

UNILEÃO  
CENTRO UNIVERSITÁRIO DOUTOR LEÃO SAMPAIO  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARCELO COSMO DE OLIVEIRA

**IMPACTOS DO ATIVISMO JUDICIAL E DO PRINCIPALISMO DIANTE  
DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES NO ORDENAMENTO JURÍDICO  
BRASILEIRO**

JUAZEIRO DO NORTE-CE  
2021

MARCELO COSMO DE OLIVEIRA

**IMPACTOS DO ATIVISMO JUDICIAL E DO PRINCÍPIOLOGISMO DIANTE  
DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES NO ORDENAMENTO JURÍDICO  
BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso – *Artigo Científico*,  
apresentado à Coordenação do Curso de Graduação  
em Direito do Centro Universitário Doutor Leão  
Sampaio, em cumprimento às exigências para a  
obtenção do grau de Bacharel.

**Orientador:** Ma. Tamyris Madeira de Brito

JUAZEIRO DO NORTE-CE  
2021

MARCELO COSMO DE OLIVEIRA

**IMPACTOS DO ATIVISMO JUDICIAL E DO PRINCÍPIOLOGISMO DIANTE  
DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES NO ORDENAMENTO JURÍDICO  
BRASILEIRO**

Este exemplar corresponde à redação final aprovada do  
Trabalho de Conclusão de Curso de MARCELO COSMO  
DE OLIVEIRA.

Data da Apresentação \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Ma. Tamyris Madeira de Brito

Membro: Dra. Francilda Alcantara Mendes / Unileão

Membro: Me. Francisco Willian Brito Bezerra II / Unileão

JUAZEIRO DO NORTE-CE

2021

# IMPACTOS DO ATIVISMO JUDICIAL E DO PAMPRINCIPIOLOGISMO DIANTE DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Marcelo Cosmo de Oliveira<sup>1</sup>  
Tamyris Madeira de Brito<sup>2</sup>

## RESUMO

A redemocratização do Brasil ocorrida a partir da Constituição Federal de 1988 representou um grande avanço em relação à tripartição dos poderes, visto que a carta magna trouxe expressamente a ideia de independência, harmonia e autonomia entre eles. Contudo, novos paradigmas surgiram a partir daí, a exemplo da atuação mais proativa do Poder Judiciário na solução de litígios, vista como uma possível violação ao preceito constitucional da separação dos poderes. Dessa forma, o presente trabalho engloba duas questões derivadas desse processo de judicialização, tratando primordialmente sobre o ativismo judicial e o pamprinciologismo frente à tripartição dos poderes. O objetivo central da pesquisa se funda em investigar quais consequências seriam derivadas da postura proativa do Judiciário no estado principiológico, e se isso interfere na autonomia dos demais poderes. Quanto ao método utilizado na construção do trabalho, têm-se uma pesquisa exploratória e descritiva, pautada na revisão bibliográfica e em uma análise qualitativa para alcançar os objetivos propostos. A imprescindibilidade de analisar o tema em questão se relaciona a uma ideia de atualização do pensamento jurídico contemporâneo, e temas como o ativismo judicial e o pamprinciologismo merecem o devido destaque. Ademais, se busca uma conscientização social sobre os limites constitucionais da atuação dos magistrados, haja vista que o Judiciário não é um poder ilimitado como muitos acreditam ser. Os resultados obtidos a partir de diversos doutrinadores indicam que o fenômeno ativista e pamprinciológico do Judiciário visa trazer soluções, mas pode vir a interferir no estado harmônico dos poderes.

**Palavras Chave:** Ativismo Judicial. Pamprinciologismo. Tripartição dos Poderes.

## ABSTRACT

The redemocratization of Brazil since the Federal Constitution of 1988 represented a major advance in relation to the tripartition of powers, since the magna Carta expressly brought the idea of independence, harmony and autonomy between them. However, new paradigms have emerged from there, like the more proactive role of the Judiciary in resolving disputes, seen as a possible violation of the constitutional precept of the separation of powers. Thus, the present work encompasses two issues derived from this judicialization process, dealing primarily with judicial activism and pamprinciologism in view of the tripartition of powers. The main objective of the research is based on investigating what consequences would be derived from

---

<sup>1</sup> Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Doutor Leão Sampaio/UNILEÃO. E-mail: oliveiramarcelo962@gmail.com

<sup>2</sup> Professora do Centro Universitário Doutor Leão Sampaio/UNILEÃO; Mestre em Desenvolvimento Regional Sustentável pela Universidade Federal do Cariri-UFCA; Especialista em Direito Previdenciário e Trabalhista; Especialista em Língua Portuguesa, Arte e Educação e Especialista em Literatura Brasileira e Literatura Africana dos Países de Língua Portuguesa. E-mail: tamyris@leaosampaio.edu.br

the Judiciary's proactive stance in the principiologist state, and if this interferes with the autonomy of the other powers. As for the method used in the construction of the work, there is an exploratory and descriptive research, based on the bibliographic review and a qualitative analysis to achieve the proposed objectives. The need to analyze the topic in question relates to an idea of updating contemporary legal thinking, and themes such as judicial activism and pamprincipiologism deserve due attention. In addition, social awareness is sought about the constitutional limits of the magistrates' performance, given that the Judiciary is not an unlimited power as many believe it to be. The results obtained from several indoctrinators indicate that the activist and pamprincipiologist phenomenon of the Judiciary aims to bring solutions, but it may come to interfere in the harmonic state of the powers.

**Keywords:** Judicial Activism. Pamprincipiologism. Tripartition of Powers.

## 1 INTRODUÇÃO

Ao longo das últimas décadas, principalmente no século XXI, o Poder Judiciário vem desempenhando um papel relevante dentro do cenário político brasileiro, e isso se dá em razão da repercussão de suas decisões, haja vista que novas demandas surgem constantemente, através da excessiva judicialização das causas, o que torna necessário um posicionamento jurídico-ativista dos magistrados, mesmo nas situações em que não há normatividade legislativa ou até mesmo, quando há um conflito aparente de leis sobre determinada situação<sup>3</sup>.

Fato é que, o ativismo judicial e o pamprincipiologismo surgiram não somente como opções para a tomada de decisões, mas sim como necessidade do Poder Judiciário em solucionar litígios e fazer cumprir o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição. Dessa forma, é imprescindível um estudo sobre todos os aspectos pertinentes a essa discussão, como os limites da atividade interpretativa dos magistrados; a fundamentação de decisões baseadas no fenômeno pamprincipiológico; os novos paradigmas na ideia de tripartição de poderes; bem como, tratar sobre uma patologia jurídica, que diz respeito à hipossuficiência de princípios nas decisões.

Dessa forma, o presente trabalho trata sobre um relevante debate na esfera jurídico-brasileira, abordando os impactos do ativismo judicial e do pamprincipiologismo diante da tripartição dos poderes no ordenamento jurídico nacional, e como essa atuação proativa do Poder Judiciário vem a impactar na autonomia política e constitucional dos demais poderes.

---

<sup>3</sup> Quando há um conflito entre proposições contraditórias, há uma antinomia. Conforme destaca Isoldi Filho (2007), na antinomia jurídica, subsiste uma relação conflituosa entre duas normas, podendo ser aparente ou real. A antinomia aparente se dá quando os critérios de solução integram a ordem jurídica, ao passo que a antinomia real ocorre quando inexiste na ordem jurídica o critério normativo para solucioná-la.

Trata-se, portanto, de uma análise sobre o exercício dinâmico da Jurisdição e sua influência na tripartição dos poderes, esta consagrada na Constituição Federal de 1988.

Nesse diapasão, observa-se que o fenômeno do ativismo e do pamprincipiologismo são recentes no que diz respeito ao cenário nacional, mas que certamente acabam por impactar a autonomia dos poderes Executivo e Legislativo. Portanto, o enfoque de estudo parte inicialmente da atuação proativa e pamprincipiológica dos magistrados nas sentenças judiciais, mas fundamenta-se primordialmente, em entender uma possível violação ao estado harmônico e autônomo que é constitucionalmente atribuído aos poderes federados.

Ressalta-se que o objetivo primordial do referido trabalho é investigar quais as repercussões do ativismo judicial e do pamprincipiologismo para a autonomia dos poderes dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Têm-se como objetivos específicos apresentar o desenvolvimento histórico da tripartição dos poderes no ordenamento jurídico brasileiro, analisar mediante estudo bibliográfico os impactos do ativismo judicial e do pamprincipiologismo diante do princípio da divisão dos poderes e identificar as consequências do pamprincipiologismo e do ativismo judicial no ordenamento jurídico brasileiro.

Vale destacar ainda, que uma das características essenciais da ciência jurídica é a sua mutabilidade, tendo em vista que o Direito e a Sociedade são vertentes que devem sempre estar entrelaçadas de forma harmônica, e isso se dá mediante a adaptação dos regramentos jurídicos a cada realidade social evidenciada. Sendo assim, a relevância em compreender o referido tema está na ideia de atualização do pensamento jurídico às novas realidades sociais, bem como tornar o Direito cada vez mais uma ciência interdisciplinar, por relacionar-se diretamente com a História, a Hermenêutica Jurídica, a Filosofia, o Direito Constitucional, a Sustentabilidade entre os poderes, entre outros.

A importância de tratar sobre o tema em questão não se restringe apenas ao âmbito jurídico, uma vez que, a partir do estudo sobre o pamprincipiologismo e o ativismo judicial na tomada de decisões dos magistrados, a sociedade como um todo também vem a se beneficiar, tendo em vista que se busca uma conscientização social sobre os limites do Judiciário, poder este que não é imensurável como muitas pessoas acreditam, mas sim, limitado ao que lhe é constitucionalmente atribuído, com certa margem interpretativa.

## **2 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES ATÉ O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

A tripartição dos poderes é um princípio consagrado na Constituição Federal de 1988

em seu artigo 2º e reconhecido como cláusula pétrea, em virtude da sua imprescindibilidade na estruturação de um governo democrático de direito. Contudo, antes de se falar em tripartição dos poderes no cenário nacional contemporâneo, é relevante observar a conjuntura histórica desse princípio no Brasil e em outros países do mundo, que começaram a evidenciar a necessidade da separação de poderes muito antes da descoberta do território brasileiro pelo povo português, em meados do século XV.

O contexto histórico da tripartição dos poderes partiu da busca pela limitação do poder soberano, uma vez que as sociedades antigas e as modernas começavam a entender que a centralização de decisões políticas na figura de uma única pessoa ou de um único órgão, acabava por proporcionar o surgimento do autoritarismo. Surgiu assim, um pensamento revolucionário que buscava diferenciar e dividir a atuação política em três vertentes principais: aqueles que criavam leis; aqueles que executavam as leis criadas; e por fim, os que julgavam as situações que a lei não era aplicada corretamente (MONTESQUIEU, 2010).

Historicamente, a obra *Do Espírito das Leis* do autor Montesquieu é vista como um marco relevante na história da separação dos três poderes. Contudo, é notório entre os doutrinadores constitucionalistas que tratam dessa questão, que esta obra não foi o primeiro relato histórico da busca pela divisão dos poderes, uma vez que alguns povos muito antes dessa época já buscavam limitar o poder do líder, aquela pessoa ou grupo que centralizava em si próprio as funções de criar, aplicar e julgar com base nas leis. Fato é que a referida obra é tida como essencial para a história da tripartição dos poderes, principalmente por instituir a independência e harmonia dessas funções estatais. Nesse sentido Montesquieu (2010, p. 169) discorre que:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo é reunido ao poder executivo, não há liberdade, porque é de temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado faça leis tirânicas, para executá-las tiranicamente. Tampouco há liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estiver unido ao poder legislativo será arbitrário o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos; pois o juiz será legislador. Se estiver unido ao poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor.

Partindo-se do pressuposto que a obra do autor Montesquieu não foi a primeira a tratar sobre a questão, faz-se necessário observar como foi a elaboração dessa conjuntura histórica antes de sua obra, e quais foram as influências recebidas por ele na elaboração dessa teoria. A principal característica que diferencia o avanço da obra do barão de Montesquieu daquelas que surgiram anteriormente, é que o autor buscou elaborar uma teoria que não se pautava na separação absoluta dos poderes, mas sim em um sistema de freios e contrapesos, onde um poder era o moderador e limitava a atuação dos demais e vice-versa.

É relevante observar também que Aristóteles (2011) no Século IV a.C., em uma época

muito distinta daquela evidenciada por Montesquieu, já trazia os primeiros conceitos acerca da separação de poderes dentro da *pólis*, termo usado para conceituar as cidades da Grécia Antiga. Para ele, em sua obra *Política*, todas as cidades daquele período possuíam três elementos essenciais, sendo que o primeiro deles seriam as pessoas que deliberariam sobre assuntos de interesse público, o segundo grupo seriam às magistraturas, cargos de grande importância que atuavam principalmente na execução das leis e no desempenho de funções relevantes para a *pólis*, além do último elemento, este mais relacionado ao poder de criação das normas.

Ainda segundo Aristóteles (2011), embora houvesse três elementos com poder político na Grécia, em virtude do momento histórico de sua teoria, todos esses poderes estavam à disposição do soberano da época ou de um único órgão, algo distinto do que é defendido por Montesquieu ao apontar a separação dos poderes como o desmembramento do poder central, a fim de evitar atos de tirania que são contrários a uma ideia de justiça social.

O conceito de soberania e sua titularidade foram sendo moldados ao longo dos séculos, onde cada um dos povos na antiguidade apresentava características específicas a respeito de quem seria o detentor desse poder. Na obra *A Cidade Antiga (La Cité Antique: étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et Rome)*, de Dinis Fustel de Coulanges, observa-se que havia a predominância, principalmente na cultura dos povos gregos e romanos, do que se entende por *pater famílias*, haja vista que a concentração do poder decisório era voltado à figura do *pater*, o representante da família em todos os aspectos. Desses grupos menores surgiram outros mais robustos, com maior número de membros, que foram dando lugar ao surgimento das cidades, sem, contudo, perder o modelo de organização semelhante àquele apresentando nos núcleos familiares (COULANGES, 2009).

Embora tenham ocorridos outros vestígios históricos acerca da separação dos poderes, principalmente no que tange a formação do Império Romano, Coulanges (2009) demonstra que Roma durante a antiguidade até o seu declínio em 476 d.C., possuiu diversas formas e regimes de governo, como a monarquia e a república, mas acabou por personificar as funções estatais na figura do Imperador César, o que torna esse marco não tão perceptível no estudo da separação de poderes como forma de evitar a centralização da tomada de decisões nas mãos de um único representante.

Dessa forma, o momento histórico que evidencia mais firmemente a separação dos três poderes ocorre na Inglaterra, em meados do fim da Idade Média, uma vez que antes desse período, a Europa vivia sob o regime do feudalismo, uma época em que o poder soberano era representado pelos reinados absolutistas, e o sistema que vigorava eram as monarquias, estas pautadas no direito natural como diretriz de governo. Nessa época, verificou-se também que,

em virtude do absolutismo, houve o declínio da nobreza e um forte crescimento social dos burgueses, que mesmo assim ainda não detinham o espaço político na tomada de decisões (BONAVIDES, 2019).

A Inglaterra foi destaque na época em questão, pois foi o primeiro país a limitar a atuação do poder soberano dos reis, fato este ocorrido pela Magna Carta de 1215, documento assinado pelo rei João Sem Terra, que fez com que fosse criado e instituído o Parlamento Britânico, cujo papel era impor limites no que tange o poder das monarquias. O que ensejou a elaboração desse documento normativo foi a considerável influência da Igreja Apostólica Romana na política e as constantes reivindicações dos barões daquele período, resultando assim em um Parlamento que visava combater o absolutismo e avançar rumo ao constitucionalismo (DALLARI, 2013).

Durante esse novo período de mudanças que surgiam na Inglaterra, havia aqueles que legitimavam a existência e soberania do governo monárquico, como o contratualista Thomas Hobbes, em sua obra *Leviatã*, que entendia o homem como um ser movido pelo instinto de guerra contra os demais, e para que houvesse a paz entre as pessoas, se fazia necessário um poder supremo que restringisse e limitasse a liberdade dos indivíduos na mesma medida. Para o autor, o Estado se define como sendo uma pessoa instituída por atos de uma multidão, podendo se valer desse poder recebido para garantir a paz e a defesa dessas pessoas (HOBBS, 1651, ed. 2014).

Outro marco histórico que ocorreu na Inglaterra foi advindo da Revolução Puritana ocorrida no século XVII, movida por enfrentamentos entre o rei e o parlamento a respeito de determinadas questões que passariam a necessitar de autorização parlamentar. O resultado desses enfrentamentos foi à queda da monarquia absolutista e a instituição de um novo governo (Commonwealth), que instituiu Cromwell como protetor vitalício, e se verificou maior implantação do que seria a separação dos três poderes, pois o Legislativo representaria o povo, o governo seria administrado pelo Lorde Protetor, e havia uma maior independência do Judiciário presente na Constituição do protetorado (RIBEIRO JUNIOR, 2001).

Após certo período da instituição desse novo governo, a monarquia conseguiu retornar ao cenário local através de Charles II, entretanto, tal fato ensejou o início da Revolução Gloriosa de 1689, e a consequente transformação da monarquia absolutista da Inglaterra em uma monarquia mais constitucionalista, e que consolidou o domínio da burguesia na Inglaterra, e que acabou na elaboração de uma Declaração de Direitos, de nome *Bill of Rights of 1689*. Esse novo documento normativo foi de suma importância para definir quais seriam os poderes exercidos pelos monarcas, e quais seriam restringidos. Tratava-se de uma forma de

descentralizar os atos políticos da época e fortalecer o regime já iniciado por Cromwell (RIBEIRO JUNIOR, 2001).

Como consequência da Revolução Gloriosa, o autor John Locke tratou de desenvolver uma teoria acerca do novo regime aplicado ao parlamento britânico, e mesmo não havendo clareza no que diz respeito a como se daria essa separação de poderes, o inglês foi de suma importância ao nortear acerca da repartição das funções estatais e como se dariam, o que serviu de alicerce na teoria elaborada por Montesquieu posteriormente (BOTTALLO, 2007).

Para John Locke (2004), em sua obra *Segundo Tratado sobre o Governo*, o Estado se divide em três competências distintas, cabendo ao Poder Legislativo as atribuições de discriminar ofensas e como serão reparados tais atos, inclusive com as penas aplicáveis, ao Poder Executivo cabe efetivar o cumprimento das leis e respaldar o interesse dos particulares da forma como for conveniente, e por fim, o Federativo é competente em comandos externos, principalmente no que trata acerca da promoção da paz ou da guerra. Embora haja essa divisão apontada por Locke, o mesmo é enfático ao apontar que o Poder Legislativo se sobressai sobre os demais, declarando que:

O Poder Legislativo é o que tem o direito de estabelecer como se deverá utilizar a força da comunidade no sentido da preservação dela própria e dos seus membros. [...] E como pode ser tentação demasiado grande para a fraqueza humana, capaz de tomar conta do poder, para que as mesmas pessoas que têm por missão elaborar as leis também tenham nas mãos a faculdade pô-las em prática, ficando dessa maneira isentas de obediência às leis que fazem, e podendo amoldar a lei, não só quando a elaboram como quando a põem em prática, a favor delas mesmas, e assim passarem a ter interesse distinto do resto da comunidade, contrário ao fim da sociedade e do governo, [...] desse modo, os Poderes Legislativo e Executivo ficam frequentemente separados (LOCKE, 2004, p. 91).

Fica nítido a partir da leitura do trecho em destaque que para Locke, do Poder Legislativo derivam os demais poderes, o que implica em dizer que há uma subordinação do executivo e do federativo em relação ao soberano legislativo. Logo, enquanto o executivo se limita a atuar conforme os mandamentos legais existentes e o federativo trata de questões externas sobre relacionamento internacional, ao legislativo coube a função de regulamentar as leis e assim poder disciplinar o poder monárquico dos reis, o que o tornava superior aos demais. Ressalta-se também que embora o autor não tenha incluído o Poder Judiciário entre as competências estatais ele relata em partes de sua obra que o poder julgador é a atividade meio do legislativo, que efetiva os castigos às transgressões das leis.

Utilizando como fonte as obras de Aristóteles e John Locke já mencionadas, o francês Montesquieu (2010) elaborou uma teoria contemporânea e reconhecida mundialmente como marco na tripartição dos poderes, apontada na obra *Do Espírito das Leis* como a Teoria da Separação dos Poderes. Tomando por base a Constituição Inglesa, e observando a teoria

apontada por Locke, esse novo pensamento consagrado por Montesquieu aponta pela primeira vez de forma expressa a existência do Poder Judiciário, este responsável por dirimir os conflitos resultantes da infringência das normas impostas.

Nessa teoria revolucionária, Montesquieu (2010) trata da necessidade da tripartição dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário como forma de descentralizar a tomada de decisões das mãos de uma única pessoa, a fim de evitar a tirania e a arbitrariedade. Aponta ainda que deve haver um equilíbrio entre os poderes, e cada um destes possui suas competências específicas que devem ser respeitadas, não devendo existir a interposição entre esses poderes.

Sendo assim, o enfoque central da teoria de Montesquieu parte do pressuposto que, para o melhor desempenho das funções do Estado se faz necessário que haja a administração por órgãos diversos, mas que ao mesmo tempo sejam independentes e harmônicos entre si. Dessa forma, fica evidente que o autor consagrou em sua obra *Do Espírito das Leis* a teoria de freios e contrapesos, elaborada doutrinariamente para explicar a separação dos poderes, e que trata do controle do poder pelo próprio poder, onde haveria autonomia para que exerçam suas atribuições, limitados de certa forma pelos demais poderes, a fim de evitar abusos (MONTESQUIEU, 2010).

Para o pensador francês, jamais haveria liberdade se os poderes acabassem se centralizando nas mãos de um soberano. Essa teoria clássica foi revolucionária e serviu como base para diversos outros acontecimentos, principalmente no que diz respeito às revoluções que ocorreram nos Estados Unidos a partir do art. 5º da *Declaração de direitos do bom povo da Virgínia*, que positivou a tripartição dos poderes e influenciou na independência das treze colônias inglesas (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1776), e na França, que fez surgir a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, prevendo em seu art. 6º, a necessidade da separação dos poderes como fundamento de uma constituição (FRANÇA, 1789).

Os apontamentos elencados na Teoria da Separação dos Poderes influenciaram na elaboração de novas cartas magnas dos Estados Liberais que trataram inclusive, da distribuição de competências sem que jamais um poder fosse interferido por outro. Contudo o pensador francês tratava não apenas da independência dos poderes, mas sim da liberdade entre eles, onde um poder fosse o moderador e funcionasse como fiscalizador dos demais e vice-versa. Dessa forma, as constituições dos Estados liberais foram sendo modificadas ao longo dos séculos, tendo em vista a necessidade de adaptação ao novo modelo de distribuição das funções estatais e o controle entre esses poderes (MONTESQUIEU, 2010).

No que tange ao desenvolvimento histórico da separação dos poderes enquanto princípio constitucional brasileiro, o mesmo passou a ser evidenciado inicialmente com a *Constituição*

*Política do Império do Brasil de 1824*. Nesse documento, há um capítulo específico para tratar dos poderes, onde além de serem harmônicos entre si, foram divididos em quatro tipos distintos, o legislativo, o executivo, o judicial e o moderador, sendo este último de titularidade do imperador do país (BRASIL, 1824). Dessa forma, fica perceptível que a separação dos poderes ocorria de forma desequilibrada na época, pois além de exercer o poder moderador ou poder de equilíbrio, o imperador era também chefe do executivo, o que acarretava a preponderância das atribuições executivas sobre as demais (SOARES DE PINHO, 1961).

Posteriormente surge a primeira Constituição Federal da República em 1891, esta foi advinda com o fim do período imperial e baseou-se na constituição dos Estados Unidos da América para sua elaboração. Foi a primeira vez que uma carta magna brasileira trouxe a presença somente dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário entre os órgãos da soberania do país, e um sistema de freios e contrapesos mais bem elaborado, além de tratar sobre repartição de competências entre a União e Estados-membros (SOARES DE PINHO, 1961).

Soares de Pinho (1961) tratou ainda de abordar sobre as demais Constituições brasileiras ao longo do século XX no que tange a separação dos poderes, como pode ser visto adiante. No que diz respeito à Constituição de 1934, a mesma trouxe poucas novidades relacionadas à tripartição dos poderes, reproduzindo apenas o sistema adotado na carta magna anterior. Já na Constituição Federal de 1937, ou Polaca (em referência a carta polonesa), esta outorgada por Getúlio Vargas, acabou sendo omissa por não tratar expressamente sobre tripartição dos poderes, mas em diversos artigos veio a se referir sobre as atribuições do Legislativo, do Judiciário e do Presidente da República, a este sendo conferido o status de autoridade máxima do Brasil.

Em 1946 com o fim do governo ditatorial de Vargas o Brasil promulga novamente uma Constituição e, por conseguinte, o princípio da separação e independência dos poderes é expressamente reconhecido novamente. Em 1964 inicia um período de ditadura militar no Brasil, contudo, com a elaboração de nova Constituição em 1967 e da Emenda Constitucional nº 01 de 1969, no que se refere à tripartição dos poderes, não ocorreram relevantes modificações, onde permaneceu a ideia que a União possui três poderes independentes e harmônicos entre si, tais poderes não podiam delegar atribuições de uns aos outros e não seria possível para um cidadão exercer atribuições em mais de um poder (SOARES DE PINHO, 1961).

Com o término do período ditatorial em 1985, surge a necessidade da elaboração de uma nova carta magna que assegure direitos e garanta a democracia no país. Sendo assim, em 1988 é promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, também conhecida como

constituição cidadã, por estar pautada na dignidade da pessoa humana como pilar de sua estruturação, além da busca por uma nova ordem constitucional baseada no Estado Democrático de Direito, bem como aduz o art. 1º, III da referida Carta Magna (BRASIL, 1988).

Fato é que, devido ao contexto histórico em que o país estava inserido nas décadas anteriores, houve a necessidade da elaboração de uma Constituição mais prolixa, e que viesse a respaldar um maior número de garantias e direitos fundamentais. Dentre eles, merece destaque o Princípio da Separação dos Poderes, alvo do estudo em questão, e que a nova carta magna tratou de considerá-lo como uma cláusula pétrea e, portanto, inviolável, que não poderia ser alvo de Emendas Constitucionais para sua abolição, conforme o art. 60, § 4º, inciso III, da Carta Constitucional.

Ademais, merece destaque o art. 2º da Constituição Federal do Brasil de 1988, uma vez que veio a reforçar ainda mais a existência no ordenamento jurídico nacional de três poderes, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, todos independentes e autônomos entre si, cujo papel não era limitado a apenas uma função, ao contrário, a própria carta magna vem a garantir o exercício de funções típicas e atípicas a cada um desses poderes (BRASIL, 1988).

A exemplo disso pode-se citar o Poder Judiciário, que além de desempenhar sua função típica jurisdicional com a pacificação dos conflitos por meio da aplicação do ordenamento jurídico, possui funções atípicas administrativas e legislativas, como organizar sua própria estrutura interna, elaborar os regimentos internos do próprio tribunal, elaborar súmulas, súmulas vinculantes, fazer a fiscalização da atuação de seus membros, dentre outras atribuições (BRASIL, 1988).

Dessa forma, fica evidente principalmente no que se refere ao Judiciário, que a Constituição Cidadã aumentou consideravelmente suas atribuições, o que à época de Locke era visto como um departamento do poder legislativo que efetivava castigos frente a uma violação concreta das leis, ou para Montesquieu, que seria basicamente um poder responsável em solucionar os conflitos que resultavam da infringência das normas impostas. Nesse sentido, o magistrado deixou de ser unicamente um aplicador da lei positivada, e passou a ser um intérprete da norma, devendo julgar conforme os parâmetros da nova hermenêutica constitucional (CARVALHO NETTO, 1999).

### **3 IMPACTOS DO ATIVISMO JUDICIAL E DO PRINCÍPIO DA DIVISÃO DOS PODERES**

Conforme já foi evidenciado, o Princípio da Tripartição dos Poderes não é algo recente. As diversas doutrinas voltadas ao seu estudo apontam este sendo resultante de uma vasta conjuntura histórica, que de início foi baseada primordialmente na limitação do poder soberano a fim de evitar o autoritarismo e a tirania, mas que posteriormente foi ganhando novos contrastes, recebendo destaque a teoria de Montesquieu baseada em um sistema de freios e contrapesos. Com o advento da Constituição Federal de 1988, a ideia de tripartição dos poderes ganhou cada vez mais força, sendo destaque na referida carta magna as atribuições específicas de cada um desses poderes, seja por atos gerais ou específicos.

Conforme Dallari (1991) os atos gerais são aqueles de competência do Legislativo, pois esse poder emite normas de caráter geral e abstrato, e a partir dessa norma genérica é que o Poder Executivo vem a atuar através de atos especiais. Embora o executivo possua meios concretos para agir discricionariamente, seu poder é limitado pelos atos gerais do legislativo, que dispõe acerca de como se dará essa margem de discricionariedade. Ao Poder Judiciário coube além da solução dos litígios individuais, a fiscalização dos atos desempenhados pelos demais poderes, fazendo com que eles permaneçam nos limites estabelecidos pela própria Constituição Federal, o que torna evidente um sistema de freios e contrapesos no cenário nacional.

A partir desse entendimento, fica perceptível o quanto o Judiciário vem ganhando destaque no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que sua margem de atuação está relacionada não somente à aplicação da norma ao caso concreto, mas também a um poder fiscalizador, que verifica se o cumprimento das competências constitucionais está realmente sendo desenvolvido. Nesse sentido, é de suma relevância tratar sobre a principal corte do Brasil, o Supremo Tribunal Federal, que recebeu constitucionalmente a atribuição de guardião da Carta Magna de 1988, e que vem ao longo dos últimos anos, juntamente com todo o Judiciário brasileiro, desenvolvendo um papel proativo na tomada de decisões.

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado um papel ativo na vida institucional brasileira. [...] A centralidade da Corte – e, de certa forma, do Judiciário como um todo – na tomada de decisões sobre algumas das grandes questões nacionais tem gerado aplauso e crítica, e exige uma reflexão cuidadosa. O fenômeno, registre-se desde logo, não é peculiaridade nossa. 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 controvertidos na sociedade. (BARROSO, 2012, p. 23)

Conforme o pensamento do ministro do STF, ao Poder Judiciário incumbe o dever de solucionar os litígios e promover a pacificação social. Contudo, novas demandas surgem constantemente na sociedade, e muitas vezes, versam sobre assuntos inéditos que jamais haviam sido questionados ou normatizados pelo Poder Legislativo. Nessas situações, mesmo sem um

amparo legal no ordenamento, é dada ao intérprete das leis a atribuição de julgar de forma coerente baseada em argumentos válidos.

Dessa forma, devido a fatores como a judicialização excessiva de demandas, o papel dos magistrados vem ganhando cada vez mais notoriedade, visto que a tomada de decisões envolvendo questões de grande destaque acaba por ser alvo de elogios ou críticas, e isso faz com que deva haver uma maior reflexão sobre os limites de atuação do Poder Judiciário, a fim de evitar uma violação ao princípio constitucional da tripartição dos poderes. Souza Netto e Pegoraro Junior (2009) entendem que a gênese dessa atuação mais proativa do Judiciário pautase no controle incidental de constitucionalidade, em virtude da difusão da jurisdição após a CF/88, uma vez que aos magistrados foi repassada a atribuição de julgar tanto o caso concreto, como a validade da própria norma frente aos parâmetros constitucionais, o que aumentou consideravelmente sua margem de atuação.

Para Barroso (2012), o fenômeno conhecido como judicialização trata da transferência do poder decisório de questões de larga repercussão social ou política para órgãos do Poder Judiciário, e não para outras instâncias políticas como o Congresso Nacional e o Executivo. Dessa forma, trata-se de um processo que engloba principalmente os juízes e tribunais, ensejando alterações na linguagem, na argumentação e inclusive, no modo de vida da sociedade. Nesse sentido, para Oliveira (2008), a judicialização ocorre de forma independente dos anseios dos membros do Judiciário, ao contrário, decorre da transformação cultural evidenciada no Brasil, constituindo-se por fatores preexistentes à atividade e atuação desse poder.

Ademais, alguns fatores influenciam nesse processo de judicialização, sendo que para Barroso (2012) foram: a redemocratização do país a partir da CF/88, que trouxe ao Poder Judiciário o status de um verdadeiro poder político responsável pelo cumprimento das leis e da própria carta magna, e não apenas um departamento vinculado ao Executivo e ao Legislativo; a constitucionalização abrangente, fazendo com que fosse incluído na Constituição, diversas matérias que anteriormente eram tratadas dentro de normas infraconstitucionais, inclusas ao processo político majoritário e à legislação ordinária; além do sistema brasileiro de controle, que permite a análise da norma pelo STF ou a declaração de inconstitucionalidade no caso concreto pelos juízes e tribunais.

Como consequência lógica da judicialização de demandas, surge o ativismo judicial, fenômeno este que sempre foi alvo de críticas, sejam estas positivas ou negativas, muito em razão de proporcionar um maior alcance ao Poder Judiciário na tomada de decisões. Por isso, faz-se necessário uma abordagem baseada em distintos posicionamentos acerca dessa temática.

Conforme Barroso (2012, p. 31), o ativismo judicial “expressa uma postura do

intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário”. Enquanto o Ministro do STF traz uma postura mais neoconstitucionalista acerca do ativismo judicial, Ramos (2015) trata do tema em questão como sendo um fenômeno em que o poder jurisdicional é exercido em violação aos limites estabelecidos pela própria conjuntura jurídica brasileira, ensejando a resolução de litígios de natureza subjetiva ou objetiva. Para o autor, seria uma exacerbação do campo de atuação do Judiciário em afronta aos outros poderes.

Ainda segundo Barroso (2012), o ativismo judicial é refletido de diversas formas, como na aplicação da Constituição Federal em situações que não foram abarcadas em seu texto legal e que não houve a manifestação do legislador; na declaração da norma inconstitucional, mesmo que não haja uma violação expressa e clara da Constituição; além da conduta de imposição ou abstenção de condutas em relação ao Poder Público, no que tange a questões de matéria de políticas públicas. Oliveira (2008) entende o ativismo como sendo um desejo dos órgãos judiciais em alterar contextos políticos e sociais vigentes, onde o resultado, no entanto, pode abrir espaço para a tomada de decisões baseada em convicções e crenças pessoais dos magistrados.

Conforme evidenciado, o ativismo judicial, diferentemente do fenômeno da judicialização, ocorre a partir do subjetivo dos magistrados, por ser “um problema de comportamento, em que o juiz substitui os juízos políticos e morais pelos seus, a partir de sua subjetividade” (STRECK, 2013). Ainda segundo o autor, trata-se de uma possível utilização da hermenêutica constitucional de forma exacerbada, podendo vir a extrapolar os limites de interpretação e formular pensamentos que jamais emanaram nas normas.

O autor Lênio Streck (2012) entende em seu trabalho intitulado como *Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio*, que uma das formas utilizadas pelos juízes e tribunais para fazerem cumprir a Inafastabilidade da Jurisdição quando não há normatividade, é o pamprincipiologismo, visto como um fenômeno de criação de princípios sem normatividade como forma de fundamentar decisões, o que enseja a análise de mais uma possível causa de violação da autonomia e independência dos três poderes.

No que diz respeito ao pamprincipiologismo no Judiciário brasileiro, o autor dispõe sobre o assunto da seguinte forma:

“Positivização dos valores”: assim se costuma anunciar os princípios constitucionais, circunstância que facilita a “criação”, em um segundo momento, de todo tipo de “princípio”, como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a “pedra filosófica da legitimidade principiológica”, da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para resolver os casos difíceis ou “corrigir” as incertezas da linguagem. (STRECK, 2012, p. 09)

Ainda segundo o autor, o pamprincipiologismo é conceituado como uma forma de patologia ligada diretamente ao exercício da jurisdição, uma vez que há a utilização desmedida de fundamentos argumentativos para interpretar de forma expansiva as normas produzidas pelo sistema democrático brasileiro, no que tange à legislação aplicável. Trata-se de uma técnica utilizada para formular decisões baseadas na sensibilidade do magistrado, almejando a solução para os casos concretos (STRECK, 2012).

Fica claro que o pamprincipiologismo é mais um desdobramento do ativismo judicial, uma vez que as decisões fogem do campo da norma positivada e alcançam o subjetivo daqueles que exercem a jurisdição, o que vem a acarretar fundamentações desprovidas de amparo legal. Villela (2009) entende que até mesmo princípios presentes expressamente na Constituição Federal de 1988 acabaram por ficar banalizados, a exemplo do Princípio da Dignidade Humana, que se tornou um aparato capaz de servir para tudo, sendo adequado e modelado sem que haja um mínimo de fixação acerca dos preceitos que devem nortear a sua aplicação.

O referido autor ainda traduz a utilidade do princípio como um valor empobrecido e esvaziado, haja vista que se tornou a base norteadora que é justificativa para qualquer fundamentação, embora na maioria das situações, nem houvesse necessidade de recorrer a esse princípio como única base normativa. A dignidade da pessoa humana é utilizada de forma pamprincipiológica como o “trunfo” do aplicador da lei, que ao adequar a todo caso concreto, acaba por torná-lo mais frágil e propício a equívocos (VILLELA, 2009). Por isso faz-se necessário à observância das regras e que a aplicação dos princípios ocorra de forma ponderada.

Alguém acha que deve ter melhores salários? Pois que se elevem: uma simples questão de dignidade da pessoa humana. Faltam às estradas condições ideais de tráfego? É a própria dignidade da pessoa humana que exige sua melhoria. O semáforo desregulou-se em consequência de chuvas inesperadas? Ora, substituam-no imediatamente. A dignidade da pessoa humana não pode esperar. É ela própria, a dignidade da pessoa humana, que se vê lesada quando a circulação viária das cidades não funciona impecavelmente 24 horas por dia. O inquilino se atrasou com os alugueres? Despejem-no o quanto antes: Fere a dignidade da pessoa humana ver-se o locador privado, ainda que por um só dia, dos direitos que a locação lhe assegura (VILLELA, 2009, p. 562).

Streck (2012) enumera diversos princípios que considera como redundantes, pois tratam da essência das normas, de um mecanismo lógico que seria desnecessário tratá-los como princípios. O autor cita, por exemplo, os princípios da simetria, da precaução, da não surpresa, da felicidade, da confiança, da afetividade, do processo tempestivo, da alteridade, da humanidade, da adequação, da elasticidade processual, entre muitos outros. O autor utiliza de sua criticidade para alegar que tais princípios derivam de valores que ensejam ao ativismo judicial, em face da margem de liberalidade, e outros derivam basicamente do que a lei já diz.

Dessa forma, fica evidente que utilizar princípios de forma exacerbada ou até mesmo em situações que nem seria necessária a sua aplicação, acaba por questionar de certa forma a separação dos poderes, pois incumbe ao legislador no exercício de suas atribuições, criar leis e princípios norteadores da aplicação dessas normas. Contudo, a partir do momento que o Judiciário toma para si o poder decisório de forma proativa baseada no “achismo”, por não haver nenhum embasamento legal ou este se encontrar fora do contexto, à tripartição dos poderes acaba ficando de lado (CAMBI, 2009).

Ressalta-se que o problema em questão não é a utilização dos princípios, ao contrário, estes são de grande relevância no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que seria impossível ao legislador prever todas as situações sociais possíveis de aplicação das normas. Logo, a abstratividade dos princípios acaba por ser muito útil nessas situações, desde que sua utilização não ocorra de forma demasiadamente extrapolada. Conforme Coutinho (2015, p. 33):

Princípio é um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejada, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Princípio é um padrão decisório que se constrói historicamente e que gera um dever de obediência. Isto é, princípios funcionam no código lícito-ilícito. Caso contrário, um princípio não é um princípio.

Vale salientar ainda que, conforme Streck (2012), do mesmo modo que os princípios fundamentam decisões proativas, ou são criados sem normatividade para embasar sentenças judiciais, há também as situações em que as questões sociais clamam pela utilização de princípios, mas na prática são deixados de lado ou acabam por ser considerados como normas. Trata-se, portanto, de hipóteses em que o pamprincipiologismo dá lugar a outra situação totalmente adversa, por tratar da hipossuficiência dos princípios nas decisões proferidas pelos magistrados.

Essa hipossuficiência é vista como um subproduto do fenômeno pamprincipiológico, ou seja, trata-se de um posicionamento radical e contrário ao pamprincipiologismo, o que enseja a tentativa de solucionar uma patologia jurídica com outra totalmente equivocada. O autor considera ainda a hipossuficiência de princípios como o uso escasso e insatisfatório do conceito de princípio, contradizendo todos os pensamentos do pamprincipiologismo, pois ao invés de nomear qualquer coisa como princípio, passa a negar a qualidade daquilo que é efetivamente reconhecido como tal (STRECK, 2012).

Dessa forma, não sabe o autor dizer qual destes seria o mais grave no exercício da jurisdição, a exacerbada utilização dos princípios ou sua medíocre utilização nas decisões judiciais, uma vez que esse fenômeno acaba por querer transformá-los em regras. “O remédio contra os males do pamprincipiologismo não é o uso hipossuficiente dos princípios. Ao se jogar

fora a água da bacia, há que se verificar, antes, se a criança foi retirada!” (STRECK, 2012, p. 09).

Os princípios são, conforme Leal (2003), a base da atividade interpretativa do Poder Judiciário, por estarem repletos de senso de justiça e possibilitarem maior margem argumentativa. São, portanto, juntamente com as normas positivadas à essência da jurisdição. Contudo, a atuação destes encontra limites no próprio sistema de freios e contrapesos apontado por Montesquieu, seja pelas disposições expressas em lei no que diz respeito à competência dos poderes, ou até mesmo pelos outros princípios, que acabam sendo sopesados e ponderados durante a aplicação prática.

Streck (2012) após realizar diversas análises sobre o fenômeno da ponderação de princípios aponta que “A própria ponderação é uma ficção. É uma máscara para esconder a subjetividade do julgador [...] a ponderação estava umbilicalmente ligada à discricionariedade judicial”. O autor deixa perceptível que para ele, ponderar princípios seria o mesmo poder que um representante do executivo tem quando atua fundado em certa liberdade de escolha dentro dos limites da lei, só que nesse caso o poder discricionário seria do magistrado, exercendo a jurisdição baseada na sua subjetividade e mascarando-a na ideia de ponderação.

Enquanto Lênio Streck é extremamente crítico ao tratar sobre a ponderação de princípios, há aqueles autores que possuem pensamentos mais tradicionais acerca dessa questão, assim como dispõe Alexy (1997, p. 86):

À vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível. Sua aplicação, portanto, não será no esquema tudo ou nada, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato.

Esse posicionamento é o mais aceitável entre os doutrinadores contemporâneos, por tratar da essência do fenômeno da ponderação, onde os princípios não devem se confrontar e entrar em colisão para se encontrar um único a ser aplicado, muito pelo contrário, eles devem se complementar mediante concessões recíprocas. Dessa forma, sopesar os princípios e relacioná-los com as outras normas aplicáveis na situação fática, é uma forma capaz de proporcionar a prevalência do ideal de justiça, este enraizado no próprio conceito de princípio.

A partir dessas situações, fica nítido que o Poder Judiciário acabou por desempenhar um papel mais proativo na tomada de decisões. Tal fato surge no período pós-ditadura militar com o advento da Constituição Federal de 1988, mas que vem a ganhar notoriedade principalmente no século XXI. Dentre as hipóteses que foram suscitadas, têm-se o ativismo judicial sendo fruto do processo de judicialização brasileiro, bem como o pamprincipiologismo e a ponderação de princípios nas situações fáticas.

É evidente que a proatividade dos magistrados na tomada de decisões, bem como a própria estrutura do sistema de freio e contrapesos, é fato suficiente para questionar um novo paradigma no que diz respeito à tripartição e a autonomia dos poderes, pois no cenário político atual, inexistente a ideia de que cada poder possui uma atribuição constitucional de forma absoluta e intocável, uma vez que todos eles acabam por exercer de certa forma as atribuições de julgar, executar e legislar.

Logo, subsiste a ideia de separação dos poderes de forma relativizada, embora seja necessário limitar o ativismo judicial e o pamprincipiologismo a fim de evitar que estes acabem por trazer consequências negativas ao próprio ordenamento jurídico brasileiro.

#### **4 REPERCUSSÕES DO PAMPRINCIPIOLOGISMO E DO ATIVISMO JUDICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

No que tange ao ativismo judicial e ao pamprincipiologismo, foi evidenciado anteriormente que estas técnicas configuram-se como métodos interpretativos utilizados pelos membros do Judiciário para embasar a sua tomada de decisões. Destarte, faz-se necessário uma análise sobre as consequências da atuação proativa dos magistrados e o uso exacerbado de princípios de forma equivocada, ou até mesmo sem normatividade, uma vez que muitas sentenças e acórdãos acabam por estarem fundados puramente em aspectos subjetivos, o que vem a acarretar certa insegurança jurídica no ordenamento brasileiro.

Segundo Gadamer (1999), a subjetividade é algo intrínseco do ser humano, fruto do processo social em que o indivíduo está imerso, e que se inicia muito antes das atividades jurídicas, pois essa construção parte do ambiente familiar até chegar à sociedade e ao Estado em que o indivíduo se insere. Trata-se, portanto, da realidade histórica de cada indivíduo. Aos magistrados não seria diferente, pois utilizam da autorreflexão como norte para fundamentar as decisões, e em muitas situações esse meio subjetivo torna-se um espelho deformante, que acaba provocando o emocional dos mesmos. O maior reflexo da subjetividade acaba por serem as decisões heterogêneas sobre mesma temática, eivadas de certa insegurança jurídica.

Conforme Cappelletti (1999), não são raras as situações em que os magistrados, por força de sua atividade criativa, acabam por criar *ex novo* o direito, ou seja, a aplicação das normas ocorre de forma diversa do que vinha sendo usualmente utilizado. Esse novo modelo de recriação é, segundo o autor, derivado da atividade interpretativa dos julgadores, pois incumbe a eles o dever de esclarecer, integrar, plasmar e transformar o Direito. De fato, é imprescindível para uma boa atuação dos juízes a utilização da hermenêutica jurídica, contudo,

os métodos de interpretação devem estar pautados em normas, princípios, jurisprudências e outras fontes do Direito consagradas, e não apenas em aspectos subjetivos.

O Supremo Tribunal Federal, reconhecido como a suprema corte do Brasil, é responsável pela guarda da Constituição Federal e vem desempenhando um papel ativista em diversas decisões de grande repercussão nacional ao longo dos últimos anos, tendo em vista que novos paradigmas sociais emergiram, e não haviam normas positivadas que tratassem especificamente dessas questões (BARROSO, 2012). Sendo assim, o tribunal ao ser provocado sobre essas temáticas necessitou tomar decisões proativas, baseadas primordialmente em princípios constitucionais, para fazer valer o renomado Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição.

Como resultado do ativismo judicial no STF, podem ser elencadas diversas decisões proferidas nos últimos anos, entre as quais merecem destaque: o reconhecimento das uniões homoafetivas, mesmo não havendo previsão legal para tal; a fidelidade partidária, onde a perda de mandato por infidelidade partidária não se aplica aos cargos do sistema majoritário de eleição; a criminalização de homofobia como racismo; o aborto até o 3º mês não seria considerado crime; a vedação ao voto impresso nas urnas eletrônicas; a declaração de inconstitucionalidade da proibição de progressão dos crimes hediondos, dentre muitas outras decisões.

É relevante destacar que grande parte das decisões elencadas anteriormente, por não haver previsão legal, foram embasadas em convicções morais e conveniências políticas. Nesse sentido, destaca Streck (2012) que as práticas ativistas estão relacionadas a uma postura dos juízes e tribunais com fulcro em argumentos políticos e morais, ou seja, quando a aplicação do Direito é substituída por convicções pessoais do magistrado. O mesmo autor complementa esse pensamento na obra *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*, destacando que:

Este é o ponto. Com essa postura ativista do judiciário, não apenas argumentos de política passaram a predar os argumentos jurídicos, mas também o judiciário passou a exercer este papel predatório do espaço político (e da moral), na medida em que, ao desrespeitar os limites materiais estabelecidos pela Constituição para sua atuação, acabou trazendo imenso prejuízo para a democracia (STRECK, 2013, p. 12).

Nesse mesmo sentido, para Dos Santos Junior (2013), o dever de interpretar as normas e aplicar princípios faz parte da responsabilidade funcional dos membros do Poder Judiciário, haja vista que se trata de um poder independente e harmônico. Contudo, essa liberdade interpretativa não é absoluta, uma vez que os juízes devem agir dentro de um campo de normatividade. Para ele, o Estado Democrático de Direito preza pelo equilíbrio, onde as

decisões devem estar fundamentadas a partir de uma boa interpretação das normas, e não apenas em aspectos subjetivos, para que assim o jogo democrático não saia prejudicado.

Sendo assim, fica nítido que o Judiciário como um todo vem exercendo práticas ativistas constantes, que em muitas situações são consideradas como precursoras da adequação da ciência jurídica com a sociedade, mas que em outras acabam por confrontar as atribuições dos demais poderes, principalmente no que tange ao Legislativo. Nesse diapasão, Barroso (2012) elenca algumas consequências da crescente intervenção do Poder Judiciário no ordenamento jurídico brasileiro, como será observado adiante.

A primeira crítica apontada por Barroso (2012) diz respeito aos riscos para a legitimidade democrática, haja vista que os integrantes do Judiciário não são eleitos pelo povo e mesmo assim vêm a desempenhar um poder público de extrema relevância, inclusive com a possibilidade de invalidar atos emanados pelos Poderes Executivo e Legislativo, por entenderem que há alguma violação aos preceitos constitucionais. Destaca-se que os membros do Executivo e Legislativo representam a vontade popular, por meio do sistema democrático de eleições, mas que mesmo assim, podem ter seus atos invalidados pelos magistrados.

O autor justifica a legitimidade do Judiciário a partir do exercício da jurisdição constitucional, pois o papel dos juízes e tribunais, principalmente no que tange ao STF, é zelar pelo sistema democrático e pela efetivação dos direitos fundamentais, o que vem a ser mais uma garantia que propriamente um risco. Para Barroso (2012, p. 28-29) os “Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição”.

Outro risco apresentado pelo ministro do STF está relacionado à politização da justiça, pois esta não deve ser utilizada como instrumento de satisfação de anseios puramente subjetivos ou convenientes. Para Barroso (2012), o Direito é uma ciência que carrega diversos traços da política, mas ao mesmo tempo possui outros aspectos que não podem ser considerados. O Direito é política, pois nasce de um sistema democrático e se manifesta nas normas elaboradas, principalmente na própria Constituição Federal; a forma como é aplicável não pode estar contraditória à realidade política, pois sua utilização traz impacto social direto; e os magistrados no exercício da jurisdição acabam por se valer de questões ideológicas próprias para embasar as decisões.

O Direito não pode ser considerado como política quando se trata da liberdade de escolhas, pois é sabido que as decisões devem estar eivadas de uma argumentação racional e persuasiva, pautada em normas e princípios que as fundamentam. É inadmissível no

ordenamento jurídico brasileiro, que haja sentenças ou acórdãos tendenciosos, manipulados ou partidarizados com o intuito de beneficiar um indivíduo ou um grupo. Em situações dessa natureza, fica evidente que inexiste uma discricionariedade plena na tomada de decisões pelos membros do Judiciário, diferente da política executiva e legislativa, que podem realizar atos de conveniência e oportunidade independente da motivação (BARROSO, 2012).

Posteriormente, o ministro Luís Roberto Barroso tratou ainda sobre os limites da capacidade institucional do Judiciário e os riscos de efeitos sistêmicos imprevisíveis, reflexos da atuação expansiva desse poder. Para ele, os poderes federados além de desempenhar suas funções constitucionalmente atribuídas, realizam um controle recíproco sobre os demais, a fim de evitar o surgimento de uma hegemonia que venha a comprometer a democracia. Ao Judiciário incumbe ser o intérprete das normas, contudo, essa atribuição não significa que todas as matérias devem ser decididas pelos tribunais, ante a ausência da respectiva capacidade institucional para isso, ou que as leis devam ser aplicadas de qualquer forma e gerem efeitos indesejáveis (BARROSO, 2012).

É relevante salientar que todos os riscos mencionados anteriormente são frutos da atuação proativa dos magistrados na tomada de decisões e acabam por questionar uma possível interferência do poder jurisdicional hermenêutico sobre os demais, quando utilizado de forma extrapolada. Contudo, Weber (2013) é enfática ao apontar que a principal consequência evidenciada no ordenamento jurídico brasileiro ao adotar um sistema ativista do Judiciário diz respeito à insegurança jurídica, pois não são raras as situações em que os juízes se deparam com casos aparentemente idênticos e acabam por ter decisões muito contrastantes, gerando certa ameaça ao Estado Democrático de Direito. Para Webber (2013, p. 305), a discricionariedade dos magistrados acaba sendo a “serpente que rodeia a democracia”.

Há de observar ainda que o cidadão possui o direito potestativo de quando necessário, receber uma resposta jurisdicional compatível com os preceitos constitucionais vigentes, e embora cada juiz possua convicções políticas e ideológicas próprias, isso não significa que suas decisões devam refletir esses aspectos subjetivos. Para o jurista Lênio Streck, a fundamentação das decisões deve estar baseada nas leis, nos princípios ou em qualquer fonte válida de argumentação jurídica, e não em aspectos morais e políticos, para que haja certa coerência entre casos semelhantes. A partir desse ponto de vista, estará resguardada a integridade da ciência jurídica (STRECK, 2010).

Em consonância com as ideias elencadas, fica nítido que o poder jurisdicional que os magistrados desempenham é em sua essência, um poder limitado, cuja discricionariedade na tomada de decisões se legitima a partir da boa aplicação da hermenêutica constitucional. Aos

juízes e tribunais incumbe uma responsabilidade política e decisória, que depende da suspensão de pré-conceitos ou convicções íntimas para que seja a mais correta possível.

Nesse sentido, a interpretação não representa a imposição de uma ideia de forma arbitrária, mas baseia-se em fontes do Direito, que emanam da própria conjuntura do nosso ordenamento. Por fim, resta salientar que a aplicação das regras e princípios deve estar atrelada ao sentido jurídico das normas e baseada na hermenêutica constitucional, para que assim, essa interpretação acabe por representar a coerência do Direito, e dessa maneira, as consequências do ativismo judicial e do pamprincipiologismo tendam a ser mitigadas (STRECK, 2014).

## **5 METODOLOGIA**

O método de pesquisa utilizado para a realização do referido trabalho partiu inicialmente do Estado da Arte ou Estado de Conhecimento, uma vez que foram realizadas pesquisas de cunho bibliográfico a respeito de autores e obras que trabalham com a conceituação do objeto de estudo. Trata-se, portanto, de uma abordagem indireta baseada em dados secundários, com o intuito de mapear e discutir o caráter histórico e conceitual da referida produção acadêmica.

No que diz respeito à abordagem do trabalho, tem-se uma pesquisa qualitativa, e esta se dá mediante a sistematização sobre a origem, as implicações e os reflexos do problema. Sendo assim, o referido trabalho está fundado em uma análise qualitativa dos dados coletados, a partir dos métodos de redução, categorização e interpretação desses dados, para que assim possam ser atingidos os objetivos apresentados (GIL, 2010).

Essencialmente, quanto à natureza da pesquisa, a mesma apresenta-se como de cunho básico. Quanto aos objetivos a serem alcançados, tem-se a classificação da pesquisa em exploratória e descritiva, uma vez que houve um levantamento bibliográfico e doutrinário de dados, a partir de uma análise minuciosa do objeto de estudo. Quanto aos procedimentos técnicos adotados, a pesquisa se configura essencialmente como bibliográfica com revisão narrativa de literatura, buscando o enriquecimento do trabalho mediante produções científicas presentes em livros, revistas, periódicos, artigos científicos e sites da internet.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho questionou de forma abrangente acerca do ativismo judicial e um de seus reflexos diretos, o pamprincipiologismo, apontando quais seriam as consequências de uma atuação mais proativa do Poder Judiciário diante da tripartição dos poderes, princípio este

consagrado na Constituição Federal de 1988 e reconhecido como cláusula pétrea. Constatou-se ainda, que o fenômeno ativista dos juízes e tribunais é fruto do estado principiológico que a sociedade está imersa, sendo o início de tal fenômeno principalmente a partir da judicialização no Brasil.

Inicialmente foi analisada toda uma conjuntura histórica sobre a separação dos poderes, percebendo-se ao final do estudo que a busca pela descentralização dos poderes não é algo recente, possuindo vestígios desde a Grécia Antiga, onde Aristóteles tratou de apontar uma subdivisão de atribuições dentro da *pólis*. Dessa forma, embora Montesquieu tenha sido de suma relevância no que tange à tripartição dos poderes, em virtude de sua obra *O Espírito das Leis*, em que trata sobre a divisão dos poderes como forma de limitação do poder soberano dos reis, este passou longe de ser o primeiro registro histórico sobre a temática.

Posteriormente, o trabalho questionou acerca dos impactos do ativismo judicial e do pamprincipiologismo diante da tripartição dos poderes, ficando evidenciado com base em diversos autores e juristas que, embora a atuação proativa do Judiciário se fundamente na busca pela solução de litígios, a mesma pode vir prejudicar a harmonia entre os três poderes, uma vez que os magistrados acabam por julgar situações em que inexistente norma disciplinadora ou realizam a expansão da norma para situações que não estão evidenciadas em seu texto legal. Sendo assim, o Judiciário acaba por julgar e legislar ao mesmo tempo.

Por fim, o presente trabalho tratou ainda sobre as repercussões do ativismo judicial e do pamprincipiologismo em face do ordenamento jurídico brasileiro, constatando-se que, a partir do momento que a margem interpretativa do magistrado se eleva ao texto legal, começa a pairar certa insegurança jurídica, haja vista que as decisões acabam por se tornarem heterogêneas e subjetivamente aplicáveis de forma distinta e desproporcional em cada caso concreto. Isso implica dizer que a aplicação da norma acaba ficando de lado quando o mais importante na tomada de decisões é a satisfação dos anseios que o próprio magistrado entende por correto no caso concreto.

Destarte, a partir da realização do estudo em questão foi possível perceber o grande avanço que a Constituição Federal de 1988 trouxe em relação à tripartição dos poderes, sendo estes elencados no art. 2º da carta magna, e considerados independentes e harmônicos entre si. É perceptível também, que o Judiciário cada vez mais veio a ganhar espaço no cenário político de tomada de decisões no Brasil, contudo, a hermenêutica constitucional deve ser observada durante a interpretação das leis, para que o ativismo judicial e o pamprincipiologismo não venham a impactar negativamente na autonomia dos poderes.

## REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. **Política**. Tradução: Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Editora Martin Claret, 2011.
- ALEXY, Robert, **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997.
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, p.23-32, 2012.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2019.
- BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil**. Rio de Janeiro, 1824.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988.
- BOTTALLO, Eduardo Domingos. **Teoria da Divisão dos Poderes: antecedentes históricos e principais aspectos**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 102. 2007.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. **Requisitos Pragmáticos da Interpretação Jurídica sob o Paradigma de Estado Democrático de Direito**. Revista de Direito Comparado III. Belo Horizonte: Mandamentos, p. 473-486, 1999.
- COULANGES, Numa Dinis Fustel de. **La Cité Antique: étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et Rome**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- COUTINHO, Jacinto N. M. **Os Modelos de Juiz: Ensaios de Direito e Literatura**. Lênio Streck e André Karam Trindade (Orgs). Atlas, 2015.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na Vida dos Povos: da Idade Média ao Século XXI**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.
- DOS SANTOS JUNIOR, Rosivaldo Toscano: **O Judiciário Entre a Vontade de Poder e o Controle Remoto Judicial: Uma Resposta Hermenêutica**. 175 f. Dissertação (Mestrado em Direito) –Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul. 2013, p. 149.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia**. 12 de jun. de 1776.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 26 de ago. de 1789.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 415-416.

GIL, Antonio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**, 5. Ed. São Paulo: atlas, 2010.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução Rosina D'Angina. São Paulo: Editora Martin Claret, 2014.

ISOLDI FILHO, Carlos Alberto da Silveira. **Conflito Real de Normas e Teoria Funcional**. Revista MPMG Jurídico, Minas Gerais, ano III, nº 11. outubro/novembro/dezembro de 2007.

LEAL, Mônia Hennig. **A Constituição Como Princípio: Os Limites da Jurisdição Constitucional Brasileira**. São Paulo: Manole, 2003.

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo: Ensaio Relativo à Verdadeira Origem, Extensão e Objetivo do Governo Civil**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis**. Texto integral. Coleção a obra prima de cada autor. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a Hermenêutica e a (In)Determinação do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 131.

RIBEIRO JUNIOR, João. **Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. Bauru, SP: Edipro. 2001.

SOARES DE PINHO, A. P. **Freios e Contrapesos do Governo na Constituição Brasileira**. Niterói, 1961.

SOUZA NETTO, José Laurindo de; PEGORARO JUNIOR, Paulo Roberto. **O Neoprocessualismo e a Publicização Normativa Como Corolário da Unidade Processual Sistêmica: Uma Afirmativa da Jurisdição Constitucional**. Artigo apresentado no XVIII Encontro Nacional do Conpedi em Maringá, 2009. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/anais/36/11\\_1080.pdf](http://www.conpedi.org.br/anais/36/11_1080.pdf)>. Acesso em 03 dez. 2020.

STRECK, Lênio. **Do Pamprincipiologismo à Concepção Hipossuficiente de Princípio**. Revista de Informação Legislativa, n. 194. Brasília, Abril/junho de 2012.

STRECK, Lênio. **Hermenêutica Jurídica em Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito**. 10º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lênio. **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da Atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio. **OK, Juiz não é Deus (juge n'est pas Dieu!). Mas, Há(via) Dúvida?** Consultor Jurídico. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-nov-20/senso-incomum-ok-juiz-nao-deus-juge-nest-pas-dieu-duvida>>. Acesso em 10 mar. 2021.

STRECK, Lenio. **O Que é Isso – Decido Conforme Minha Consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lênio. **O Que é Isso, O Ativismo Judicial, em Números?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismojudicial-numeros>>. 2013. Acesso em 05 dez. 2020.

WEBBER, Suelen da Silva. **O Panprincipiologismo Como Propulsor da Arbitrariedade Judicial e Impossibilitador da Concretização de Direitos Fundamentais.** Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 305-324, janeiro/junho de 2013.