*S. l.*], 2021. Disponível em: https://www.poder360.com.br/justica/42-dos-brasileiros-estao-insatisfeitos-com-o-trabalho-do-stf-mostra-poderdata/. Acesso em: 1 nov. 2022

RAMOS, Letícia Ferreira. **Análise histórico-evolutiva do ativismo judicial no brasil e no mundo com enfoque na atuação do stf**. PUC-Campinas, [*s. l.*], 2021.

RIBEIRO, Germano**. STF gera insegurança jurídica em decisão, mas culpa é do contribuinte, segundo Barroso**. Diário do Nordeste, [S. l.], p. 1-2, 11 fev. 2023. Disponívelem:https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/opiniao/colunistas/germano-ribeiro/stf-gera-inseguranca-juridica-em-decisao-mas-culpa-e-do-contribuinte-segundo-barroso-entenda-. Acesso em: 25 abr. 2023.

SADE, Rodrigo Gean. **A separação de poderes e o sistema de freios e contrapesos e a atuação do poder judiciário no Brasil**. UnB – Universidade de Brasília, [*s. l.*], 2021.

SAID FILHO. **A teoria da separação dos poderes no brasil: por uma necessária (re)leitura a partir do poder judiciário. Artigo.** P, 217. 2020.

SILVA, José Afonso: **Curso de Direito Constitucional Positivo**; 2016; ed. Malheiros; 39ª edição.

SPONHOLZ, Sandres. **A balada dos onze ressentidos**. *In*: PIOVEZAM, Claudia R. de Morais. Sereis como Deuses: O STF e a subversão da Justiça. 1ª. ed. Londrina: Editora E.D.A., 2021.

SPONHOLZ, Sandres, PIOVEZAM, Claudia R. **Liberdade entre grilhoes: o caso Daniel Silveira** . *In*: PIOVEZAM, Claudia R. de Morais. Sereis como Deuses: O STF e a subversão da Justiça. 1ª. ed. Londrina: Editora E.D.A., 2021.