

# ATIVISMO JUDICIAL E A TEORIA TRIPARTITE DOS PODERES.

Diego Haneiko Lemes\*  
Ozana Baptista Gusmão\*\*

## RESUMO

A presente pesquisa foi desenvolvida para propor uma reflexão acerca dos domínios do ativismo judicial e a teoria tripartite dos poderes, um meio pelo qual o judiciário ocupa-se de uma postura dinâmica e proativa na interferência de modo habitual e considerável nas predileções políticas de outros poderes. Subsidiariamente, imprescindível se faz salientar um julgamento sobre a Teoria Tripartite dos Poderes. Acredita-se, que o judiciário está exercendo de modo extenuante o poder legiferante, conduzindo uma minoria a crer, que, o judiciário em sua perspectiva ativista está oprimindo a simetria dos poderes, violando assim uma cláusula pétrea da Constituição Federal. Outro ponto questionado, é a desaceleração com a qual se desenrolam as modificações legislativas e assim o Judiciário toma para si a responsabilidade, por meio de sua conduta desenvolta de atualizar o direito objetivo. Doutrinas pertinentes ao tema e pesquisas em artigos científicos, serão condicionantes para a construção de referenciais que formam esta perquirição. Busca-se, através deste trabalho, fazer prosperar a discussão sobre o tema, devendo este ocupar a dimensão que sua relevância exige.

**Palavras-chave:** Ativismo Judicial. Tripartição dos Poderes. Judiciário. Legiferante. Harmonia dos Poderes.

## ABSTRACT

The present research was developed to propose a reflection about the areas of judicial activism and the tripartite theory of powers, a means by which the judiciary occupies a dynamic and proactive stance in the habitual and considerable interference in the political predilections of other powers. Subsidiarily, it is essential to emphasize a judgment on the Tripartite Theory of Powers. It is believed that the judiciary is strenuously exercising legal power, leading a minority to believe that the judiciary in its activist perspective is oppressing the symmetry of powers, thus violating a stony clause of the Federal Constitution. Another point questioned is the deceleration with which the legislative changes are carried out and thus the Judiciary takes responsibility for itself by means of its deferred conduct of updating the objective law. Doctrines pertinent to the subject and researches in scientific articles, will be conditioning for the construction of references that form this investigation. Through this work, the aim is to advance the discussion about the theme, and this should occupy the dimension that its relevance demands.

---

\* Graduando do décimo semestre do curso de Direito do UNIVAG - Centro Universitário de Várzea Grande - MT. E-mail: <diego\_haneiko@hotmail.com.>

\*\* Advogada, graduada pela Universidade Federal de Mato Grosso, mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP, Professora do UNIVAG – Centro Universitário de Várzea Grande. E-mail: <ozanabg@yahoo.com.br >

**Key-words:** Judicial Activism. Tripartition of powers. Judiciary. Legifiable. Harmony of Powers.

## INTRODUÇÃO

A elaboração desta pesquisa tem como escopo a análise do ativismo judicial, com enfoque na relação existente entre este fenômeno e a Teoria Tripartite dos Poderes. Sublimando, a posição de doutrinadores, que sugerem, existir um antagonismo entre esse fenômeno e a Separação dos Poderes e ainda aqueles que indicam que um e outro podem conviver de forma harmônica.

O ativismo judicial se traduz na postura proativa do judiciário no compromisso de tornar eficaz a hegemonia da Constituição. Ao passo que, a teoria tripartite dos poderes nada mais é que uma inter-relação entre os órgãos do Poder Público e as funções do Estado.

De acordo com alguns estudiosos, entre eles Elpídio Donizetti, Felipe Quintella e Renato Montans de Sá, a postura ativista do judiciário, em tese, não se mostra extrajurídico, e uma possível inibição significaria uma violação à supremacia da Constituição.

Analisando outras convicções, como *verbi gratia*, de Luís Roberto Barroso, Alexandre de Moraes e Elival da Silva Ramos que serão melhores explorados a seguir, entendem que o ativismo deve existir quando o Poder responsável se omite, mas utilizado de modo responsável, seria exercer de fato, a democracia.

O escopo central nesta ocasião é o reconhecimento de paradigmas jurídicos sólidos que possibilitem classificar o ativismo judicial como algo não contrário a Constituição, mas sim a favor da Supremacia da Carta Constitucional.

Para tal fim, o comportamento harmonioso dos três poderes, evangelizado em cláusula pétrea pelo constituinte necessita, em grandes dimensões, de um prudente e ponderado exercício das atribuições constitucionais que lhes foram designados.

Este estudo foi desenvolvido sob os auspícios de carregada instrução quanto ao suporte doutrinário e científico. Metodologicamente manteve-se o rigor acadêmico, atrelando-se as concepções jurídicas. Imperando, não obstante, em todos os casos, excepcionais preocupações com a autenticidade das fontes e a origem das alegações formuladas.

O estudo propõe uma pesquisa pelo método indutivo de descrição do fenômeno social exposto, entendendo-se que esta metodologia escolhida:

[...] permite que possamos analisar nosso objeto para tirarmos conclusões gerais ou universais. Assim, a partir, por exemplo, da observação de um ou de alguns fenômenos particulares, uma proposição mais geral é estabelecida, para, por sua vez, ser aplicada a outros fenômenos.<sup>1</sup>

A serventia do método indutivo é alcançar conclusões que não devem ser procuradas aprioristicamente, elas devem originar-se da investigação, exame e análise de reiteradas ocorrências que justifiquem uma resposta para o inconveniente.

Os elementos serão agrupados por meio da revisão das doutrinas, dissertações e publicações científicas sobre o tema.

Enfatiza-se aqui que não far-se-á uma análise epistemológica a nenhum dos institutos, por força do aprofundamento que seria forçoso e imperioso, o que não pode ser realizado diante das limitações inerentes a este trabalho de revisão.

Guiando-se pelo exposto, convido você, leitor, a uma reflexão, onde se objetiva verificar a harmonia entre a Teoria Tripartite e o ativismo judicial, com o propósito de provocar a exploração do presente tema.

## 1 ATIVISMO JUDICIAL

Uma participação extensa e demasiada do Judiciário na concretização das concepções e objetivos constitucionais, com superior intervenção no zoneamento de diligência dos outros dois poderes, essa é a essência do fenômeno do ativismo judicial.

O vocábulo ativismo judicial, foi utilizado primeiramente na Suprema Corte Americana, onde um grupo de juízes alcunhado de Black-Douglas, depreendia que a Suprema Corte poderia exercer uma função afirmativa no fomento do bem-estar social, e um outro grupo batizado de Frankfurt-Jackson que tutelava um posicionamento de autocontenção judicial.<sup>2</sup>

A ocorrência do ativismo judicial é anotada pelo doutrinador Elival da Silva Ramos, asseverando:

[...] ativismo judicial, em uma noção preliminar, reporta-se a uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento,

---

<sup>1</sup> MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 90-91.

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 440-441.

notadamente, da função legislativa, a caracterização do que seria uma atuação ativista da magistratura, a ser repelida em termos dogmáticos, em contraposição a uma atuação mais ousada, porém ainda, dentro dos limites do juridicamente permitido.<sup>3</sup>

O ativismo judicial representa uma descontinuação com o agrupamento jurídico, em que o órgão que deveria interpretar e aplicar a norma, não a interpreta, mas cria um novo texto, sem embasamento suficiente.

Salientando, o direito está baseado em textos escritos, e este texto não convém ser distorcido, embora se possa dar inúmeras interpretações, mas, reprisa-se, não pode ser pervertido, violentado. A discricionariedade daquele que interpreta a lei é admissível, mas não a imoderação.

Ainda de acordo com o professor Elival, ao fazer menção ao ativismo judicial, cumpre destacar que o que se alude é a transposição dos limites fronteiriços do papel do Poder Judiciário, em avaria da função legiferante, mas ainda, da função de administração.<sup>4</sup>

Para o autor supramencionado, não se trata do exercício violento e impetuoso do poder legiferante, e sim da desvirtuação da diligência essencial e central do Judiciário, com infestação sobre o núcleo fundamental das funções atribuídas a este outro poder.

Na opinião do Ilustre doutrinador, Luís Roberto Barroso, na maior parte dos panoramas onde está presente o ativismo, nem sequer há um confronto com os demais poderes, mas sim um mero preenchimento de espaços vagos.<sup>5</sup>

Entretanto, há quem entenda que a postura ativista do judiciário é uma forma de se efetivar e consumir a proeminência da Constituição. Para outros, a propagação desse estilo ativista pode vir a agitar uma das principais pilastras de um Estado Democrático a Teoria Tripartite dos Poderes.

Segundo Luís Roberto Barroso, nossos tribunais possuem diversos precedentes que mostram o comportamento ativista dentro do Supremo Tribunal Federal, podendo ser observado em desiguais vertentes de deliberação, no meio delas, inclui:

[...] a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação ao nepotismo; b) a declaração de

---

<sup>3</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 109-110.

<sup>4</sup> RAMOS, Op. Cit., 2015, p. 119.

<sup>5</sup> BARROSO, Op. Cit., 2015, p. 440-441.

inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e a cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município – sobre direito à saúde.<sup>6</sup>

Pode-se verificar nas hipóteses apresentadas, situações em que, distanciado estão os juízes e tribunais da sua função típica, a de julgar, de aplicar o Direito posto se aproximando mais da função de criação do Direito, uma postura legiferante.

Dessarte, o ativismo seria uma função, uma forma de atuar, uma triagem de maneira intrínseca e dinâmica de aclarar a Constituição, aumentando seu sentido e abrangência.

Para Barroso, o ativismo judicial se aloja nas situações de retraimento do Legislativo, e ainda, um certo distanciamento no âmbito da classe política e da sociedade civil, impossibilitando que resolutas demandas sociais aconteçam de modo legítimo e palpável.<sup>7</sup>

O judiciário está agindo como um manancial optativo para realização dos direitos fundamentais.

Basicamente, o organismo observado e pesquisado se qualifica pelo Poder Judiciário desempenhando um papel que está distante daquilo que fora atribuído pela Constituição Federal, penetrando, inúmeras vezes, nos domínios dos demais poderes.

Precisamente, ainda no que diz respeito ao ativismo judicial, expõe Maria Helena Diniz que na qualidade de pensamento jurídico, se trata de um movimento, um comportamento que demanda um propósito, empregando até mesmo, se inevitável, violência para auferir as intenções políticas, na ocasião em que as prescrições estatais, se tornam negligentes.<sup>8</sup>

Não se pode deixar de admitir, que esse fenômeno do ativismo judicial, assegura ao povo um judiciário mais assíduo e dedicado, com tribunais proativos, tornando possível os seus anseios diante das soluções externadas. Ou seja, o Poder Judiciário preenche um espaço deixado pelo Poder Legislativo para garantir as soluções reclamadas pela sociedade.

---

<sup>6</sup> BARROSO, Op. Cit., 2015, p. 442.

<sup>7</sup> BARROSO, Op. Cit., 2015, p. 442.

<sup>8</sup> DINIZ, *Maria Helena. Norma Constitucional e seus efeitos*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 53-54.

## 2 TEORIA TRIPARTITE DOS PODERES

Dispõe a Constituição Federal, no seu respectivo artigo 2º o seguinte: “São Poderes da União, independente e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.<sup>9</sup>

Listado no elenco de cláusulas pétreas da Constituição Federal de 1988, conforme se analisa diante do artigo 60, §4º, III, a Teoria Tripartite dos Poderes, traduz-se no fracionamento de incumbências e pertinências do Estado, destinando-se a órgãos variantes, com vistas a organizar e ainda acrescentar eficiência.

O princípio parte do reconhecimento das fundamentais funcionalidades a serem efetivada pelo Estado, para a realização das suas finalidades.

É proposto que essas funcionalidades sejam designadas e estruturadas de forma que se tenha independência entre os órgãos.

Conforme Canotilho, “a cada órgão de soberania, dotado de determinadas características, é atribuída a função que ele pode desempenhar de uma forma mais adequada, da que seria se ela fosse atribuída a outros órgãos”.<sup>10</sup>

O contexto principal da teoria tripartite dos poderes, é descrita por Luís Roberto Barroso, nos seguintes termos:

[...] as funções estatais devem ser divididas e atribuídas a órgãos diversos e devem existir mecanismos de controle recíproco entre eles, de modo a proteger os indivíduos contra o abuso potencial de um poder absoluto. A separação dos poderes é um dos conceitos seminais do constitucionalismo moderno, estando na origem da liberdade individual e dos demais direitos fundamentais.<sup>11</sup>

Primordialmente, segundo Lenza os rudimentos teorísticos para a teoria em comento vieram da Antiguidade trazidos por Aristóteles em sua obra, *Política*, na qual o filósofo entreviu a vivência de três incumbências distintas, quais eram, a de produzir normas, executar as normas produzidas e a missão de julgamento. O autor coadjuvou no sentido de detectar as três funcionalidades.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> BRASIL. *CONSTITUIÇÃO (1988)*. Vade Mecum JusPodivm. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 37.

<sup>10</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.522.

<sup>11</sup> BAROSSO, Op. Cit., 2015, p. 208.

<sup>12</sup> LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 481.

Tempos mais tarde, a teoria fora esmerada e caprichada, por Montesquieu, em consagrada obra de sua autoria, *Do espírito das leis*.<sup>13</sup>

Diferentemente do filósofo Aristóteles, Montesquieu não só identificou o acometimento de três funcionalidades, mas também modernizou a teoria afirmando que tais funções estão ligadas a três órgãos, autônomos, diversos e apartados entre si. Cada funcionalidade representaria uma estrutura.<sup>14</sup>

Por essa teoria, cada Poder operava uma função correspondente à sua natureza, procedendo de forma autônoma e independente, em suas palavras:

[...] estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares. [...] isto porque, é uma experiência eterna que todo homem que tem poder é levado a abusar dele, salvo se, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.<sup>15</sup>

A teoria de Montesquieu fora perfilhada por grande parte dos Estados, contudo de maneira atenuada devido as vivências sociais e históricas, permite-se maior harmonia entre os Poderes, amenizando aquilo que era absoluto.<sup>16</sup>

O que se tem atualmente é que além das funções típicas, intrínsecas a natureza de cada um, os órgãos também irão exercer funções atípicas.

Contudo, conforme explicado por Lenza, não se deve confundir essa possibilidade com a invasão da seara do outro poder, de modo que, as prerrogativas asseguradas não poderão ser outorgadas de um poder para o outro. Conforme aduz:

Trata-se do Princípio da indelegabilidade de atribuições. Um órgão só poderá exercer atribuições de outro, ou da natureza típica de outro, quando houver expressa previsão (e aí surgem as funções atípicas), e diretamente, quando houver delegação por parte do poder constituinte originário, como, por exemplo, ocorre com as leis delegadas do art. 68, cuja atribuição é delegada pelo Legislativo ao Executivo.<sup>17</sup>

Em conformidade com o explanado acima, complementa e acrescenta o notável doutrinador e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes o seguinte:

---

<sup>13</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do Espírito das Leis, série clássicos*. 1ª ed. São Paulo: EDIPRO, 2004.

<sup>14</sup> LENZA, Op. Cit., 2015, p. 208.

<sup>15</sup> MONTESQUIEU, Op. Cit., 2004, p. 165, 168.

<sup>16</sup> LENZA, Op. Cit., 2015, p. 209.

<sup>17</sup> LENZA, Op. Cit., 2015, p. 210 – 211.

A Constituição Federal, visando, principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado e da instituição do Ministério Público, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controle recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado democrático de Direito.<sup>18</sup>

Cabe aqui salientar que Moraes, atribui ao Ministério Público, as funções de “quarto poder”, como órgão independente. Ainda assim, não invadir-se-á esse território, por ser sua existência como efetivo poder, ainda contestada, o que prejudicaria a ideia original.

A distribuição de critério funcional descrita por Moraes, consiste em especificar as três incumbências estatais, legislação, administração e jurisdição, carecendo estas de serem cotejadas a três ordens desconexas e avulsas entre si, que as desempenharão com exaustão.

Compete ilustrar que o propósito inaugural da teoria apresentada é o desdobramento dentre órgãos autônomos e livres entre si, que tem como desígnio o resguardo da liberdade em refutação ao alvedrio de um governo todo-poderoso.

No Direito Constitucional hodierno, independentemente de subsistir na corriqueira linha, já se compreende que este preceito, se executado com austeridade, torna-se inconveniente para um Estado que utiliza a assegurar o respeito as liberdades e independências civis, ou seja o Estado Democrático de Direito.

Guiando-se pelas afirmativas, eis que surge a problemática inserida neste estudo, até onde pode se relativizar a teoria apresentada? E ainda é possível aceitar o ativismo judicial sem que se esteja violando a teoria tripartite.

## 2.1 A ATITUDE ATIVISTA DO PODER JUDICIÁRIO E A TEORIA TRIPARTITE DOS PODERES.

Após discorrer sobre os dois institutos que perfazem este trabalho, é nevrálgico transportar os ideários favoráveis e contrários ao comportamento ativista do Poder Judiciário face a Teoria Tripartite delineada por Montesquieu.

---

<sup>18</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33ª ed. São Paulo: Atlas. 2017, p. 431.

Elpídio Donizetti e Felipe Quintella, consideram que a lentidão com a qual se procedem as mudanças legislativas resta aos tribunais a conveniência de renovar o direito objetivo.<sup>19</sup>

Delibera ainda os autores o seguinte:

O leitor pode estranhar o porquê de não ser pacífico o reconhecimento da jurisprudência como fonte formal do Direito. A questão é a seguinte: o sistema político brasileiro dividiu os poderes do Estado em Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário. A ideia é que as leis sejam elaboradas por representantes do povo, eleitos para integrar o Poder Legislativo. Por essa razão, os extremistas negam ao Poder Judiciário a atribuição de criar normas jurídicas. No nosso entender, todavia, não há incompatibilidade teórica entre a criação de normas pelos tribunais e o princípio da independência dos três poderes. Isso porquanto o artigo 2º da Constituição não estabelece que a independência seja absoluta, senão que seja harmônica.<sup>20</sup>

Para esses autores, não há obstáculo na maneira como o Poder Judiciário vem procedendo, assumindo uma figura ativista e exercendo de forma suavizada e harmoniosa o poder legiferante.

Em correspondência ao abancado, Moraes compreende em formato contíguo ao apresentado acima, que:

[...] o Direito Constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da ideia de Tripartição dos Poderes, já entende que esta fórmula, se interpretada com rigidez, tornou-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controle recíprocos, denominado “freios e contrapesos” (check and balances).<sup>21</sup>

Ainda, dando sequência as posições a favor do ativismo judicial, está o Professor Renato Montans de Sá, que se expressa ante o explícito bloqueio e dificuldade de a lei orientar tudo e com justeza, adicionada às novas metodologias de produção legislativa bem como a heterogeneidade dos fenômenos sociais, o sistema brasileiro adota a teoria da criatividade judicial.<sup>22</sup>

O professor ainda finaliza dizendo que:

[...] ao exercer a atividade criativa como mecanismo de atuação jurisdicional, o magistrado: a) possui participação mais atuante na

<sup>19</sup> DONIZETTI, Elpídio. QUINTELLA, Felipe. *Curso Didático de Direito Civil*. 5ª ed. São Paulo: Atlas. 2016, p. 16.

<sup>20</sup> DONIZETTI, QUINTELLA, Op. Cit., 2016, p. 17.

<sup>21</sup> MORAES, Op. Cit., 2017, p. 435.

<sup>22</sup> SÁ, Renato Montans de. *Manual de Direito Processual Civil*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 75.

concreção da norma individual e concreta, pois não basta a mera aplicação da lei no caso concreto. É necessário encontrar uma solução que esteja em conformidade com aquele específico caso concreto objeto de julgamento.<sup>23</sup>

Para o já citado autor e professor da cátedra de Direito Constitucional, Elival da Silva Ramos, as deliberações judiciais constituem uma conduta de difundir normas jurídicas, senão vejamos:

Não obstante, por vezes, as decisões judiciais, para além da concretização do direito em situações fáticas determinadas, assumam a condição de ato veiculador de normas jurídicas (*in fieri*) balizadoras de conduta e de novos atos de aplicação, não há que se equiparar a função exercida pelos juízes e tribunais com aquela desempenhada pelo legislador, já que o móvel principal da atividade do Poder Judiciário é sempre a solução de um litígio predominando, pois, a dimensão aplicativa ou executória sobre a criativa ou prescritiva. Tanto é assim que, mesmo nos casos em que há amplo espaço para a movimentação do juiz, por inexistir precedente aplicável ou por existir um texto legislativo vazado em linguagem da qual decorram conceitos amplos e indeterminados, não se comportam os órgãos de jurisdição como um autêntico legislador, tanto mais que estão compelidos, ao contrário deste, a justificar suas decisões, o que fazem lançando mão de argumentação técnico-jurídica.<sup>24</sup>

Não exercer o ativismo judicial significaria um desrespeito a Soberania Constitucional, ao passo que os direitos designados na carta constitucional ficariam obsoletos e sem aplicação, tornando a Constituição Federal do Brasil apenas em um “pedaço de papel”, sem força diante da realidade, conforme previsto no conceito sociológico da Constituição, descrito por Ferdinand Lassalle.<sup>25</sup>

Mas o professor Elival Ramos adverte que conquanto as deliberações judiciais sejam criativas e inovadoras, não se tolera contraditar que a emancipação de criação é menor em aparência àquela adstrita aos demais poderes, reconhece:

[...] com efeito, nos Estados democráticos a subversão dos limites impostos à criatividade da jurisprudência, com o esmaecimento de sua feição executório, implica a deterioração do exercício da função jurisdicional, cuja autonomia é inafastável sob a vigência de um Estado Democrático de Direito, afetando-se, inexoravelmente, as demais funções estatais, máxime a legiferante, o que, por seu turno, configura gravíssima agressão ao princípio da separação dos poderes.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> SÁ, Op. Cit., 2015, p. 75.

<sup>24</sup> RAMOS, Op. Cit., 2015, p. 111.

<sup>25</sup> MASSON, Nathalie. *Manual de Direito Constitucional*. 4ª ed. Salvador: JusPodivm. 2016, p. 29.

<sup>26</sup> RAMOS, Op. Cit., 2015, p. 123.

Em outro momento, o autor supradito, diz que a execução do fenômeno ativista, desvirtua a lógica do preceito constitucional, destarte, estaria o Poder Judiciário deturpando a construção do legislador constituinte originário e exercendo verdadeira metamorfose inconstitucional.<sup>27</sup>

Em conformidade com o aludido, André Ramos Tavares, em sua obra, alinha:

Se o caso envolve o cerceamento da atividade de outro poder, fundada na discricionariedade decorrente de norma constitucional de princípio ou veiculadora de conceito indeterminado de cunho valorativo, a par da interferência na função constituinte, haverá interferência indevida na função corresponde à atividade cerceada.<sup>28</sup>

Ainda no mesmo sentido, expõe o Representante do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso críticas a expansão do Poder Judiciário, citando três delas.

A primeira é a crítica política-ideológica, que nos seus termos: “Juizes e membros dos tribunais não são agentes públicos eleitos. Sua investidura não tem o batismo da vontade popular”.<sup>29</sup>

Desta forma, ao interferir nos atos do legislativo ou ao impelir preceitos de atuação, o Judiciário desempenha uma atribuição abertamente política.

A segunda crítica é quanto a capacidade institucional, nos seus dizeres:

Cabe aos três poderes interpretar a Constituição e pautar sua atuação com base nela. Mas, em caso de divergência, a palavra final é do judiciário. Essa primazia não significa, porém, que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal. Para evitar que o Judiciário se transforme em uma indesejável instância hegemônica, a doutrina constitucional tem explorado duas ideias destinadas a limitar a ingerência judicial: a de capacidade institucional e a de efeitos sistêmicos.<sup>30</sup>

A crítica a capacidade institucional circunda a deliberação de qual poder está qualificado a desenhar a melhor decisão em estipulada matéria.

Por remato, todavia não menos formidável, a terceira crítica diz respeito a limitação do debate, e para o autor a seqüela de maior gravidade do ativismo é a fidalguia e elitização

---

<sup>27</sup> RAMOS, Op. Cit., 2015, p. 144.

<sup>28</sup> TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 633.

<sup>29</sup> BARROSO, Op. Cit., 2015, p. 443.

<sup>30</sup> BARROSO, Op. Cit., 2015, p. 444.

do debate, por ser o direito muito rico no vocabulário, o que causaria por consequência o afastamento daqueles que desconhecem a linguagem do direito.<sup>31</sup>

Percebe-se que a crítica referente ao tema está relacionada a ausência de legitimidade dos tribunais para apoderação de decisões do poder legiferante.

Uma outra crítica que é importante aqui discutir diz respeito, a pertinência dos conteúdos subordinado ao ativismo e ainda suas implicações para a coletividades.

Os abalos causados ao agrupamento social, não se podem mensurar, e nem mesmo serem previstos. Só se estaria alcançando uma justiça mínima, individualista e não a justiça máxima que é aquelas que todos buscam.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Colossal é a questão a ser debatida nessa conjuntura. Familiarizar o instituto do ativismo judicial com a Teoria Tripartite dos Poderes, não é tarefas das mais fáceis.

O ativismo é uma realidade que não se tem como ignorar, ainda mais quando o Poder Legislativo hodierno é omissivo e deixa o ordenamento legal farto de falhas e espaços que precisam ser preenchidos.

Na opinião deste autor, o ativismo exercido pelo Poder Judiciário não deve ser reputado como um infortúnio ou infelicidade, ou instrumento de inconstâncias ou volubilidade. Ao revés, o ativismo deve ser olhado como uma forma de concretização da Supremacia Constitucional.

Mesmo que molestado por parte do Poder Público, mas os ideais constitucionais estão sendo concretizados, cumpridos, que essa infelicidade seja cada vez maior.

Quem sabe desta forma o legislativo, poder competente para tal, não pretendendo ser escamoteado, faça sua obrigação e legisle de fato.

Ademais, o coração da Teoria Tripartite dos Poderes, não é mais de aplicação absoluta, como já dito anteriormente, os poderes devem ser harmoniosos entre si e não supremos. Deve-se buscar a efetividade de todas as formas, como um todo, para chegar a

---

<sup>31</sup> BARROSO, Op. Cit., 2015, p. 445.

concretizar os objetivos constitucionais. Visto que estes existem não como um fim em si próprio, mas para atenderem as necessidades do povo.

Deste modo, o instituto do ativismo judicial é imperioso, uma vez que, é a evasão para os casos de lacuna legislativa, mas obviamente deve ser empregado com acautelamento e preservação da harmonia entre os poderes.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Vade Mecum JusPodivm. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DONIZETTI, Elpídio. QUINTELLA, Felipe. *Curso Didático de Direito Civil*. 5ª ed. São Paulo: Atlas. 2016.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. 4ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do Espírito das Leis, série clássicos*. 1ª ed. São Paulo: EDIPRO, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33º ed. São Paulo: Atlas. 2017.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SÁ, Renato Montans de. *Manual de Direito Processual Civil*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 2005.