



Centro Universitário de Brasília – Uniceub  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS  
Curso de Bacharelado em Direito

**PEDRO OTTONI SALOMÃO**

**ATIVISMO JUDICIAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA  
SEPARAÇÃO DOS PODERES**

Brasília  
2020

**PEDRO OTTONI SALOMÃO**

**ATIVISMO JUDICIAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA  
SEPARAÇÃO DOS PODERES**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília – UniCeub.

Orientador: Professor José Levi do Amaral Júnior

Brasília

2020

**PEDRO OTTONI SALOMÃO**

**ATIVISMO JUDICIAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA  
SEPARAÇÃO DOS PODERES**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília – UniCeub.

Orientador: Professor José Levi do Amaral Júnior

**Brasília, 01 de outubro de 2020.**

**Banca Avaliadora**

---

**Professor Orientador**

---

**Professor (a) Avaliador (a)**

## **Ativismo judicial à luz do princípio da Separação dos Poderes**

Pedro Ottoni Salomão

### **Resumo:**

O presente trabalho de pesquisa tem como objetivo analisar o fenômeno do ativismo judicial sob a ótica da Separação dos Poderes, princípio estabelecido pela Constituição do Brasil de 1988. Para tanto, examina-se o desenvolvimento histórico e jurídico do postulado da tripartição dos Poderes e sua aplicação no contexto jurídico brasileiro. Em seguida, faz-se o estudo descritivo do ativismo judicial, tendo como referência suas duas principais concepções, que são antagônicas, e tem como principais defensores o ministro Luís Roberto Barroso e o professor Elival da Silva Ramos. Por fim, entende-se pela incompatibilidade do ativismo judicial para o sistema jurídico brasileiro e apontam-se fatores de propagação e possíveis soluções para o problema, como a revisão da teoria do neoconstitucionalismo e amadurecimento da atividade jurisdicional e de seus limites.

**Palavras-chave:** Separação dos Poderes. Ativismo judicial. Jurisdição. Limites da jurisdição. Constituição. Hermenêutica jurídica. Constituição do Brasil de 1988. Neoconstitucionalismo.

**SUMÁRIO:**

Introdução.....	3
1. Separação dos Poderes no Brasil.....	4
1.1. Separação dos Poderes – Evolução conceitual e contextualização histórica.....	6
1.2. Constituição do Federal do Brasil de 1988 e a Separação dos Poderes.....	16
2. Ativismo Judicial no Brasil.....	28
2.1. Ativismo judicial e os limites da jurisdição.....	29
2.2. Fatores de propagação e casos de ativismo judicial no contexto brasileiro.....	39
Conclusão .....	49
Referências Bibliográficas .....	51

## Introdução

As funções do Estado aumentaram exponencialmente desde o século XVIII, quando surgiu a doutrina da Separação dos Poderes, desenvolvida por Montesquieu para limitar os poderes do rei e, dessa forma, evitar abusos e concentrações de poder. Apesar das adequações que o princípio teve de sofrer ao longo desse tempo, para se compatibilizar com as necessidades e exigência da sociedade contemporânea, sua aplicação continua sendo um dos fatores fundamentais para a existência de um Estado de Direito.

Nesse sentido, o Brasil estabeleceu o postulado da tripartição dos Poderes em sua Constituição de 1988 e determinou as funções de cada um deles. Tamanha foi a importância desse mandamento que foi elevado a cláusula pétrea. No entanto, tem-se percebido a atuação judiciária cada vez mais intensa e abrangente, ao ponto de constringer e tomar para si decisões que caberiam aos outros Poderes, dando origem ao fenômeno do ativismo judicial.

O objetivo deste trabalho descritivo é analisar esse acontecimento e o contrapor ao princípio da Separação dos Poderes dentro do contexto jurídico brasileiro. Para tanto, lança-se mão de uma pesquisa sócio jurídica para que se possa mapear a discussão do ativismo judicial à luz da Separação dos Poderes. Inicialmente, faz-se uma análise histórico-jurídica do princípio mencionado, tendo como referência Montesquieu e outros autores clássicos. Em seguida, examina-se o fenômeno do ativismo judicial, buscando compreender os dois principais conceitos existentes.

Dessa forma, no primeiro capítulo, há a análise da construção conceitual e histórica do postulado da divisão dos Poderes, abrindo caminho para o estudo da aplicação do princípio na Constituição do Brasil de 1988. Após o estudo dos Poderes, no segundo capítulo, o ativismo judicial e as limitações da função jurisdicional no Brasil são analisadas, visando perceber a compatibilidade, ou não, deste fenômeno no ordenamento brasileiro, em especial com o princípio da Separação dos Poderes. Adiante, é exposto, de forma não exaustiva, fatores de propagação do ativismo e alguns casos na jurisprudência do Brasil.

Cabe mencionar, desde já, que os dois entendimentos predominantes sobre ativismo judicial no campo acadêmico são antagônicos. Para os fins deste trabalho, esses dois polos serão representados por duas autoridades no assunto, o professor Elival da Silva Ramos e o ministro Luís Roberto Barroso. Dá-se razão para o entendimento do primeiro, por maior compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio e as inconsistências da segunda corrente.

## 1. Separação dos Poderes no Brasil

O Brasil adotou a Separação dos Poderes como princípio constitucional desde 1824, quando promulgou sua primeira constituição, a Constituição Imperial do Brasil. O artigo 9º desta Carta Política determinava que a divisão e harmonia dos poderes constituíam a forma mais segura de efetivar as garantias constitucionais (BRASIL, 1824). Embora estivesse previsto um quarto Poder, o Moderador, algo inédito, repetido apenas em Portugal (LYNCH, 2010), foi suficiente para enraizar o princípio no sistema jurídico brasileiro.

Entretanto, apenas na segunda constituição do Brasil, mais precisamente em 1891, após a proclamação de República, a separação dos Poderes foi adotada tal qual arquitetou Montesquieu (2010), dividindo os Poderes em três e anunciando suas independências. O artigo 15 da Lei Maior de 1891 ditava: “São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si” (BRASIL, 1891).

Ao todo, o Brasil promulgou 7 constituições, apenas uma delas não previa expressamente a Separação dos Poderes. Foi em 1937, quando Getúlio Vargas, sob inspiração dos regimes fascistas, dissolveu o Congresso Nacional e outorgou a Carta Política do Estado Novo, suspendendo os partidos políticos e concentrando todo o poder em suas mãos (PONTUAL, s.d.). É notória a prevalência do Executivo quando analisamos a Carta em questão: o Poder Legislativo será exercido com a colaboração do Presidente da República - artigo 38; a iniciativa dos projetos de lei, em regra, pertencia ao Governo, que poderia “suspender qualquer projeto iniciado em uma das Câmaras” - artigo 64 caput e §2º; “O Presidente da República, autoridade suprema do Estado, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional e superintende a Administração do País” - artigo 73. (BRASIL, 1937)

Embora todas as outras constituições brasileiras mencionem a Separação, independência e harmonia dos Poderes, não é certo afirmar que sempre existiu respeito a tal princípio. Cita-se como exemplo o período do Regime Militar, que vigorou sob as constituições de 1946 e 1967, ambas previam o postulado, mas, de fato, não o praticaram, como afirma Américo Bedê Júnior:

Definitivamente, nem os direitos fundamentais nem a separação de poderes foram respeitados durante o período da ditadura militar, razão pela qual é inequívoco afirmar que não havia, de fato, uma Constituição no Brasil e muito menos um constitucionalismo brasileiro no período. (JUNIOR, 2013, p.172)

Durante o governo militar, o Poder Executivo controlava o Legislativo. Nesse contexto, foi aprovada uma nova Constituição em 1967, que adotou a eleição indireta para presidente da República e suspendeu as garantias dos juízes. Houve diversas emendas, conhecidas como os Atos Institucionais (AIs), que serviram para legalização das ações políticas dos militares. Destaca-se o AI-5 (BRASIL, 1968), pois dilatou os poderes do regime, suspendendo direitos políticos e as garantias constitucionais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade dos servidores, inclusive dos juízes. O resultado foi o fechamento do Congresso Nacional por mais de um ano (PONTUAL, s.d.).

A sétima constituição brasileira, promulgada em 1988, apelidada de Constituição Cidadã, se tornou importante símbolo do processo de redemocratização do Brasil. Após 21 anos de regime militar, promulgou-se uma Carta Política que assegurava as liberdades individuais, políticas e previa mecanismos contra abusos de poder do Estado (CÂMARA DOS DEPUTADOS e SENADO FEDERAL, 2018). Sendo a Separação dos Poderes um desses instrumentos, estampado no artigo segundo: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988).

Os Poderes instituídos pela Lei Maior de 1988 têm demonstrado grande estabilidade para a democracia brasileira. Diversos momentos de crise foram, ou têm sido enfrentados com êxito. Como processos de impeachment de Presidente da República (BRASIL, 1992) (BRASIL, 2016), período de hiperinflação (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2018), grandes escândalos de corrupção (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL, 2019), estado de calamidade pública decorrente de uma pandemia (BRASIL, 2020), dentre outras situações.

Soma-se aos episódios de crise para as instituições brasileiras, em especial ao princípio da Separação dos Poderes, o fenômeno do ativismo judicial, considerado, por ora, como disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento dos demais Poderes (RAMOS, 2010). Embora o tema tenha ganhado bastante espaço no mundo acadêmico brasileiro recentemente, existem trabalhos relevantes que analisam de alguma forma o assunto desde o século XVIII, como em “O Federalista” de James Madison, Alexander Hamilton e John Jay (1979), em especial os capítulos XLVII e LXXVIII.

Conclui-se, portanto, que o instituto da Separação dos Poderes é algo historicamente consolidado no Brasil. Contudo, muitas vezes menosprezado na prática, e um dos maiores desafios a ser vencido neste século é o Ativismo Judicial. Para tanto, se faz necessário estudo aprofundado sobre a Separação dos Poderes.



## **1.1. Separação dos Poderes – Evolução conceitual e contextualização histórica**

A Separação dos Poderes se desenvolveu como algo natural e lógico, visto a necessidade histórica de se evitar abusos e concentrações de poder por parte do Estado. Aristóteles, cerca de 300 a.C., observou que qualquer governo é constituído por três poderes essenciais, Deliberativo, Executivo e Judiciário, e, “quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem” (2005, p. 87). No entanto, não foi o filósofo que deu início ao pragmatismo da teoria, até porque não buscou fazer análise da composição e competência de cada um dos poderes (SANTOS, 1992).

O aprofundamento do estudo da Separação dos Poderes se deu a partir dos séculos XVII e XVIII, em meio ao contexto das revoluções liberais da Europa, em especial na Inglaterra e França. O primeiro experimento prático, sobre a tal da separação, ocorreu na Inglaterra, em 1653, como bem destaca Patrícia Ciríaco:

A primeira tentativa de estabelecer a separação entre as atividades do Estado ocorreu com a “Instrument of Government” de Cromwell, na Inglaterra. O Instrumento legitimou o poder de Oliver Cromwell e seus generais e tentou fornecer uma base jurídica para o governo inglês, após os fracassos parlamentares na sequência das guerras civis. Ora, a Inglaterra passava pela trágica experiência de um longo período de guerras civis iniciadas em oposição ao absolutismo monárquico que tornara o Parlamento mera ficção durante a monarquia da Rainha Elizabeth I, da casa dos Tudors, seguida de Jaime I, da casa dos Stuarts. (CIRÍACO, 2014, p.17)

A “Instrument of Government”, considerada a primeira constituição escrita da Inglaterra, estabeleceu a divisão dos Poderes entre Legislativo e Executivo (SANTOS, 1992). Porém, este modelo se demonstrou pouco eficiente, assemelhando-se a um sistema ditatorial disfarçado, visto que, apesar de existir um parlamento, sua atuação dependia da aprovação do rei (CAETANO, 2013).

O parlamento inglês teve melhor sorte em limitar os poderes do rei, apenas no reinado de Jaime II, sucessor de Carlos II, com a chamada Revolução Gloriosa (1688-1689), quando os britânicos viram o parlamento se impor ao monarca. Marcando o nascimento do Estado liberal e emplacando uma Monarquia Parlamentarista, possibilitando a aprovação de leis que garantissem direitos aos cidadãos e os protegessem das arbitrariedades do Estado, como a “Bill of Rights” (CIRÍACO, 2014).

Apesar do avanço da separação dos poderes, ainda não se fazia menção da sua tripartição, como apontaria Montesquieu. O modelo adotado foi de John Locke, onde era sustentada a existência dos poderes legislativo, executivo e federativo. Sendo o executivo

responsável pela execução das leis no âmbito interno da sociedade; o federativo responsável pelas relações exteriores, com poderes de declarar a guerra ou a paz, firmar acordos e promover alianças (LOCKE, 1998).

Embora sejam poderes distintos, o executivo e o federativo, no entendimento do pensador, dificilmente seriam entregues a pessoas diferentes. Ambos necessitavam caminhar de forma coesa e com o respaldo da força do corpo político, visto que, estando “depositados em pessoas que podem agir separadamente [...] poderia causar, num momento ou outro, desordem e ruína.” (LOCKE, 1998, p. 517)

Na estrutura montada pelo filósofo inglês, o legislativo ocupava lugar de destaque e dominância, pois, além de assumir a função judiciária, ou seja, “dispensar justiça e decidir acerca dos direitos dos súditos” (LOCKE, 1998, p.507), também era tido como o principal dentre os poderes. Como bem afirma Locke:

Esse legislativo é não apenas o poder supremo da sociedade política, como também é sagrado e inalterável nas mãos em que a comunidade o tenha antes depositado [...] Portanto, toda obediência a que alguém pode estar obrigado pelos vínculos os mais solenes termina finalmente nesse poder supremo e é regida pelas leis que ele promulga. Não pode um juramento a um poder externo qualquer ou a algum poder interno subordinado dispensar nenhum membro da sociedade de sua obediência ao legislativo [...]. (LOCKE, 1998, p. 503-504)

Cabe pontuar que, embora o legislativo receba maiores importâncias, houve a preocupação de se evitar possíveis abusos desse poder. Nesse sentido, Locke faz algumas ponderações a respeito. Fica estabelecido que os poderes do legislativo não são absolutos, pelo contrário, são limitados pelo poder que recebeu, ou seja, pela junção do poder de cada membro da sociedade. (LOCKE, 1998).

Qualquer atividade do legislador que não tenha o objetivo de proteger o bem público, ou não tenha passado pelo crivo do consentimento do povo, dado diretamente, ou por seus representantes, não é lícito. Sendo vedado, também, transferir para outras mãos a responsabilidade da criação das leis. Somente ao povo é facultado designar a forma da sociedade política e indicar em que mãos será depositado o legislativo (LOCKE, 1998).

Ainda neste entendimento, o legislativo deve cuidar que a lei seja estável e fixa, aplicada por juízes conhecidos e autorizados, sem qualquer distinção nos casos particulares, ou seja, “segundo uma mesma regra para ricos e pobres, para o favorito na corte e o camponês no arado” (LOCKE, 1998, p. 513). Em cenário contrário, o homem estaria em situação mais perversa do que aquela do estado de natureza. Pois:

Muito pior é a condição de quem está exposto ao poder arbitrário de um só homem a comandar cem mil outros, do que a de quem está exposto ao poder arbitrário de cem mil homens isolados, porquanto ninguém pode estar seguro de que a vontade daquele que detém tal comando seja melhor que aquela dos outros homens, embora sua força seja cem mil vezes mais poderosa. (LOCKE, 1998, p. 508)

John Locke se consolidou como um dos grandes nomes do liberalismo clássico. Atualmente, suas contribuições são de extrema importância para o estudo do Estado e do direito Constitucional. Como liberal que era, temia que até mesmo o poder supremo do Estado, o legislativo, em sua visão, poderia se desvirtuar, tornando-se arbitrário, logo, entendeu que o poder político fundado no consentimento da coletividade também necessitava de controle (MEDEIROS, 2008).

Apesar das contribuições do pensador inglês, foi o francês Charles Louis de Secondat, Barão de Montesquieu, que desenvolveu a separação dos poderes e a elevou a princípio constitucional, do mundo moderno ao contemporâneo. Como bem destaca James Madison, um dos pais fundadores da Constituição americana, referindo-se a Separação dos Poderes:

O oráculo sempre consultado e sempre citado nesta matéria é Montesquieu. Se ele não é o autor do inestimável preceito de que falamos, pelo menos foi ele quem melhor o desenvolveu e quem recomendou de uma maneira mais efetiva à atenção do gênero humano. (1979, p. 124)

O francês, em 1748, tomando como base o sistema inglês, expôs seu pensamento na obra “Do Espírito das Leis”, e a desenvolveu a partir de dois pressupostos: (I) o homem tem predisposição natural de abusar do poder que tem, “vai em frente até encontrar limites”; (II) para que não haja o abuso de poder, “é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder”, ou seja, o poder seja o limite do próprio poder (MONTESQUIEU, 2010, p. 168).

Firmado nesses preceitos, o filósofo entendeu pela existência de três Poderes em um Estado, o Poder Legislativo, Executivo e o “de julgar”. Ao primeiro, cabe fazer as leis, de forma definitiva ou não, sendo possível alterá-las no decorrer do tempo. O segundo Poder assume as funções federativas e executivas do modelo de Locke (LOCKE, 1998), ou seja, a atividade das relações exteriores e a de executar as leis no âmbito interno, exercido, de preferência, por um monarca, pois “é mais bem administrado por um do que por vários” (MONTESQUIEU, 2010, p. 173). Ao último Poder, o “de julgar”, cabe punir os crimes ou julgar os litígios dos particulares, sendo a “boca que pronuncia as palavras da lei; seres

inanimados que não podem nem moderar a força nem o rigor dessas palavras” (MONTESQUIEU, 2010, p. 175).

Nesse sentido, o Barão de Montesquieu não concebeu a Separação dos Poderes com a mera intenção de organizar o sistema estatal ou de distribuir competências, apresentou, contudo, como forma de se evitar o despotismo real (FERRAZ, 1994). Qualquer concentração dos Poderes era entendida como incompatíveis à liberdade.

A reunião do Legislativo e Executivo teria como consequência um tirano. Na soma do poder de julgar ao Legislativo, “será arbitrário o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos; pois o juiz será legislador” (MONTESQUIEU, 1998, p. 169). Na comunhão do Poder de julgar com o Executivo, o juiz terá a força de um opressor. Por fim, se em um mesmo homem, ou em um mesmo órgão, seja dos nobres ou do povo, estivesse concentrado os três poderes, o detentor destes poderia “devastar o Estado com suas vontades gerais; e, como tem também o poder de julgar, pode destruir qualquer cidadão com as suas vontades particulares” (MONTESQUIEU, 1998, p. 169). Madison, em o Federalista XLVII, alinhando-se a este entendimento, afirma:

Não há verdade política de maior valor intrínseco, ou escorado por melhores autoridades, do que aquela em que esta objeção se funda: a acumulação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário nas mãos de um só indivíduo, onde uma só corporação, seja por efeito de conquista ou de eleição, constitui necessariamente a tirania. (1979, p. 124)

Por outro lado, a estrutura pensada por Montesquieu não é absoluta ao ponto de isolar os Poderes de forma estanque, pelo contrário, admite a “colaboração” entre eles (SANTOS, 1992). Neste modelo, é possível que um Poder se relacione com outro o inibindo, quando um atuar de forma a usurpar as funções do outro, em consonância com o pressuposto II: “é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder” (MONTESQUIEU, 2010, p. 168). É possível identificar a centelha da teoria dos freios e contrapesos (“*checks and balances*”).

Dentro das competências e atribuições de cada Poder, que, por si só, são limitadoras da atuação dos outros, também são elencadas funções atípicas, na tentativa de frear a atuação deliberada de algum outro Poder. Montesquieu, em sua obra, prevê que o Executivo deve participar da legislação pela faculdade de impedir, ou seja, “direito de tornar nula uma decisão tomada por outrem”, no caso, a do legislador (MONTESQUIEU, 2010, p. 173). O objetivo de tal atuação é se defender de abusos do Legislativo sobre o Executivo.

Ao Legislativo cabe examinar a maneira de execução das leis e exercer o poder de julgar em três situações específicas. Antes de expor tais situações, é preciso pontuar que o legislativo deve ser dividido em representantes do povo e dos nobres, cabendo a este segundo grupo a função de julgar nas três exceções. Sendo elas: (I) os nobres devem ser julgados por seus pares, a fim de se evitar julgamento injusto, visto que “os poderosos sempre estão expostos à inveja”; (II) quando a lei for rigorosa demais caberá a esta parte do parlamento, a dos nobres, “moderar a lei em favor da própria lei, sentenciando menos rigorosamente”; por fim, (III) no caso de algum cidadão, exercendo a função pública, cometer crimes que violem os direitos do povo e, de alguma forma, os juízes constituídos não possam, ou não tenham interesse, de punir, caberá a parte do Legislativo representante do povo acusar o infrator frente aos nobres. (MONTESQUIEU, 2010, p. 175)

Para Montesquieu (2010), o poder “de julgar” deve ser nulo e invisível, não deve estar vinculado a qualquer grupo. A atuação dos juízes deve ser estritamente a reprodução das leis, sem qualquer tipo de moderação da força ou do rigor. Nesta linha, o professor Ferraz Jr. conclui:

Dos três, o Judiciário era o que menos tinha a ver com força política [...]. De fato, a neutralização do Judiciário é uma das peças importantes na caracterização do estado de direito burguês. Ela se torna, no decorrer do século XIX, a pedra angular dos sistemas políticos desenvolvidos [...] A neutralização assinalará a importância da imparcialidade do juiz e o caráter necessariamente apertadário do desempenho de suas funções. (FERRAZ JR, 1994, p.14-15)

As contribuições de Montesquieu influenciaram diversos países ao redor do mundo. Tem-se como exemplo a França, que em 1789, consolida na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu artigo XVI, a obrigatoriedade da Separação dos Poderes em todas as Constituições: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição” (RIALS, 1988).

Todavia, a aplicação mais consciente do princípio se deu na Constituição dos Estados Unidos da América (1787), segundo a jurista brasileira Fides Omamati (1977). Mesmo que não esteja escrito expressamente o termo “Separação dos Poderes”, a Carta Política americana transpõe o princípio, visto que delimita especificamente as funções de cada Poder e não admite interferências ou transferências entre eles (DALLARI, 2011).

Tocqueville (1979), em sua obra “A democracia na América”, lançada pela primeira vez em 1835, analisa a formação do Estado Americano e aponta pela escolha da doutrina de Montesquieu, como evidencia-se abaixo:

O povo participa da composição das leis, através da escolha dos legisladores, e de sua aplicação, pela escolha dos agentes (sic) do Poder Executivo; pode-se dizer que governa diretamente, tanto é fraca e restrita a parte que toda à administração, tanto esta se ressentida de sua origem popular e obedece ao poder de que emana. O povo reina sobre o mundo político americano, como Deus sobre o universo. (1979, p. 200)

[...]

Os americanos mantiveram, no Poder Judiciário, seus três caracteres distintivos. O juiz americano não pode pronunciar-se se não há litígio. Só se ocupa de casos particulares; e, para agir, deve sempre esperar que haja uma demanda. (1979, p. 203)

[...]

Uma Constituição americana não é tida por imutável [...] representando a vontade de todo o povo, obriga os legisladores enquanto simples cidadãos, mas pode ser modificada pela vontade popular, segundo fórmulas estabelecidas e em casos previstos. (1979, p. 204)

[...]

Os legisladores americanos tinham tarefa difícil a cumprir: queriam criar um Poder Executivo que dependessem da maioria e que fosse, no entanto, bastante forte em si mesmo para agir com liberdade em sua própria esfera. (1979, p. 207)

[...]

Quando se examina o exercício do pensamento nos Estados Unidos, nota-se, claramente, a que ponto o poder da maioria ultrapassa todos os poderes que conhecemos na Europa [...] A razão é bem simples: não há monarca absoluto que possa reunir em sua mão todas as forças da sociedade e vencer as resistências, como uma maioria, investida do direito de fazer as leis e executá-las. (1979, p. 240-241)

Apesar disso, Montesquieu não tinha como foco a eficiência da atuação estatal, e sim na garantia e preservação dos direitos individuais. Portanto, foi necessário que o princípio sofresse mudanças no decorrer do tempo, para se moldar as complexidades e exigências do Estado contemporâneo (DALLARI, 2011). Todavia, o princípio preservou seus pontos basilares e sobrevive até os dias de hoje. A lição que os Poderes devem ser harmônicos e independentes, colaborando entre si, permanece viva em grande parte dos sistemas políticos atuais (SANTOS, 1992). Seguindo esse entendimento, a professora Fides Ommati afirma:

O problema do exercício do poder estatal, de forma a assegurar a liberdade dos indivíduos e a consecução do bem comum, no plano das idéias políticas, e a garantir o funcionamento harmonioso do mecanismo estatal, na órbita do Direito, vai ser equacionado, modernamente, através da teoria da divisão ou da separação dos poderes. Nesta se assentou o constitucionalismo moderno,

constituindo-se, até o momento, em um dos seus princípios. (OMMATI, 1977, p. 56)

O professor Dallari (2011), em sua obra sobre elementos da teoria do Estado, afirma que o princípio da Separação dos Poderes deu origem a construção da teoria dos freios e contrapesos (*checks and balances*). Tal teoria consiste na técnica de garantir a distinção e independência dos Poderes do Estado (OMMATI, 1977), ou seja, aplicar o princípio da Separação dos Poderes na prática.

A Constituição americana (EUA, 1787) é a precursora da aplicação do sistema de freios e contrapesos e serve de exemplo para o mundo. Visto seu êxito em balancear os Poderes e seguir vigente após mais de 230 anos, algo inédito para a maioria dos países do planeta, inclusive para o Brasil. Como bem expressa a professora Fides Ommati:

A apreciação do sistema de freios e contrapesos, conforme foi idealizado pelos elaboradores da Constituição norte-americana, seus criadores, ao funcionamento dos mecanismos, nos dias de hoje, nos diversos países, faz-nos concluir que tem sido eficiente no sentido de garantir o funcionamento regular dos poderes estatais. (OMMATI, 1977, p. 80)

Portanto, este trabalho estaria incompleto se não analisasse a Magna Carta americana. Opta-se pela ótica de James Madison, Alexander Hamilton e John Jay, considerados pais fundadores desta Carta Política. Na obra “O Federalista” (1979), os autores analisam as medidas adotadas pela Constituição Americana no intuito de equilibrar seus Poderes. Primeiramente, cabe mencionar o motivo pelo qual defendem a necessidade de meios para limitar o poder:

É desgraça inerente à natureza humana a necessidade de tais meios; já a necessidade dos governos é em si mesma uma desgraça. Se os homens fossem anjos, não haveria necessidade de governo; e se os anjos governassem os homens não haveria necessidade de meio algum externo ou interno para regular a marcha do governo: mas, quando o governo é feito por homens e administrados por homens, o primeiro problema é pôr o governo em estado de poder dirigir o procedimento dos governados e o segundo obrigá-lo a cumprir suas obrigações. A dependência em que o governo se acha do povo é certamente o seu primeiro regulador; mas a insuficiência deste meio está demonstrada pela experiência. (MADISON, HAMILTON e JAY, 1979, p. 131)

Compreendida a necessidade de um sistema que equalize os Poderes, o modelo de freios e contrapesos foi aplicado na primeira e única constituição norte americana. Os escritores entenderam que o Legislativo é predominante em qualquer Estado republicano, portanto, por um lado, primeira forma de limitar seu poder é o dividir em legislaturas independentes e temporárias. Por outro lado, ainda é preciso que, de certa forma, os outros

Poderes sejam empoderados, pois “se o excesso da influência do corpo legislativo exige que ele seja assim dividido, a fraqueza do Poder Executivo, pela sua parte pede que seja fortificado” (MADISON, HAMILTON e JAY, 1979, p. 131).

Nesse sentido, são entregues alguns institutos ao Poder Executivo no intuito de se igualar aos outros Poderes. A prerrogativa do veto, embora não seja mais absoluto, como era para o rei da Inglaterra, é confiado ao presidente, quem tem a possibilidade de forçar a reanálise de alguma matéria pelo parlamento. O chefe do Executivo também recebe o encargo de nomear, com o consentimento do Senado, os juízes da Suprema Côrte. (MADISON, HAMILTON e JAY, 1979).

O Poder Judiciário era percebido como o mais fraco dos três, portanto, “é preciso dar-lhe todos os meios possíveis para poder defender-se dos outros dois”. Logo, a primeira defesa levantada em nome deste Poder foi a sua inamovibilidade, ou seja, os juízes não podem ser removidos de seus cargos a não ser por sentença que os declarem indignos. (MADISON, HAMILTON e JAY, 1979, p. 162)

Outra medida adotada pela Lei Maior dos Estados Unidos, talvez a mais inovadora, é dar aos tribunais a função de determinar o sentido da Constituição, ou seja, fazer sua interpretação. Tal medida é adotada porque não era compreensível que a Constituição tenha “querido dar aos representantes do povo o direito de substituir a sua própria vontade à dos seus constituintes”. Porém, não deve ser entendido que o Judiciário é superior ao Legislativo, e sim que “o poder do povo é superior a ambos” e quando a vontade do corpo legislativo estiver “em oposição com a do povo, declarada na Constituição, é a esta última que os juízes devem obedecer ” (MADISON, HAMILTON e JAY, 1979, p. 163).

A consequência direta desta função é a capacidade de um juiz inviabilizar e suspender qualquer atuação ou deliberação de outro Poder. Sendo otimista, um instrumento poderoso para defender a Constituição e garantir os direitos individuais, inclusive quando a maioria está unida em oprimir uma parte da sociedade menos numerosa. Exige-se muita coragem do juiz que defende a Constituição fielmente, pois, há momentos que julgará em sentido contrário ao anseio popular. (MADISON, HAMILTON e JAY, 1979)

Sendo realista, por outro lado, há o risco de algum juiz exercer sua vontade ao invés do juízo, algo bastante previsível, quando se recorda do pressuposto I de Montesquieu (1998), expondo a tendência do homem de abusar do poder que detém. Dessa forma, o judiciário estaria substituindo o próprio Legislativo. Sendo assim, melhor que os juízes continuassem juntos ao Legislativo, conclui Alexander Hamilton, em O Federalista LXXVIII (MADISON, HAMILTON e JAY, 1979, p. 164).



Por fim, o Estado americano concebe mais um artifício para combater as centralizações de poder, ou seus abusos: o federalismo. Levando em consideração a importância do tema para a construção do Estado contemporâneo, inclusive para o Brasil, o ideal seria um estudo exclusivo. Mas, por ora, será apresentado de forma resumida e direta.

O federalismo consiste na distribuição da autoridade delegada pelo povo em dois governos diferentes, o federal e o estadual, mitigando, assim o potencial lesivo da força do Estado (MADISON, HAMILTON e JAY, 1979). Esse sistema surgiu com a intenção de tornar o governo de um vasto território mais eficiente e, ao mesmo tempo, assegura os ideais republicanos que emergiram com a revolução americana (MENDES e BRANCO, 2011).

Visto que o Estado americano alcançou seu objetivo em garantir o bom funcionamento dos seus Poderes, diversas constituições, em diferentes países do mundo, têm como referência o sistema de freios e contrapesos idealizados pelos fundadores da Constituição Norte Americana. Contudo, a prática se afastou da teoria, evidenciando que, em um fenômeno cíclico, há sempre um Poder preponderante, nem sempre é o Legislativo. (OMMATI, 1977)

Com o evoluir da história, as funções do Estado se modificaram, assim como sua finalidade, sendo necessário que o número de órgãos constitucionalmente previstos aumentasse. No mundo contemporâneo, além de resguardar os direitos individuais, é necessário que o Estado persiga uma certa harmonia e igualdade entre seus cidadãos, suprimindo a sociedade com certos benefícios sociais, conforme a atual concepção de Estado de bem-estar social (*Welfare state*), como expõe Fábio Gomes (2006).

Nesse cenário, restou inviável a rígida distribuição de Poderes, abrindo caminho para um rateio funcional compatível com a eficiência, admitindo, inclusive, o compartilhamento de certas funções. Porém, há um núcleo essencial de cada função do Estado e que não poderá ser compartilhada, com risco da desnaturação e esvaziamento de um Poder sobre o outro, resultado da interferência indevida. (RAMOS, 2010)

Os Estados de Direito, por meio de suas constituições, jamais deixam de enumerar seus Poderes, ou seja, os Órgãos titulares do poder estatal. Porém, surge um problema, visto que por muitas vezes deixam de indicar especificamente suas funções, como afirma Elival Ramos (2010). Restando à doutrina e aos próprios operadores do direito cumprirem tais funções, tendo como referência apenas “o elenco de atos incluídos no rol de competências dos órgãos de poder” (RAMOS, 2010, p. 116), atribuídas graças ao princípio da Separação dos Poderes, que exige a identificação da função estatal associada a cada Poder.

Sendo assim, é possível que algumas funções possam ser compartilhadas entre os Órgãos de Poder, desde que previstas expressamente na Constituição. Quando não são, e ocorrem, como é no caso do ativismo judicial, há a descaracterização da função de um Poder, “com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas” (RAMOS, 2010, p. 117).

Conclui-se, portanto, que a Separação dos Poderes, que surgiu em meio a um contexto liberal, durante o séc. XVII, na tentativa de limitar o poder absoluto do rei, sobrevive até a atualidade como uma das maiores contribuições para a concretização do Estado de Direito. Consolidando-se como princípio constitucional a partir da obra de Montesquieu (2010), que vislumbrou a tripartição dos Poderes, em Legislativo, Executivo e Judiciário. Evoluiu profundamente na Constituição Norte Americana, que aplicou de forma firme o princípio e concebeu sistema de freios e contrapesos, além de empoderar o Judiciário. Chegando até os dias de hoje, onde se tolera, para a boa concretização dos objetivos do Estado, o compartilhamento de algumas funções entre os Poderes, desde que não toquem em seus núcleos essenciais.

O Brasil não está fora da evolução deste princípio. A atual Carta Política brasileira foi arquitetada e construída em meio a diferentes anseios e influências, seja a do interesse do povo ou de grupos de pressão, como bem descreve Daniel Sarmiento (2009), porém, não há dúvida que o resultado foi a previsão da Separação dos Poderes.

## **1.2. Constituição Federal do Brasil de 1988 e a Separação dos Poderes**

A Constituição do Brasil de 1988 é considerada um dos maiores avanços democráticos que o povo brasileiro vivenciou. Após a experiência do regime militar, a democracia se estabeleceu e se tornou protagonista no país. Tal Carta Política estabeleceu direitos individuais, políticos e sociais e determinou meios para que tais garantias fossem asseguradas. (CÂMARA DOS DEPUTADOS e SENADO FEDERAL, 2018)

A Separação dos Poderes foi adotada como uma das formas de assegurar as garantias constitucionais e evitar abusos de poder. Sendo assim, está cravado no artigo 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Tamanha é a importância deste mandamento que o art. 60, parágrafo 4º, eleva a Separação dos Poderes à cláusula pétrea, proibindo emendas constitucionais que visem abolir o princípio. (BRASIL, 1988)

Entretanto, a Lei Maior brasileira (1988) não descreve ou especifica pontualmente todas as funções que cada um dos Poderes deve exercer de forma

predominante, restando muitas vezes à doutrina e aos próprios operadores do sistema cumprirem tal tarefa, como afirma o professor Elival da Silva Ramos (RAMOS, 2010). Por outro lado, também não é correto afirmar que apenas se invocou a separação, harmonia e independência dos Poderes. Ao longo de todo texto constitucional é possível identificar competências, prerrogativas, limitações e, inclusive, funções atípicas para cada Poder.

A Constituição Federal, em seu Título IV, ou seja, do artigo 44 ao 135, trata sobre a Organização dos Poderes. Sendo o Capítulo I, do artigo 44 ao 75, destinado ao Poder Legislativo, Capítulo II, do artigo 76 ao 91, referente ao Executivo e o Capítulo III, do artigo 92 ao 126, ao Judiciário. É certo que existe, por fim, um quarto capítulo, do artigo 127 ao 135, mas não trata sobre nenhum dos Poderes, dispõe sobre as funções essenciais à justiça, sendo elas: Ministério Público, Advocacia Geral da União, a Advocacia e a Defensoria Pública. (BRASIL, 1988)

Antes de apreciarmos cada Poder, tendo como objetivo a análise do princípio da Separação dos Poderes na Constituição do Brasil de 1988, é necessário pontuar que os Poderes são exercidos nos três âmbitos da federação, ou seja, União, estados e municípios. Entretanto, o foco deste subcapítulo é examinar, essencialmente, os Poderes no plano da União, o que não impede a menção ou alguma referência dos demais entes da federação e seus Poderes.

O primeiro Poder apresentado é o Legislativo, exercido no âmbito da União pelo Congresso Nacional, que consiste em duas casas legislativas: a Câmara dos Deputados, onde estão os representantes do povo; e o Senado Federal, formado pelos representantes dos estados e do Distrito Federal. Os membros do parlamento brasileiro são eleitos diretamente pelo povo, os deputados pelo sistema proporcional e os senadores pelo sistema majoritário. (art. 44 ao 47)

Os demais entes da federação são unicamerais, têm apenas uma câmara legislativa. Nos estados, este órgão é denominado Assembleia Legislativa, no âmbito do Distrito Federal se intitula Câmara Legislativa e, por fim, nos municípios de Câmara Municipal, ou Câmara de Vereadores, como aponta os artigos 27, no caso dos estados, 29 e 29-A, no caso dos municípios e 32, no caso do Distrito Federal. (BRASIL, 1988)

As funções típicas do Poder Legislativo se resumem em duas: legislar e fiscalizar. Como pode ser identificado nos artigos 48 ao 50, onde estão expostas as funções do Congresso Nacional. Os artigos 22, 23 e 24 definem as matérias que cabem a cada ente da federação legislar. No caso da União, algumas outras matérias são inseridas no artigo 51 e

52, que tratam sobre competências exclusivas da Câmara e do Senado, respectivamente (BRASIL, 1988).

A função legislativa pode ser encarada sob duas perspectivas diferentes, de forma geral ou específica. A primeira trata sobre todas as funções típicas do Poder Legislativo, ou seja, todos os procedimentos utilizados para viabilizar tais funções seriam considerados parte do processo legislativo. Segundo o aspecto estrito, o processo legislativo é “o conjunto de atos sucessivos realizados para produção de lei (norma jurídica), conforme regras próprias aplicáveis à elaboração de cada espécie normativa” (CARNEIRO e outros, 2019, p. 49).

Apesar da função legislativa, no segundo sentido, o qual adotaremos a partir deste momento, ser essencialmente incumbida ao Poder Legislativo, há a distribuição de algumas atividades dessa natureza ao Executivo e ao Judiciário, surgindo algumas das funções atípicas que a Constituição prevê aos Poderes. Tais funções cooperam para aplicação da teoria dos “freios e contra pesos” no ordenamento brasileiro, ou seja, técnica de garantir a distinção e independência dos Poderes (OMMATI, 1977). Ou, como descreveria Montesquieu (2010, p. 168), “Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder”.

Durante o processo legislativo é nítida tal cooperação. Como afirma João Trindade Cavalcante Filho, referindo-se ao princípio da Separação dos Poderes e o processo legislativo:

Essa é a nomenclatura clássica do princípio segundo o qual cada um dos Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) possui funções típicas e atípicas, de modo que um não possa invadir as atribuições do outro, e de forma que um poder controle (=fiscalize) os demais e seja por eles controlado (CF, art. 2º).

[...]

Esse princípio tem ampla aplicação no processo legislativo. Com efeito, Montesquieu já propagava a doutrina de que o poder de fazer leis não poderia ser atribuído à mesma pessoa que executasse ou que tivesse a prerrogativa de julgar. (2020, p.29)

O primeiro ponto a se destacar, durante esse processo, encontra-se em sua fase preliminar, que diz respeito a sua iniciativa. Isto é, a previsão constitucional que algumas matérias só podem ser analisadas e deliberadas pelo parlamento se forem, antes, propostas pelo órgão ou Poder competente. Tal prerrogativa pode ser atribuída ao Presidente da República, aos Tribunais, Ministério Público e até mesmo a própria Câmara ou Senado Federal.

A intenção da iniciativa reservada é conferir e resguardar a prerrogativa de cada Poder “desencadear o processo legislativo, em relação às matérias de sua economia interna, ou relativas às suas atribuições constitucionais” (CAVALCANTE FILHO, 2020, p. 540). Na mesma linha Manoel Gonçalves Ferreira Filho se posiciona:

O aspecto fundamental da iniciativa reservada está em resguardar a seu titular a decisão de propor direito novo em matérias confiadas à sua especial atenção, ou de seu interesse preponderante. (2009, p. 209)

Por exemplo, os artigos 61, §1º, e 165 (BRASIL, 1988) definem algumas matérias que são de iniciativa privativa do Presidente da República, visto que são relativas às competências e funções típicas do Executivo, como analisaremos no momento adequado. Dentre elas, projetos que: fixem ou modifiquem os efetivos das Forças armadas; disponham sobre organização administrativa e judiciária; criem ou extingam Ministérios; e, disponha sobre matéria orçamentária.

O artigo 128, §5º, (BRASIL, 1988) permite que o Ministério Público goze das mesmas faculdades, possibilitando que, de forma concorrente, os Procuradores Gerais possam dar início na tramitação de projetos que tratem sobre a organização interna do Ministério Público a qual pertence. A Defensoria Pública da União, graças a emenda constitucional nº 80 de 2014 (BRASIL, 2014), recebe as mesmas prerrogativas.

Em relação aos tribunais, de acordo com o artigo 96, inciso II, da Constituição (BRASIL, 1988), compete ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao respectivo Poder Legislativo projetos que tratem sobre sua organização interna. Ao Supremo Tribunal Federal, por meio do artigo 93 (BRASIL, 1988), também é entregue a iniciativa sobre o Estatuto da Magistratura (LOMAN). Sobre esse último assunto vale comentar que, sob a vigência da Constituição em foco, o Supremo Tribunal Federal nunca enviou qualquer projeto sobre o tema, “incidindo em censurável omissão inconstitucional, que nos obriga a conviver com uma LOMAN bastante desatualizada e apenas parcialmente recepcionada” (CAVALCANTE FILHO, 2020, p. 69).

A Câmara dos Deputados e o Senado Federal são responsáveis por sua organização interna também, como determinam os artigos 51, inciso IV, e 52, inciso XIII (BRASIL, 1988). No entanto, diferente dos outros órgãos mencionados, a atribuição das casas legislativas é feita por resolução e não por lei. Ou seja, não depende da sanção ou veto presidencial, assunto que será analisado a diante.

Os Regimentos Internos dos Poderes e seus órgãos, em contrapartida, não são originados por meio de projetos de lei. São desenvolvidos, aprovados e publicados no âmbito interno de cada Poder, portanto, não se refere a reserva de iniciativa. Assim está estabelecido: no artigo 51, inciso III, com relação a Câmara dos Deputados; artigo 52, inciso XII, em relação ao Senado Federal; artigo 57, §3º, inciso II, em relação ao Congresso Nacional; artigo 84, inciso VI, em relação ao Poder Executivo; artigo 96, inciso I, alínea “a”, em relação aos tribunais, ou seja, Poder Judiciário.

Portanto, de forma resumida, por meio do monopólio da iniciativa, os Poderes e determinados órgãos dispõem sobre sua própria organização e funcionamento, submetendo a proposta ao Poder Legislativo, a quem deve deliberar sobre o tema.

Outro ponto relevante no processo legislativo, que diz respeito aos freios e contrapesos entre os Poderes, é na formação das leis, quando o Poder Executivo tem a prerrogativa de sancionar ou vetar o projeto. Para entendermos melhor, passado o momento da iniciativa, analisado acima, passa-se para última fase antes da transformação do projeto em lei, caso aprovado. Essa fase se divide em deliberação parlamentar e deliberação executiva (CAVALCANTE FILHO, 2020).

A primeira corresponde a atuação do parlamento, que discutirá e votará as proposições, seguindo os ritos constitucionais, encontrados de forma específica do artigo 59 ao 69 (BRASIL, 1988), e regimentais necessários. Após o Congresso Nacional aprovar o projeto de lei, este deve ser encaminhado ao Poder Executivo, para que se inicie a segunda deliberação, prevista no artigo 66 (BRASIL, 1988).

Nesse momento, o Presidente da República irá decidir se concorda com o projeto aprovado pelo Legislativo e o transformará em lei, por meio da Sanção. Ou, apresentando discordância, se recusará a participar da criação da lei, o remetendo novamente ao Congresso Nacional, para que este, “por sua conta e risco, decida se o projeto deve ou não se transformar em lei” (CAVALCANTE FILHO, 2020, p. 142), ou seja, vetando a proposição, podendo ser integral ou parcialmente.

O veto pode ser justificado de duas formas, contrário ao interesse público ou por inconstitucionalidade. Quando embasado no segundo motivo, há quem diga que o Executivo atua de forma atípica, exercendo a função judiciária, como bem afirma GOUVEIA e AMARAL (2008). Porém, cabe mencionar, que não é um controle de constitucionalidade absoluto, como é a atuação do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, pode ser revertido pelo parlamento assim como o veto justificado no interesse público.

Portando, o Brasil não adota o veto como arquitetou Montesquieu (2010, p. 173), ao se referir a faculdade de impedir. Os artigos 57, §3º, inciso IV, e 66, §4º, 5º, 6º e 7º, da Carta (BRASIL, 1988) determinam que é possível a reversão do ato praticado pelo Presidente, fazendo com que o texto vetado se torne lei, desde que maioria absoluta do Congresso Nacional vote pela rejeição do veto.

O Poder Executivo participa de mais uma forma no processo legislativo, por meio da Medida Provisória (MP), dispositivo com força de lei, disposto no art. 62 e 84, inciso XXVI. O objetivo deste instrumento é dar celeridade na criação de normas sobre assuntos relevantes e urgentes, porém, não pode tratar sobre quaisquer assuntos, as limitações estão dispostas no § 1º do art. 62. Outro ponto relevante deste mecanismo é que ele deve ser submetido imediatamente ao Congresso Nacional. Caso não seja deliberado no prazo de 60 dias, poderá ser prorrogado por mais 60 dias, não ocorrendo, a medida perderá a eficácia. (BRASIL, 1988)

A Medida Provisória também não está de acordo com o que defendia Montesquieu (2010), pois, segundo sua doutrina, o Executivo poderia participar na criação das leis apenas por meio da faculdade de impedir. Mas, cabe pontuar, que o princípio da Separação dos Poderes foi sendo adequada aos moldes e necessidades do Estado contemporâneo. Uma das adaptações feitas no ordenamento jurídico do Brasil é justamente a previsão do Executivo participar mais ativamente do ato de legislar, via Medida Provisória. Pontua-se, ainda, que tal prerrogativa existe desde a Constituição de 1937, vigente durante o governo de Getúlio Vargas, sob o instituto do Decreto-Lei (TRINDADE FILHO, 2020), não podendo ser entendida como algo original da Carta mais recente.

A outra função típica do Poder Legislativo é a de fiscalizar. O alvo central desta atribuição é o Poder Executivo, como se percebe no artigo 49, inciso V e X, incumbindo ao Congresso Nacional a função de fiscalizar todos os atos do Poder Executivo, podendo, inclusive, sustar qualquer um deles, caso necessário. Ainda nessa linha, os artigos 70 a 75 dispõem sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial que o parlamento deve realizar sobre a União, tendo auxílio do Tribunal de Contas da União (TCU), órgão administrativo e vinculado ao Legislativo, de acordo com o artigo 71 ao 73.

Outra maneira do parlamento exercer sua atribuição de fiscal é por meio de suas comissões, atingindo não só mais o Poder Executivo. Os artigos 58 e 72 (BRASIL, 1988) estabelecem que as comissões, dentro de suas competências temáticas, podem receber petições, reclamações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades

ou entidades públicas. Sendo possível convocar Ministros de Estado para prestar informações e solicitar depoimento de qualquer cidadão ou autoridade.

Tratando-se da atribuição fiscalizatória, as Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI) se destacam. A Carta Política brasileira, em seu artigo 58, parágrafo 3º (BRASIL, 1988), prevê poderes de investigação equivalentes das autoridades judiciais para as CPIs, para apuração de algum fato específico e por tempo certo. As conclusões das CPIs devem ser encaminhadas ao Ministério Público para que se promova a responsabilidade civil ou criminal dos possíveis infratores, ou para qualquer órgão público que possibilite a instauração de inquérito policial, de acordo com entendimento do Supremo Tribunal Federal, na decisão do MS 34.864/DF (BRASIL, 2018).

Por fim, o professor Amandino Teixeira Nunes Junior (2009) pontua que faz parte das atribuições fiscalizatórias do parlamento a incumbência de aprovar, previamente, pelo Senado Federal, por voto secreto, a escolha de Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal de Contas da União, do governador dos territórios, presidentes e diretores do Banco Central, Procurador Geral da República e chefes de missão diplomática de caráter permanente. De fato, essas funções devem ser observadas como exercício dos freios e contrapesos, visto que a atuação do parlamento toca e influencia os membros de outro Poder, como é o caso dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, que são indicações do Executivo.

Sobre as funções atípicas do Poder Legislativo, o Congresso Nacional recebe atribuições administrativas e jurisdicionais. A primeira, em regra, cabe ao Poder Executivo e a segunda ao Poder Judiciário. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal recebem funções administrativas e de auto-organização pelos artigos 51, inciso IV, e 52, inciso XIII, respectivamente, ambos da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Nesse sentido, as casas legislativas têm liberdade para dispor sobre seus regimentos, cargos, funções, remunerações, funcionamento e polícia própria.

A segunda função atípica do Legislativo é a de julgar, exercida principalmente pelo Senado Federal. A Carta Magna, em seu artigo 52, incisos I e II, determina que compete ao Senado Federal processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, assim como os Ministros de Estado, Comandantes das Forças Armadas, Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, Procurador Geral da República e o Advogado Geral da União. A Câmara dos Deputados participa de forma mais contida nesta função, sendo responsável apenas em autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente, Vice ou Ministros de Estado.



Resumindo as atribuições do Poder Legislativo, temos as seguintes palavras de MENDES e BRANCO:

Tocam ao Legislativo as tarefas precípua de legislar e de fiscalizar. O Poder Legislativo, porém, de modo não típico, também exerce funções de administrar (ao prover cargos de sua estrutura ou atuar o poder de polícia, p. ex.) e de julgar (o Senado processa e julga, por crimes de responsabilidade, o Presidente da República e o Vice-Presidente da República, bem como os ministros de Estado e os Comandantes das três Forças Armadas, nos crimes de mesma natureza conexos com os praticados pelo Chefe do Executivo; também processa e julga, por crimes de responsabilidade, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros dos Conselhos Nacionais da Justiça e do Ministério Público, o Procurador Geral da República e o Advogado Geral da União). (2011, p. 879)

O segundo Poder elencado na Constituição do Brasil de 1988 é o Executivo, exercido no âmbito da União pelo Presidente da República, com auxílio dos Ministros de Estado, conforme aponta o artigo 76. Os Executivos estaduais e municipais são comandados pelos Governadores e Prefeitos, respectivamente. No Distrito Federal não existe a figura do Prefeito, apenas do Governador, nos moldes dos estados. Todos eles são eleitos diretamente pelo voto popular e recebem mandatos de quatro anos, conforme aponta os artigos 28, 29, inciso I, e 32, parágrafo 2º, da Carta.

Existem diversas funções atribuídas ao Poder Executivo, como se demonstra no artigo 84 da Lei Maior (1988), um rol não exaustivo que enumera ao menos 22 atribuições ao Presidente da República. No entanto, as funções deste Poder podem se resumir em três: a chefia de governo, chefia de Estado e o “comando supremo das Forças Armadas”. Para o bom exercício dessas funções, cada uma delas se desdobra em diversas atividades e prerrogativas, inclusive, funções atípicas, que foram analisadas ou serão em seguida.

Antes de analisar tais funções e desdobramentos, cabe mencionar o comentário feito pelo professor Darcy Azambuja, apontando para o grande crescimento das funções do Executivo ao longo do século XX:

Nos últimos decênios, o Poder Executivo tem visto multiplicarem-se assombrosamente suas atribuições e responsabilidades, não só pelas exigências do próprio progresso material e moral da sociedade, como também devido às profundas perturbações que os povos modernos vêm sofrendo.

O problema da organização do Poder Executivo tornou-se talvez o mais agudo em ciência política. Porque, se de um lado é necessário organizá-lo de modo que seja um poder limitado. Um poder de direito, e não arbitrário e despótico, não menos necessário também é que disponha de força, recursos e prestígio que o habilitem a cumprir a formidável tarefa exigida no governo do Estado moderno. (AZAMBUJA, 2014, p. 217)

Tal entendimento somado com a crítica feita pelo jurista Elival Ramos (2010), que afirma que as Constituições raramente se ocupam a caracterizar as atividades essenciais de cada Poder, explicita a dificuldade de se delimitar, precisamente, todas as atividades pertinentes ao Executivo.

De qualquer forma, seguiremos a lógica dos três pilares mencionados. A Chefia de Estado consiste na função de representar o Brasil frente aos demais países, sendo possível, para tanto, a celebração de tratados internacionais, declaração de guerra, celebração da paz e permitir que forças estrangeiras transitem no território nacional (ALMEIDA, 2019), sendo necessário à validação do Congresso Nacional de todos esses atos, conforme aponta os incisos VII, VIII, XIX, XX e XXII do artigo 84.

A Chefia de Governo, por outro lado, se refere a atuação do Executivo no âmbito interno do país, o que tange a direção superior da administração federal, do governo. Nesse sentido, o Presidente pode escolher os Ministros de Estado, emitir decretos para organizar e dar funcionalidade para administração pública federal, entre outras, conforme estabelece os incisos I, II, VI, IX, X, XI, XII, XVIII, XXIV e XXV, também do artigo 84.

A terceira função típica entregue ao Presidente da República é o “comando” ou “autoridade” suprema sob as forças armadas, como definem os artigos 84, inciso, XIII, e 142, *caput*, da Constituição Federal (1988). Nesse sentido, compete ao chefe do Executivo a nomeação e promoção dos oficiais da Marinha, Exército e Aeronáutica.

Os demais incisos do artigo 84 apontam para funções igualmente importantes, essenciais para a correta execução das atribuições presidenciais. No entanto, se enquadram como funções atípicas e se destacam na aplicação da teoria dos freios e contrapesos. As primeiras dessas funções são relacionadas as funções legislativas, prerrogativas de dar início no processo legislativo em algumas matérias, a possibilidade de vetar ou sancionar projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e editar Medidas Provisórias, como apontam os incisos III ao V, XXIII e XXVI do dispositivo mencionado. Tais funções foram analisadas a acima, quando se tratou do Poder Legislativo.

Outra dessas funções é a incumbência do Executivo nomear, após aprovação do Senado, Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores, do Tribunal de Contas da União, do Procurador Geral da República entre outras autoridades. Dessa forma, o Executivo atua e influencia diretamente na composição de órgãos de outros Poderes, como por exemplo, no Supremo Tribunal Federal, cúpula do Judiciário, e Tribunal de Contas da União, vinculado ao Legislativo.

Por fim, ainda sobre as funções atípicas do Executivo, a Magna Carta, em seu artigo 84, inciso XII (1988), permite a possibilidade de o Presidente conceder indulto e comutação de pena, ou seja, extinção de punibilidade e abatimento de pena. Como reconhece Beatriz Camargo (2017), tal função configura freio à atividade judiciária, visto que é uma forma do chefe do Executivo neutralizar uma decisão tomada pelo Judiciário.

O terceiro Poder descrito na Constituição do Brasil de 1988 é o Judiciário, sua função típica é dizer o direito, exercer “*jurisdictio*, jurisdição, de *jus* (direito) e *dicere* (dizer)”, como expõe o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1994, p. 3). Em outras palavras, a função é “julgar”. Para o devido exercício desta função, a Carta Política define competências para cada tribunal, ou seja, delimitam a jurisdição de cada juízo (THEODORO JÚNIOR, 2019).

Sobre as estruturas do Judiciário, inicialmente, é possível perceber as duas primeiras instâncias. A primeira consiste nos juízes, que atuam de forma singular, sendo a “porta de entrada” para o processo comum. Logo em seguida, estão os tribunais, compostos por um colegiado de juízes, chamados de desembargadores, que exercem a segunda instância, concluindo o duplo grau de jurisdição e julgando alguns recursos.

Esse padrão se repete por cinco vezes, constituindo as seguintes alicerces: (I) a justiça estadual, exercida por juízes e o Tribunal de Justiça (TJ) de cada estado e do Distrito Federal; (II) a justiça federal, exercida por seus juízes e os Tribunais Regionais Federais (TRF) de cada região; (III) justiça do trabalho, exercida por seus juízes e os Tribunais Regionais do Trabalho (TRT); (IV) justiça eleitoral, exercida por seus juízes e os Tribunais Regionais Eleitorais (TRE); e, por fim, (V) a justiça militar, exercida pelos juízes e pelo Superior Tribunal Militar (STM), não existindo um tribunal regional, configurando exceção à regra.

Acima dessas estruturas, há a previsão dos Tribunais Superiores, constituídos por ministros, que exercem, dentre outras, a função de julgar definitivamente os recursos vindos das primeiras instâncias, com o intuito de uniformizar e padronizar os entendimentos nas matérias que lhe cabem. Existem quatro tribunais do tipo previstos na Constituição (BRASIL, 1988): o Superior Tribunal de Justiça (STJ), que abrange a justiça estadual e federal, previsto nos artigos 92, II, 104 e 105; o Tribunal Superior do Trabalho (TST) – artigos 92, II-A, 111, I, e 111-A; o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) – artigos 118, I, e 119; e, por fim, o Superior Tribunal Militar (STM) – artigos 122, I, e 123. Os Tribunais Superiores não exercem apenas o julgamento de recursos, há outras funções, como por exemplo, o STJ é responsável pelo

juízo dos governadores e desembargadores em crimes comuns e o TSE que julga originalmente o registro e a cassação de partido político.

Todos os graus da jurisdição do Brasil devem respeito à Constituição Federal, devendo fazer o controle difuso de constitucionalidade, ou seja, analisar se, para o caso concreto, a norma ventilada está em conformidade com a Magna Carta. Sendo possível, se houver incompatibilidade, o afastamento da norma infra constitucional. Repetindo, para o caso concreto, afetando as partes do processo, apenas. (FERREIRA FILHO, 1994)

O órgão de cúpula do Poder Judiciário é o Supremo Tribunal Federal, composto por onze ministros indicados pelo Presidente da República e aprovado pelo Senado Federal. Sua função primordial é a guarda da constituição, para isso, exerce a função de julgar recursos que tratem sobre adequação constitucional de atos normativos, inclusive decisões judiciais, além de exercer o controle concentrado de constitucionalidade, conforme aponta os artigos 101 ao 103-A da Carta Política (BRASIL, 1988), sua jurisdição é nacional.

O controle concentrado consiste na prerrogativa do Supremo Tribunal Federal exercer juízo da constitucionalidade, de forma definitiva, de atos normativos em abstrato, ou seja, sem que exista um caso concreto. Outra característica fundamental desse controle é que as decisões produzem “eficácia contra todos e efeito vinculante”, ou seja, tem efeito *erga omnis*, como aponta o parágrafo 2º do artigo 102 da Lei Maior (BRASIL, 1988). Exemplificando, no caso de entendimento pela inconstitucionalidade de uma norma, essa será nula, apagada do ordenamento jurídico, como se nunca tivesse existido.

A Constituição (BRASIL, 1988), em seu artigo 103, estabelece que apenas algumas entidades podem impetrar as ações de controle concentrado, dentre elas está o Presidente da República e as Mesas da Câmara e do Senado. As ações desse tipo de controle também são especificadas no artigo 102, sendo elas: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI); Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC); e, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Embora existam outras medidas que tenham maiores repercussões, como as Súmulas Vinculantes e o Mandado de Injunção.

As funções atípicas do Judiciário são duas: legislativa e administrativa. Essas funções são justificadas, em parte, pelo fato da Carta Política do Brasil (1988), em seu artigo 99, assegurar a autonomia administrativa e financeira do Judiciário. Cabe a esse Poder atuar na função legislativa exercendo a prerrogativa de iniciativa nos casos previstos na Constituição, como exposto anteriormente, como na Lei sobre o Estatuto da Magistratura e propostas orçamentárias, por exemplo, de acordo com os artigos 93 e 99, inciso I da Carta mencionada.

A segunda função atípica dos Tribunais é a administrativa, prevista, de forma clara, no artigo 96 da Lei Maior (BRASIL, 1988), onde fica definido que aos tribunais cabe eleger seus órgãos diretivos, elaborar seus regimentos internos, organizar suas estruturas e prover seus cargos, inclusive o de juiz. Para essa função, em especial, foi criado o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Emenda Constitucional 45 (BRASIL, 2004). Esse organismo integra o rol de órgãos do Judiciário e assume as funções de zelar pela autonomia do Poder, sendo possível expedir regulamentos e recomendar providências. O CNJ também assume funções disciplinares contra os servidores vinculados ao Poder Judiciário. O artigo 103-B da Lei Maior (BRASIL, 1988) estabelece especificamente as competências do Conselho.

Enfim, não há dúvidas que o Brasil, em sua Constituição Federal de 1988, se inspirou no princípio da Separação dos Poderes, arquitetado por Montesquieu (2010), embora tenham ocorrido adaptações para maior eficiência do Estado contemporâneo.

Os três Poderes foram definidos, Legislativo, Executivo e Judiciário, a função essencial de cada um deles determinada, suas independências garantidas e, por fim, há a previsão de cooperação e limitações recíprocas, resultando em um sistema de freios e contrapesos, inibindo abusos de poder, algo extremamente benéfico para a liberdade (RAMOS, 2010).

Tal postulado sobreviveu as incertezas e inseguranças da história, seja no século XVIII, quando Montesquieu expôs a obra “O Espírito das Leis”, inaugurando o princípio nos moldes que conhecemos, contrariando reis que tinham o poder absoluto do Estado em suas mãos; ou, durante o século XX, em meio a destruição das duas Grandes Guerras e governos totalitários. Passado mais de 270 anos, a tripartição dos Poderes segue viva nos ordenamentos jurídicos, em especial no Brasil, e continua exercendo importante função contra os abusos de poder.

As ameaças às liberdades e o risco de abuso de poder por parte do Estado são constantes e se renovam e adaptam com o tempo. Nesse sentido, sempre houve grande preocupação que o Poder Executivo representasse o maior risco, como bem afirma AZAMBUJA (2014), a se referir ao contexto pós primeira Guerra-Mundial e a formação das Constituições dos países da Europa, que enfraqueceram demasiadamente o Poder.

No entanto, o que não se previu foi o Poder Judiciário como aquele que abusa do poder, gerando risco a Separação dos Poderes e, conseqüentemente, às liberdades conquistadas pela sociedade. Nota-se tal entendimento quando, em “O Federalista” (MADISON, HAMILTON e JAY, 1979), o Poder Judiciário foi tido como o mais fraco dos

três e, por necessitar do empenho dos outros dois para executar suas decisões, não representaria risco. Com o surgimento do que se entende por ativismo judicial, analisado no próximo capítulo, percebe-se que existe a possibilidade do Judiciário, a depender de como age e decide, ser uma ameaça real para os Estados de Direito, em especial aqueles que adotam o sistema da *Civil Law*, como o Brasil.

## 2. Ativismo Judicial no Brasil

O princípio da Separação dos Poderes, em sua concepção inicial, forjada por Montesquieu em 1748, determina a atuação dos juízes como neutra, sendo, simplesmente, “a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não podem nem moderar a força nem o rigor dessas palavras” (2010, p. 175). Entretanto, é certo que a ideia da neutralidade do juiz foi completamente superada, abrindo caminho para uma atuação judicial mais eficiente e coerente com o próprio postulado da tripartição dos Poderes.

Na mesma linha, restou consolidado o entendimento que o juiz, ao tomar uma decisão, não apenas declara ou reproduz o direito, vai além. Quando decide, o magistrado cria direito novo, estabelece nova norma. Nas palavras do jurista Karl Larenz, dessa maneira a norma é “libertada” de sua abstração natural, possibilitando “sua função de regular relações concretas da vida” (1969, p. 272), dando, assim, maior eficiência à atuação judicial. Porém, não é uma criação livre ou “inteiramente desvinculada”, pelo contrário, está presa a norma existente e ao próprio sistema jurídico a que pertence (RAMOS, 2010, p. 82).

Vale mencionar, também, o assentamento da doutrina do *judicial review*, verdadeira revolução para a seara do direito, apresentada originalmente e enxertada no sistema jurídico norte americano em 1803, no famoso caso *Marbury vs. Madison*, muito bem descrito pelo mestre Paulo Calazans (2016). Tal doutrina estabelece que a Suprema Corte tem o dever de fazer prevalecer a Constituição frente aos demais atos normativos, logo, é possível afastar a norma do ordenamento jurídico no caso de inconstitucionalidade, fortalecendo, assim, a independência do Judiciário e a supremacia da Constituição do ordenamento jurídico (CALAZANS, 2016).

Não há dúvida que houve grande alargamento nos poderes dos juízes, de forma acertada, visto que a atuação estatal deve caminhar em consonância com as demandas da sociedade, que clama por uma justiça célere e eficiente. Embora seja um grande avanço para a concretização de uma das funções do Estado, devemos lembrar a afirmação feita pelo Barão de Montesquieu, “é uma experiência eterna a de que todo homem que tem poder é levado a abusar dele” (2010, p. 168). Diferente da neutralidade do juiz, essa última afirmação não foi superada e não há perspectivas para tal.

Os juízes, enquadrados no grupo apontado pelo filósofo francês, “todo homem”, isto é, qualquer ser humano, tendem a abusar do poder que detém, sendo necessário o desenvolvimento de artifícios para que esse empoderamento não represente potencial opressão à sociedade e aos outros Poderes. Nos termos do Barão supracitado: “Quem diria!

A própria virtude precisa de limites. Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder.” (2010, p. 168).

Entretanto, não é perceptível a criação de um contrapeso para balancear o sistema após esse empoderamento dos juízes e, por consequência, quase simultaneamente, surge o fenômeno do ativismo judicial, assunto que será dissecado neste capítulo. Juntamente com o ativismo, ressurgem um temor antigo: a possibilidade de rompimento com Estado de Direito por parte de um Poder, na tentativa de usurpar a atuação nuclear dos outros.

A novidade é que o potencial usurpador é o Poder Judiciário, tido, anteriormente, como o mais fraco dos três Poderes, “menos temível para a Constituição”, visto que é “sem força e sem vontade”, devendo a eficácia de suas decisões ao socorro do Poder Executivo (MADISON, HAMILTON e JAY, 1979 p.161-162) e “nulo”, pois é composto por “seres inanimados” (Montesquieu, 2010, p. 175).

Neste cenário, após o estudo do princípio da Separação dos Poderes e sua aplicação na Constituição do Brasil de 1988, é necessário analisar a ocorrência do ativismo judicial e suas consequências para o Estado contemporâneo e para o princípio mencionado, em especial no caso do Brasil e a sua Lei Maior.

## **2.1. Ativismo Judicial e os limites da jurisdição**

O fenômeno do ativismo judicial tem causado grandes polêmicas, em especial no meio acadêmico. Segundo a autora Clarissa Tassinari (2013), as discussões sobre o tema tiveram início nos Estados Unidos, após o surgimento do controle de constitucionalidade (*judicial review*), em 1803, no caso *Marbury vs. Madison*, mencionado acima. No Brasil, o assunto trouxe maior comoção após a redemocratização, com a Constituição de 1988, que estabelece uma série de normas programáticas e garante a possibilidade do Supremo Tribunal Federal revisar judicialmente os atos dos demais Poderes.

Independente do momento exato em que o tema ganhou maior relevância, é algo que permeia as discussões e as decisões judiciais na atualidade, em especial no país. Sendo assim, é necessário análise atenciosa e sem maiores emoções sobre o assunto. De forma preliminar, é preciso fazer a distinção sobre a função das decisões judiciais nos principais sistemas jurídicos existentes, sendo eles o da *Civil Law* e da *Common Law*.

A grande diferença entre os dois modelos é a ordem de aplicação das fontes do direito. Tendo como referência o jurista Miguel Reale, as fontes do direito são os meios pelos quais as regras jurídicas “se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa” (2002, p. 140). Ainda conforme o autor



mencionado, existem quatro fontes, as normas jurídicas podem se originar (I) do processo legislativo, (II) dos usos e costumes, (III) da atividade jurisdicional e, por fim, (IV) dos atos negociais.

No sistema da *Civil Law*, adotado pelo Brasil, a fonte principal e predominante de direito é o parlamento, que dá origem as normas por meio do processo legislativo, deixando as demais fontes do direito como secundárias (REALE, 2002). De forma diversa, na *Common Law*, adotado nos Estados Unidos, dá-se prevalência para as fontes jurisdicionais e costumeiras, ou seja, aquelas que emergem das decisões judiciais e dos usos e costumes da sociedade (REALE, 2002). Cada um dos sistemas tem suas peculiaridades e seus motivos de assim ser, decorrem de uma evolução histórica e cultural específica, não sendo correto afirmar que um deles é melhor ou pior que o outro.

O sistema adotado pelos norte-americanos, ao ter como principal fonte do direito os precedentes judiciais, aproxima a função dos juízes com a do legislador. Porém, apesar dos atos judiciais assumirem natureza vinculativa para decisões futuras, a atuação legislativa se distingue em dois momentos. Os juízes, diferentemente dos legisladores, atuam restritivamente aos casos que são acionados, em respeito ao princípio da inércia judicial, e precisam justificar suas decisões, fazendo-se necessário o uso da argumentação técnico-jurídica, que, em regra, leva em consideração o ordenamento como um todo (RAMOS, 2010, p. 109).

De forma diversa, o sistema brasileiro é mais restritivo com relação a função jurisdicional, como defende o professor Elival da Silva Ramos, ao afirmar que a jurisprudência deve se mover “dentro dos quadros estabelecidos [...] pelo legislador, enquanto a atividade do legislador visa precisamente estabelecer esses quadros” (2010, p. 105). Mesmo quando há completa omissão de norma legislada sobre o caso concreto, o juiz continua vinculado ao restante do ordenamento jurídico, sendo necessário criar norma coerente e fiel para com o restante sistema.

Portanto, nas palavras de Miguel Reale, a criação judicial deve ser resultado de “uma construção obtida graças à conexão de dispositivos, até então considerados separadamente, ou, ao contrário, mediante a separação de preceitos por largo tempo unidos entre si” (2002, p. 168). O juiz deve, para o caso concreto, compor “uma norma que vem completar o sistema objetivo do Direito” (2002, p. 168).

Compreendida a funcionalidade das decisões judiciais para cada sistema, é possível observar que o ativismo judicial, entendido pelo exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento para o Poder Judiciário (RAMOS,

2010), é mais difícil de ser detectado no sistema da *Common Law*. O motivo da afirmação é o fato do Judiciário realmente desempenhar função mais ativa e livre no processo de geração do direito, ao lado do próprio legislador. A crítica que se faz ao ativismo nesse modelo jurídico recai, principalmente, a um argumento da ciência política, que diz respeito a legitimidade democrática das fontes do direito (RAMOS, 2010).

Na *Civil Law*, em especial no Brasil, o foco deste trabalho a partir deste momento, também é cabível a crítica sobre a legitimidade, embora outras linhas de raciocínio se destaquem. Por exemplo, sob o ângulo do princípio da Separação dos Poderes, destrinchado no capítulo anterior, o ativismo judicial é extremamente prejudicial para ao Estado de Direito, visto que a atuação judicial ativista ignora que cada Poder tem “um núcleo essencial” para suas funções, não sendo passível de compartilhamento, para que não exista interferência indevida de um Poder sobre o outro (RAMOS, 2010, p. 116).

É necessário pontuar que não estamos a desconsiderar que o postulado da tripartição dos Poderes evolui ao ponto de admitir a existência de funções atípicas, garantindo, assim, certo o compartilhamento das funções estatais. Caso isso ocorresse, a evolução conquistada ao longo do tempo, que aprimora a atuação do Estado, dando maior eficiência e independência para cada Poder, seria simplesmente ignorada, causando enorme retrocesso e resultaria em um trabalho incompleto. Da mesma forma que negar o “núcleo essencial” dos Poderes, assim ocorrendo, estaria esvaziado de qualquer sentido o princípio da divisão dos Poderes e melhor sorte seria se o constituinte não tivesse o estabelecido.

Ou seja, pelo contrário, o que está sendo exposto é a necessidade da vinculação total de todos os Poderes e seus atos a Lei Maior da nação, ou seja, a supremacia da Constituição no ordenamento jurídico, dessa forma será garantida o respeito ao princípio. Sendo necessário, inclusive, a previsão expressa das funções atípicas de cada Poder, para que não exista a invasão de um Poder sobre as funções essenciais do outro, como acontece no ativismo judicial (RAMOS, 2010). Nesse sentido, podemos mencionar o exemplo do Brasil, onde a Constituição Federal de 1988 aponta as funções de cada Poder, inclusive as consideradas atípicas, como se observou no capítulo anterior.

Desse modo, entende-se que é fundamental a observância da Separação dos Poderes, para que cada um deles fique limitado as suas próprias competências, mitigando, assim, o risco de esvaziamento e usurpação das funções primordiais um dos outros. Aplicando a lógica ao Judiciário, especificamente sobre o ativismo judicial, é necessário que o Judiciário se conserve nos limites de sua função jurisdicional. Entendendo como jurisdição, conforme apontado anteriormente, “o dizer o direito” (FERREIRA FILHO, 1994, p. 3); ou,

de acordo com Jorge Miranda (1997): a definição do direito no caso concreto, perante situações da vida, ou, em abstrato, na apreciação da constitucionalidade e da legalidade das normas jurídicas.

Sendo a finalidade da jurisdição a pacificação social, inclusive no controle abstrato de normas, que é feito pelo Supremo Tribunal Federal, onde esse objetivo é atingido de forma indireta, visto o amplo alcance das decisões (RAMOS, 2010). De qualquer forma, a pacificação será alcançada quando o juiz, ao proferir sua decisão, estabelece definitivamente a interpretação jurídica correta para o caso (MARTINS, 2018, p. 140). Deve se pontuar, ainda, que interpretação correta é aquela que conduz aos resultados enunciados pela própria norma (RAMOS, 2010), para isso é necessário que o magistrado lance mão das técnicas adequadas.

Quando amparada por sua cientificidade, a hermenêutica jurídica é uma barreira ao ativismo judicial, visto que o magistrado é compelido a fazer uso de um método de interpretação estabelecido e respaldado pela comunidade jurídica, que impõe limitações e restrições para a interpretação, afastando o risco de extrapolação da atuação jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio sistema.

A respeito desse assunto, o primeiro ponto a se destacar é a vinculação do intérprete ao próprio texto interpretado. Nessa lógica, o intérprete-julgador não é permitido a imposição de conceitos arbitrários para algum enunciado expresso na norma (CANOTILHO, 2003). Ocorrendo tal situação, o ato deixaria de ser considerado interpretativo e se tornaria um atropelo ao texto, ocasionando o seu rompimento ou modificação (HESSE, 1998).

O que importa, na realidade, é “o reconhecimento de que na interpretação-aplicação de natureza jurídica os textos normativos contêm algo de objetivo, que não pode jamais ser eliminado pela vontade do juiz” (RAMOS, 2010, p. 99), sendo esse fator “objetivo” um dos principais limites da função interpretativa. Fortalecendo esse entendimento, está o professor Humberto Ávila, ao afirmar que, a depender do grau de conceituação e vinculação da norma jurídica à “valores eminentemente formais” ou “à finalidades específicas”, sua interpretação pode ser ampliada ou restringida, desde que não seja extrapolado o “significado mínimo das palavras” (2009, p. 6).

Além da vinculação ao texto base, a interpretação deve ser coerente ao sistema a que pertence, isso significa, dentre outros fatores, considerar de forma correta a hierarquia e a função das normas jurídicas. Para tanto, deve ficar claro, desde já, que o status hierárquico de uma norma não tem relação no fato dela ser uma regra ou princípio. Sobre o assunto,

Humberto Ávila esclarece que cada tipo de norma exerce um tipo de função, “não se podendo falar, desse modo, da primazia de uma norma sobre outra, mas, tão-só, de funções e eficácias diferentes e complementares” (2009, p.3). Logo, para que seja compreendida tais afirmações, é necessário apresentar as funções dos tipos de normas.

O mesmo autor, na obra “Teoria dos Princípios” (2008), explica: as regras têm o caráter descritivo de comportamento, ou seja, determinam uma consequência específica para um comportamento específico, predeterminando a decisão a ser proferida, caso haja o enquadramento com a situação prescrita. De forma diversa, os princípios são abertos em seus significados, isto é, abrangentes, possibilitando o seu uso como fundamento axiológico para tomada de decisões em diferentes situações, configurando seu caráter suplementar e contributivo para uma decisão. (ÁVILA, 2008, p. 59-60)

Outra grande diferença reside no modo de relacionamento entre as normas, os princípios que colidem em uma situação fática podem coexistir mediante ponderação do aplicador, diferente das regras, onde uma delas deve prevalecer sobre a outra de forma integral. Por fim, há o modo de aplicação das regras e princípios, no primeiro caso se usa a técnica do “tudo ou nada”; no segundo se aplica a técnica da ponderação, possibilitando o uso gradual de um princípio ou outro para o caso em análise, sendo necessário o uso argumentação técnico-jurídico para defender sua posição. (ÁVILA, 2008, p. 59-60)

A hierarquia, portanto, não está incorporada a um tipo de norma ou a sua natureza. A dimensão de peso decorre do juízo valorativo do aplicador do direito ao analisar as imposições do próprio sistema frente a um caso (ÁVILA, 2008). Ou seja, na hipótese de existir um embate entre normas jurídicas, seja princípios ou regras, não importa, deve se levar em consideração a hierarquia e o sentido que o próprio sistema impõe. Por exemplo, no Brasil, a Constituição Federal exerce o maior nível hierárquico das normas jurídicas, portanto, todos os demais atos normativos devem ser compatíveis com ela, caso contrário, serão considerados inconstitucionais pelos juízes e serão afastados do ordenamento jurídico.

Um dos maiores desafios de um magistrado é quando as normas que colidem são constitucionais, visto que estão no mesmo nível hierárquico e não podem ser acolhidas ou afastadas por se adequarem mais ou menos a norma superior, o que resolveria um embate entre dispositivos legais. Nessa situação, deve se dar preferência às regras, visto que estabelecem uma solução específica para a situação, conhecida ou antecipada pelo legislador na própria norma em questão, afastando, assim, a necessidade do caráter genérico e complementar dos princípios (ÁVILA, 2009).

De forma ilustrativa, podemos mencionar o exemplo da regra constitucional que veda o uso de prova ilícita no processo judicial. Ao se deparar com essa situação prevista nas regras, o juiz, por meio da ponderação de princípios constitucionais, não pode encontrar um sentido diverso do estabelecido e permitir o uso desse tipo de prova, pois, dessa forma, estaria simplesmente descartando normas constitucionais, “flexibilizando aquilo que ela (a constituição) quis objetivamente enrijecer” (ÁVILA, 2009, p.6).

A mesma lógica se enquadra na aplicação de regras infraconstitucionais, desde que essas não afrontem ou sejam incompatíveis com a Carta Magna. Havendo incompatibilidade é necessário, e correto, que os juízes e tribunais afastem a regra do caso concreto e, se necessário, o Supremo Tribunal Federal, do ordenamento jurídico. Inclusive, isso é o que ordena o controle de constitucionalidade em nosso sistema jurídico, como foi apontado anteriormente.

Sendo mais claro, existindo compatibilidade de alguma norma à Constituição, não é correto que o juiz determine seu afastamento e pule “para o plano constitucional, por não concordar com a consequência a ser desencadeada pela ocorrência do fato previsto na sua hipótese” (ÁVILA, 2009, p.6). Em outras palavras, não interessa para o direito a opinião pessoal do magistrado, devendo a análise judicial se limitar ao enquadramento de uma norma a Constituição. Caso fosse correto, qualquer situação fática deveria ser analisada exclusivamente na ótica da ponderação dos princípios constitucionais, sendo possível alcançar qualquer tipo de decisão, inviabilizando todas as normas infraconstitucionais, mesmo quando compatíveis com a Constituição, visto a subjetividade e amplitude conceitual dos princípios (ÁVILA, 2009).

As duas distorções hermenêuticas que foram apresentadas, ou seja, (I) a preferência do princípio sobre a regra e (II) a preferência da norma constitucional frente a uma lei que não contraria a Constituição, são técnicas que levam ao ativismo judicial. Ao aplicar uma das distorções, está justificada a marcha da função jurisdicional sobre as funções essenciais dos outros Poderes, em especial a legislativa, sob o falso argumento da aplicação da Constituição. No entanto, pelo contrário, essas manobras ativistas são extremamente nocivas e corrompem as bases do Estado de Direito, em especial no que se refere ao princípio democrático, da segurança jurídica e da Separação dos Poderes, e ao próprio sistema jurídico adotado pelo Brasil, o da *Civil Law*.

Primeiro, porque existe a desvalorização da função legislativa, a principal fonte do direito brasileiro. A partir do momento que se afasta uma norma que é compatível com a Constituição, que foi alvo de discussões dentro do parlamento, que é composto por

representantes do povo devidamente eleitos, para que se aplique o resultado da ponderação de princípios constitucionais selecionados por um juiz (ÁVILA, 2009) há concentração indevida das funções de estado nas mãos de um órgão que não é representante do povo, em uma clara afronta ao princípio democrático e a Separação dos Poderes.

Em segundo, ao descartar os demais níveis de concretização normativa (lei, regulamento, ato administrativo, decisão judicial etc.), que exercem diferentes funções na complexa rede de relações hierárquicas normativas, há uma desfiguração de todo o sistema. Todo o ordenamento jurídico é reduzido a apenas um patamar, o constitucional, fazendo com que todos os casos judiciais sejam solucionados pela ponderação de princípios constitucionais. Nesse sentido, se tudo está na constituição e nada nas leis, a supremacia da Constituição perde sentido. (ÁVILA, 2009)

Por fim, mas não menos importante, a estabilidade e segurança jurídica do sistema é comprometida. A técnica da ponderação conduz a grande subjetivismo, acentuada ainda mais por não existir outros parâmetros normativos, visto que foram desconsiderados, nos levando a um ambiente imprevisível, visto que para cada julgamento, mesmo nos casos similares, se poderá ter um resultado diferente, porque cada magistrado irá dar preferência para os princípios que entender mais conveniente e nos moldes que assim preferir (ÁVILA, 2009).

Resumindo esses últimos pontos, a aplicação das duas distorções mencionadas resultará em concentração de poder nas mãos dos juízes, em especial os do Supremo Tribunal Federal, pois suas decisões terão a capacidade de afastar todos os atos normativos que não sejam constitucionais, inclusive as demais decisões judiciais. E, quando houver norma mais específica na própria Constituição, poderá ser derrubada ao não se enquadrar nos juízos de valor dos ministros, pela simples invocação de um punhado de princípios também constitucionais. Não sendo suficiente, se terá ampla liberdade para chegar a quase qualquer tipo de conclusão, dado o caráter subjetivo e amplo dos princípios constitucionais.

Provavelmente, esses são os pontos mais complexos relacionados às críticas ao ativismo judicial, pois, apesar de ser inegável que o magistrado é livre e goza de discricionariedade em suas decisões, admite-se, para infelicidade dos tiranos, que essa liberdade não é absoluta, há limites. Tais limitações, como ficou demonstrado, se encontram na ciência da hermenêutica jurídica, que estabelece postulados e regramentos específicos para aplicação das normas. Podemos concluir, portanto, que os juízes não são livres completamente, ou, como admite Miguel Reale:

a verdade está no meio-termo, na conciliação dos extremos, devendo o juiz ser considerado livre, não perante a lei e os fatos, mas sim dentro da lei, em razão dos fatos e dos fins que dão origem ao processo normativo, segundo a advertência de Radbruch de que a interpretação jurídica, visando o sentido objetivamente válido de um preceito, ‘não é pura e simplesmente um pensar de novo aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um saber pensar até o fim aquilo que já começou a ser pensado por outro’, observação que deve ser completada com a de que a interpretação de uma norma envolve o sentido de todo o ordenamento a que pertence. (1975, p.387)

Deve ficar claro, também, que a intenção deste trabalho não é fazer análise exaustiva das técnicas e preceitos da hermenêutica jurídica, o que se pretende, na realidade, é expor a incompatibilidade do ativismo judicial com o sistema jurídico brasileiro, que tem como princípio a Separação dos Poderes.

No entanto, apesar de todo o exposto, há grandes defensores do fenômeno do ativismo judicial, normalmente vinculados ao Poder Judiciário, como o caso do ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal. Segundo o magistrado, o ativismo judicial teria um conceito diferente daquele concebido pelo professor Elival da Silva Ramos, ou seja:

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feição subjetiva (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). (RAMOS, 2010, p. 129)

Para Barroso (2009) o ativismo judiciário é uma escolha do juiz de interpretar a Constituição de forma mais abrangente, “expandindo o seu sentido e alcance”, com o objetivo de intensificar a intervenção judicial “na concretização dos valores e fins constitucionais”, visto que o parlamento é omissivo em algumas demandas da sociedade e está imerso em uma “persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade” (BARROSO, 2009, p. 9). A consequência seria maior interferência no espaço de atuação dos outros Poderes (BARROSO, 2009).

Seguindo o entendimento do ministro, as principais objeções ao ativismo seriam: (I) a falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário; (II) risco de politização da justiça; e, (III) a própria capacidade e limitação institucional do Judiciário. Esses pontos seriam solucionados ao passo que os juízes são “representantes indiretos da vontade popular” e devem atuar em conformidade com “as decisões razoáveis tomadas pelo legislador” e, na medida do possível, “em sintonia com o sentimento social” (BARROSO, 2009, p. 12-14).

É possível perceber algumas inconsistências nos argumentos apresentados por Luís Roberto Barroso, a primeira diz respeito a função do Judiciário atuar como solução de

uma suposta crise que assola o Legislativo. Existindo a tal crise, é necessário buscar uma saída nos limites previstos pela Constituição, ou seja, que respeite as funções essenciais e a Separação dos Poderes, caso contrário, o efeito será inverso, agravando ainda mais a crise, como afirma Garapon, “ao buscar suprir as lacunas deixadas pelo sistema representativo, o Judiciário contribui para a ampliação da própria crise de autoridade da democracia” (1996, p.23-24). No mesmo sentido se posiciona Elival:

Deve-se incluir dentre os fatores de estímulo ao ativismo a assunção de atividade normativa atípica por parte do Supremo Tribunal Federal, vale dizer, o exercício pelo órgão de cúpula do Judiciário brasileiro de competências normativas que, se não confrontam o princípio dos Poderes, dele não decorrem e, mais do que isso, não contribuem para o seu fortalecimento; ao contrário, provocam uma certa tensão em relação ao conteúdo prescrito de seu núcleo essencial. (RAMOS, 2010, p. 314)

A tese defendida por Barroso (2009) dá ao Judiciário a função de solucionador de crises de representatividade e legitimidade do parlamento, algo contraditório, pois, seguindo essa linha, um órgão não democrático seria a resposta de uma crise democrática. Outro aspecto negativo é o fato de reforçar uma ideia paternalista em meio à sociedade brasileira, sugerindo, portanto, a incompetência política e democrática dos cidadãos desta nação. Fazendo-se necessário um interventor, o Poder Judiciário, para que se tome melhores decisões. Dessa forma, invariavelmente, o resultando seria a substituição das escolhas políticas da população e de seus legítimos representantes. O autor Cláudio Oliveira aponta o perigo dessa lógica:

Por sua vez, do “ativismo judicial” pode resultar um tribunal “paternalista”, que ocupa o lugar dos processos políticos democráticos ao invés de promovê-los, assumindo as competências de instância suprema de decisão sobre questões moralmente controversas. (2015, p. 10)

Por fim, deve-se mencionar que os juízes não têm essa autoridade prevista na Constituição (1988) e, tampouco, uma capacidade moral ou intelectual superior aos integrantes dos demais Poderes, ao ponto de justificar tal empoderamento e apropriações de suas funções. Nesse sentido, é salutar lembrar a crítica feita por Dallari, que talvez justifique esse modo de pensar:

Um aspecto importante da velha mentalidade é a convicção de que o Judiciário não deve reconhecer que tem deficiências nem pode ser submetido a críticas, pois tamanha é a magnitude de sua missão que seus integrantes pairam acima do comum dos mortais. Essa convicção é frequentemente reafirmada em discursos proferidos nas solenidades realizadas pelo Poder Judiciário, quando é comum ouvir-se a expressão “missão divina dos juízes”. (1996, p. 5)



A segunda inconsistência que merece destaque pode ser percebida quando o ministro afirma que os juízes devem respeitar as normas oriundas do Legislativo quando entenderem “razoáveis” (BARROSO, 2009, p. 15). O problema reside no conceito da palavra “razoável”, que não guarda qualquer relação com “constitucional” e pode ser empregado em vários contextos e com diferentes finalidades (ÁVILA, 2008). Possibilitando, dessa forma, que o juiz se afaste do texto normativo, que deve ser “o ponto de partida do processo hermenêutico e o mais expressivo balizador da adequação de seus resultados” (RAMOS, 2010, p. 168), para aplicar o que é adequado em seu entendimento.

O professor Humberto Ávila (2008) aponta as três formas predominantes de definir “razoabilidade” na jurisprudência brasileira, sendo elas: (I) diretriz que ordena a relação das normas gerais com as individuais do caso concreto; (II) diretriz que obriga a relação das normas jurídicas com o mundo que faz referência; (III) diretriz que exige a relação de equivalência entre grandezas. Embora o primeiro conceito apresentado por Ávila possa dar um melhor sentido para a fala do ministro Barroso, não é possível saber se, na prática, a interpretação dos juízes o “razoável” terá esse sentido e respeitará a Constituição.

Por fim, Barroso faz a seguinte afirmação sobre o ativismo judicial: “Mas ele (o ativismo) é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há o risco de se morrer pela cura” (2009, p. 19). Aproveitando a metáfora, não podemos esquecer que é necessário a prescrição de um médico para administração de qualquer medicamento à um paciente.

Nesse sentido, em última instância, é a Constituição que tem o poder de prescrever algum “remédio” para solucionar ou determinar as formas de resolver os problemas do Brasil, do tanto que delimita os Poderes e atribui suas competências. O juiz, ao assumir decisões que caberiam ao Legislativo e Executivo, não está, apenas, esvaziando as funções dos demais Poderes, está esvaziando e se sobrepondo a própria Constituição.

Dando sequência na metáfora de Barroso, um medicamento, como qualquer droga, tem o risco de causar dependência, visto a capacidade de entorpecer e gerar uma boa sensação, principalmente quando usado inadequadamente. É o que acontece com o ativismo judicial, no sentido que afirmou Cláudio Oliveira (2015), o ativismo evita ou abrevia os embates políticos, desgastantes, mas necessários para uma democracia, fazendo com que o cidadão desvalorize o engajamento político e as funções do parlamento e o Executivo, visto que a matéria legislada perde sua importância e prevalece o que decide o juiz, independente da conformidade com a lei ou a Constituição.

É importante pontuar que, em nenhuma circunstância, nega-se a legitimidade e importância das funções do Poder Judiciário, inclusive os meios de controle de constitucionalidade, seja na forma concreta ou abstrata, ou suas funções atípicas. Apenas entende-se que tais funções devem se submeter, completamente, ao que dispõe a Constituição, em especial no exercício da jurisdição, onde deve ser utilizado as técnicas hermenêuticas adequadas, ou seja, compatíveis com a própria Carta Magna e o sistema jurídico.

Dessa forma, será encontrado o ponto ideal entre a criatividade do juiz e o indispensável respeito aos princípios do Estado de Direito, em especial o da Separação dos Poderes. Impedindo, assim, que o voluntarismo, muitas vezes bem-intencionado, mas institucionalmente desastrosos, dos órgãos judiciários “acabe por solapar um dos fundamentos mais caros de qualquer democracia: o respeito à soberania popular e à participação política que dela decorre” (RAMOS, 2010, p. 316).

## **2.2. Fatores de propagação e casos de ativismo judicial no contexto brasileiro**

A incompatibilidade do ativismo judicial é nítida quando analisada sobre o enfoque da Constituição do Brasil de 1988 e os mandamentos por ela estabelecidos, em especial o princípio da Separação dos Poderes, como ficou demonstrado ao longo deste trabalho. Nesse sentido, tão importante quanto definir o problema é detectar suas origens ou fatores de propagação. Dessa forma será possível caminhar para alguma solução e, por consequência, prestar o devido respeito ao sistema jurídico brasileiro e as escolhas dos constituintes.

O primeiro fator de propagação do ativismo judiciário que merece atenção é o surgimento do “neoconstitucionalismo”, uma linha de pensamento originada no final do século XX e tem angariado vários adeptos no mundo jurídico. Segundo Barroso, um de seus maiores defensores no Brasil, o “novo direito constitucional [...] visa a irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional” (2019, p.237).

Porém, apesar dessa forma de enxergar o direito ter ganhado espaço no campo acadêmico, não é consistente ao ponto de se caracterizar uma escola de pensamento, dada a “falta de aglutinação de seus integrantes em torno de um corpo coerente de postulados ou de

propostas” (RAMOS, 2010, p. 279). Nesse mesmo sentido se posiciona o ministro supracitado:

Ao contrário, precisa operar em meio à fumaça e à espuma. Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos pós e neo: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus. (2019, p.212)

O professor Humberto Ávila (2009) entrega à diversidade de concepções e perspectivas do neoconstitucionalismo como uns dos motivos que inviabilizam o esboço de uma teoria única. Apesar disso, Ávila compilou as mudanças essenciais pregadas por esse movimento, são elas:

princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo ou Executivo (ou mais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta aplicação da Constituição em vez da lei). (2009, p.2).

Logo, é evidente que as distorções na hermenêutica jurídica, apontadas no subcapítulo anterior, enquadram-se perfeitamente nas mudanças pregadas pelos neoconstitucionalistas, não sendo difícil concluir tal ideologia como propagadora de decisões ativistas e inadequada para o nosso sistema jurídico. Sob essa ótica, uma das soluções plausíveis para o ativismo é o que aponta o professor Humberto:

esse modelo não foi adotado, não deve ser adotado, nem é necessariamente bom que o seja, é preciso repensá-lo, com urgência. Nada, absolutamente nada é mais premente do que rever a aplicação desse movimento que se convencionou chamar de “neoconstitucionalismo” no Brasil. (ÁVILA, 2009, p. 19)

Cabe mencionar, em conclusão, que o neoconstitucionalismo, na realidade, se aproxima de uma mistura do constitucionalismo clássico deturpado com e jusnaturalismo, visto que não se nega a força normativa constitucional, como no constitucionalismo, mas prega-se uma super valorização de seus princípios, sendo possível o magistrado afastar qualquer norma jurídica tendo como base uma dissertação sobre o que ele entende de algum princípio, próximo de uma ordem de valores subjetiva, como no jusnaturalismo (RAMOS,

2010). Na prática, “uma espécie de carta de alforria ao intérprete para que ele atribua às normas jurídicas o sentido que considera mais adequado” (DIMOULIS, 2006, p.60).

Dando sequência na análise dos fatores de estímulo do ativismo, menciona-se o modelo de Estado desenvolvido e aplicado no Brasil. Antes de adentrar nesse tópico, é necessário breves apontamentos sobre a função de um Estado.

De acordo com o professor Darcy Azambuja (2014), existe um certo entendimento dos autores que escrevem sobre a teoria do Estado, definindo que a função estatal é perseguir o “bem público”, que pode ser resumida em dois aspectos fundamentais: segurança e progresso dos indivíduos. Vide a frase estampada na bandeira nacional do Brasil: Ordem e Progresso.

As controvérsias surgem em torno de como atingir esses dois fundamentos. Por um lado, o primeiro, que se refere a ordem e a segurança de uma sociedade, é menos polêmico, se desdobra em a defender o Estado de ameaças externas, sendo necessário o uso de serviços estatais especiais, como as forças armadas e a diplomacia. Para assegurar a ordem e estabilidade interna outros serviços estatais, igualmente essenciais, são necessários, como por exemplo os relacionados a administração da justiça e polícia (AZAMBUJA, 2014).

O segundo ponto, o progresso de uma sociedade, existem inúmeras frentes de entendimento, quase que inconciliáveis. Ainda segundo o professor Azambuja (2014), de acordo com o pensamento político moderno há três correntes predominantes sobre o assunto, sendo elas: (I) abstencionista; (II) socialista; e, (III) eclética.

O primeiro viés prega que o dever do Estado é simplesmente garantir a segurança dos indivíduos, todo o restante deve ficar a cargo dos indivíduos, e qualquer tipo de intervenção é considerada nociva e inadequada para o bem comum. Essa linha de pensamento decorre do Estado liberal desenvolvido nos séculos XVIII e XIX (*laissez-faire*). No entanto, apesar de se pregar liberdade ao máximo, não é o que ocorre de fato, o Estado, ao negligenciar grupos vulneráveis, como os trabalhadores, permite que esses sejam abusados e tenham suas liberdades reduzidas a uma mera ilusão (AZAMBUJA, 2014).

A segunda forma de pensar o Estado, a socialista, é o polo oposto da abstencionista, prega o Estado ao máximo, intervindo e suprimindo tudo a todos. O indivíduo passa a ser coadjuvante no contexto social, tudo deve ser entregue ao Estado, que, em troca, suprirá as demandas das pessoas. Para isso, a produção e circulação de bens e serviços são incumbências estatais. Na sua proposta mais extrema, essa corrente prega a abolição da propriedade privada e “submete o homem, física e moralmente, ao domínio do Estado, que lhe fornece não só os bens materiais, mas também a moral, a arte, a ciência e a religião, tudo

estandardizado” (AZAMBUJA, 2014, p. 153). As doutrinas totalitárias, como as nacional-socialistas, fascistas e comunista seriam exemplos desse aspecto mais intenso.

A corrente eclética, intermediária entre as outras duas, tenta aproveitar o que é viável, descartando os pontos utópicos e posicionamentos viciados de suas irmãs. Dessa forma, entende-se que o Estado deve intervir na sociedade de modo a complementar a iniciativa individual, ou seja, suprindo-a quando inexistir e auxiliando quando existir. Não se nega, também, a possibilidade da iniciativa privada e estatal coexistirem, como no campo da assistência social, educação, entre outras. (AZAMBUJA, 2014)

Concluindo, não é possível determinar uma receita específica, geral e correta de quais deveriam ser todas as competências de um Estado, com exceção de poucas matérias, como por exemplo, a administração dos tribunais, polícia e Forças Armadas. Com relação ao restante, as atribuições estatais podem variar de acordo com as condições e exigências políticas de uma sociedade, sendo possível uma infinidade de possibilidades entre as correntes abstencionistas e socialistas. (AZAMBUJA, 2014)

A sociedade brasileira, por meio da Constituição de 1988, fez uma escolha política de exigir do Estado uma atuação bastante ativa e intervencionista, se inclinando para a corrente socialista, configurando um Estado democrático-social de perfil intervencionista, como afirma Ramos (2010). Não é preciso muito esforço para se convencer disso, vejamos, por exemplo, alguns pontos da Carta mencionada.

O artigo 3º determina que são funções do Estado brasileiro construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional e erradicar a pobreza. O artigo 6º define um largo rol de direitos sociais. Ao Estado também é entregue de funções econômicas que, a princípio, deveriam caber a iniciativa privada, além de uma série de mecanismos para intervir no campo econômico, como planejamento de política cambial, monetária, creditícia dentre outras.

Nesse modelo, restaria ao Judiciário se ocupar do controle jurídico da atividade intervencionista dos outros Poderes, afinal, as concretizações do que impões a Carta Política nacional é entregue, essencialmente, ao parlamento e o Presidente da República e seus ministros. Porém, pelo alargamento do rol de competências do Estado e a grande distância da realidade do povo brasileiro com o que aponta sua Lei Maior, os juízes acabam recebendo as pressões sociais para a rápida efetivação do texto constitucional, fazendo com que alguns sejam seduzidos a dar maior contribuição para esse fim e extrapolem os limites que lhe são impostos, assumindo a função do Legislativo e Executivo, incorrendo em um voluntarismo jurídico descabido e extremamente danoso (RAMOS, 2010).

Tal fator é agravado quando se percebe que existe o uso do controle concentrado de constitucionalidade para esse fim, ou seja, para o exercício indevido da jurisdição, visto que tais decisões tem abrangência sobre toda a nação. Estados com maior maturidade democrática, embora tenham fins sociais em suas legislações, tendem a prestar maior respeito para com as funções de cada Poder, não caindo na ilusão que é necessário algum tipo de heroísmo, como afirma Elival da Silva Ramos (2010), ao citar o exemplo do parlamento europeu, que defendeu a concretização dos direitos sociais como uma opção política que compete ao legislador.

Portanto, em relação ao ativismo judicial e a função do Estado brasileiro, seria necessário o amadurecimento institucional dos tribunais nacionais, em especial do Supremo Tribunal Federal, que exerce a função de controle de constitucionalidade concentrada. Sendo fundamental o auxílio da doutrina para encontrar um equilíbrio entre a importante função jurisdicional e seus limites, em especial no que se refere a concretização das normas constitucionais (RAMOS, 2010).

Outro fator relevante que coopera para expansão do ativismo judicial é a dinâmica de funcionamento do presidencialismo brasileiro. Existe uma segmentação partidária muito grande dentro do parlamento, o que impede a formação de uma maioria sólida e coerente ideologicamente, dificultando a evolução de pautas mais complexas e polêmicas, afetando, principalmente, projetos enviados pelo Executivo. Essa falta de consensos são potenciais lapsos e omissões do poder público na perseguição dos objetivos constitucionais, que poderão ser reivindicados via judicial, abrindo a possibilidade de decisões ativistas. Exatamente nesse sentido se posiciona Manoel Gonçalves Filho:

O número excessivo de partidos dificulta sobremaneira a definição dessa maioria, torna-a instável, leva a um trabalho parlamentar não raro incoerente, favorece a barganhas indignas. Tal situação ainda deteriora se os muitos partidos não têm disciplina interna, dividem-se em alas que não perseguem senão os seus interesses imediatos, não raros “fisiológicos” ou eleitoreiros. (2003, p. 138)

Sobre esse fator de impulsionamento do ativismo, o professor Elival da Silva Ramos (2010) sugere uma possível solução, sem que se afronte o princípio do pluralismo político e da liberdade partidária, ou seja, a adoção do sistema eleitoral proporcional personalizado associado a cláusula de barreira nas eleições de deputados federais, estaduais e vereadores, ao invés do modelo utilizado hoje, o proporcional simples. Dessa forma não existiria uma fragmentação partidária tão expressiva dentro do parlamento, viabilizando o progresso em pautas importantes e complexas.

Basicamente, o sistema sugerido por Elival, que é típico da Alemanha, estabelece que a distribuição de cadeiras em um parlamento será pelo sistema proporcional, porém, o candidato é eleito se tiver ganhado em seu distrito, em uma eleição majoritária. Caso não ocorra o preenchimento de todas as vagas, as remanescentes serão ocupadas pelos candidatos definidos nas listas partidárias. Cabe pontuar que, nesse modelo eleitoral, cada cidadão tem direito de dois votos, o primeiro entregue ao candidato de sua preferência e o segundo ao partido.

Aplicando este modelo há a tendência ao bipartidarismo, visto que os eleitores de pequenos partidos normalmente votam em candidatos de partidos maiores, que tem mais chance de ganhar. De forma inversa, os eleitores dos partidos maiores votam nos partidos menores, onde há maior afinidade programática. Dessa forma “as cadeiras distritais tendem a concentrar-se nos dois maiores partidos e a eleição dos demais partidos passa a depender dos segundos votos” (TAVARES, 2002, p.5).

O último fator de propagação do ativismo judicial que será mencionado neste trabalho é a assunção de atividade normativa atípica por parte do Supremo Tribunal Federal. É certo que existem atividades atípicas do Poder Judiciário que decorrem de uma evolução do princípio da Separação dos Poderes e cooperam para a independência de cada um deles. Como por exemplo, a prerrogativa de dar início em propostas legislativas pertinentes a sua própria organização (RAMOS, 2010).

Entretanto, a Constituição de 1988 (BRASIL) faz referência a duas inovações relacionadas as funções atípicas para o Judiciário, sendo elas as súmulas vinculantes e os mandados de injunção. A primeira, prevista no artigo 103-A da Carta mencionada, prevê que o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação de órgãos competentes, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, pode aprovar súmula que vincula toda a administração pública. O objetivo é eliminar insegurança jurídica decorrente de controvérsias entre tribunais ou estes e a administração pública e a redução da sobrecarga de trabalho no Supremos Tribunal (RAMOS, 2010).

O mandado de injunção, previsto no artigo 5º, inciso LXXI, da Lei Maior mencionada, e regulamentada pela Lei nº 13.300 de 2016 (BRASIL), estabelece que será concedido tal mandado quando houver falta de norma regulamentadora que viabilize o exercício dos direitos e liberdade constitucionais ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. A injunção tem dois resultados possíveis estabelecidos no artigo 8º da lei supracitada: (I) determinação de prazo para edição de norma regulamentadora pelo

órgão competente; (II) e, no caso da omissão legislativa não ser suprida no prazo determinado, o tribunal poderá estabelecer a forma e condições que se dará o exercício dos direitos, liberdade ou prerrogativas reclamados.

As súmulas vinculantes, além de atingirem seus objetivos, também resultam em duas consequências colaterais. A primeira é de enrijecer a interpretação constitucional, reduzindo as possibilidades de uma decisão judicial de instâncias inferiores de se adequarem com um caso fático. O segundo efeito é o estímulo ao ativismo judicial, visto que é ignorado o princípio da inércia judicial e há aproximação excessiva da atuação do Poder Judiciário à função legisladora (RAMOS, 2010).

O mandado de injunção é um instrumento legítimo e que possibilita a solução de omissões legislativas com precisão, sem que configure uma afronta à Separação dos Poderes e estimule decisões ativistas, desde que as decisões do tipo se limitem “a administrar a normatividade faltante nos limites subjetivos da lide, exercendo competências decisórias próximas àquela reconhecida a qualquer órgão julgante tendo em vista a necessidade de suprimento de lacuna sistêmica” (RAMOS, 2010, p. 304).

Por fim, antes de encerrar o presente subcapítulo, é de extrema pertinência a exposição de alguns casos considerados ativistas no contexto jurídico brasileiro.

O primeiro exemplo é o entendimento do Supremo Tribunal Federal nos autos dos Mandados de Segurança nº 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF (BRASIL, 2007), onde se ressuscitou a tese da existência da fidelidade partidária no contexto jurídico brasileiro. Dessa forma ficou estabelecido o entendimento que os candidatos eleitos são meros instrumentos dos partidos políticos, a quem realmente pertencem os mandatos políticos. Ou seja, no caso de desfiliação partidária, o parlamentar deve perder o mandato. Cabe mencionar, entretanto, que, segundo a decisão do Supremo, deve ser garantida a ampla defesa e contraditório frente ao órgão jurisdicional competente, para que o político possa tentar se enquadrar em uma exceção, por exemplo perseguição política ou desvirtuamento ideológico do partido (RAMOS, 2010).

As decisões são visivelmente ativistas pois não houve ou há qualquer regulamento legal ou constitucional que defina a perda de mandato por conta de desfiliação partidária. O embasamento jurídico para essa conclusão se limitou a invocar os princípios da representação proporcional conjugada com a norma que obriga os candidatos serem filiados a algum partido para concorrerem cargos políticos, além de vários argumentos neoconstitucionalistas, como demonstra o professor Elival da Silva Ramos, ao citar posicionamentos dos ministros Menezes Direito e Carlos Brito, respectivamente:



É marcante essa tendência no voto do Ministro Menezes Direito, para quem “a Suprema Corte quando interpreta a Constituição não fica subordinada ao argumento de direito constitucional estrito, sob pena de ofuscar a perspectiva contemporânea do sistema de valores e princípios que estão subjacentes na unidade representada pelo texto constitucional.

[...]

O pós-positivismo, mais do que afirmar o caráter normativo dos princípios, atesta que eles são supernormas, as normas mais importantes do direito positivo, notadamente da Constituição, de modo que os princípios, hoje, enquanto normas de proa, de primeira grandeza, ocupam uma posição de centralidade, a partir da Constituição, vale dizer, os princípios que, na nossa constituição, se dotam dessas virtudes de onivalência, da autorreferência e da autoaplicabilidade, são aptos a resolver casos concretos. É possível extrair deles as normas de que os operadores do Direito precisam para solucionar controvérsias. (RAMOS, 2010, p.248)

Outro ponto que confirma o diagnóstico de ativismo judicial no caso é o fato de que na Constituição do Brasil de 1967 constava o princípio da fidelidade partidária e nas seguintes não, existindo, inclusive, repulsa a tal norma, em especial na Carta Política de 1988, quando na Assembleia Constituinte esse princípio foi descartado por ser um “entulho autoritário”. Somado a esse acontecimento, em 1989, no Mandado de Segurança nº 20.297/DF, o ministro relator Moreira Alves reconheceu que não existia mais a fidelidade partidária no direito brasileiro (AMARAL JUNIOR, 2019).

O segundo caso de decisão ativista se refere a restrição de nomeação de parentes para cargos de confiança imposta pelo Supremo Tribunal Federal, via súmula vinculante. Assim como no caso anterior, houve a violação de princípios constitucionais para que se pudesse alcançar o entendimento perseguido pelos magistrados. Nesse caso foram acionados os princípios da eficiência e impessoalidade na administração pública.

Todavia, é forçoso afirmar que os cargos de confiança seguem à risca o princípio da impessoalidade, visto que a nomeação para esses tipos de cargo se baseiam na confiança pessoal que se tem no nomeado. Outro fator que evidencia o ativismo nesse caso é a preferência da norma-princípio da impessoalidade frente a norma-regra do livre provimento. Cabe mencionar que não se nega que há outros tipos de restrições para o provimento nos cargos de confiança, como as habilidades técnicas inerentes do cargo, mas que não guardam relação com parentesco. (RAMOS, 2010)

Da mesma forma, o fato de existir parentesco do nomeado com quem nomeia também não guarda qualquer relação, ou aversão, ao princípio da eficiência administrativa. É necessário observar as funções e qualidades pertinentes ao cargo e as habilidades e entregas de resultado do nomeado, daí será possível concluir afronta à eficiência, não sendo possível presumir tal entendimento. Ou seja, “se o servidor nomeado atender aos requisitos legais para

o provimento do cargo e se o exercer regularmente, não há que se falar em imoralidade administrativa” (RAMOS, 2010, p. 263).

Cabe fazer um breve comentário sobre a exposição dos casos de ativismo judicial. Não se está a defender uma ou outra posição relacionada a esses eventos, na realidade, aponta-se que as decisões tomadas pelo Judiciário, em especial pela Suprema Corte brasileira, são afrontas ao princípio da Separação dos Poderes e ao sentido dos textos jurídicos analisados, visto que extrapolam seus sentidos essenciais.

Outro exemplo de atuação ativista, talvez o mais descarado, é o que ocorreu no Mandado de Injunção nº 943/DF, como relata o professor José Levi Mello do Amaral Júnior (2019). A Corte constitucional simplesmente decidiu regulamentar o aviso prévio nas relações trabalhistas e, com esse objetivo, tomou como referência projetos de lei que estavam tramitando no Congresso Nacional e legislações estrangeiras. No momento de decidir qual modelo seria adotado a sessão foi suspensa, visto a falta de entendimento, no intervalo entre uma sessão e outra o Congresso Nacional aprovou um projeto sobre a matéria, dando origem a Lei nº 12.506 de 2011, e resolvendo a questão.

Tendo como referência um caso mais recente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é possível observar o Mandado de Injunção nº 4.733. Onde se estendeu a tipificação do crime de racismo para casos de homofobia, nos termos da Lei nº 7.716/89. O fundamento de tal decisão se baseou exclusivamente em princípios, assim como nos casos anteriores. Neste caso, os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade foram acionados, fazendo surgir um novo crime.

Além de infringir o sentido limite das normas mencionadas, outros mandamentos do sistema jurídico pátrio foram violados, agravando a situação, como por exemplo: o princípio da legalidade, visto que não é permitido a criação de crime sem lei anterior que o defina, conforme artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal (1988); proibição da analogia *in malam partem*, ou seja, analogia que venha prejudicar o acusado, esse é um dos fundamentos do direito penal; além do princípio da Separação dos Poderes, dado que cabe exclusivamente ao Congresso Nacional legislar sobre matéria penal, conforme artigo 22, inciso I da Carta mencionada. Também cabe mencionar que a escolha de agravar ou tornar um crime hediondo é fruto de política criminal, não representando uma omissão legislativa.

Por fim, é pertinente citar um exemplo atípico de ativismo judicial, visando demonstrar que não é só o Poder Judiciário que comete tal delito, mas qualquer órgão ou Poder que, incumbido de exercer jurisdição, distorce o sentido do dispositivo a ser aplicado. Nas palavras de Elival da Silva Ramos:

Diante disso, não se deve restringir o exame do ativismo judicial de natureza constitucional ao controle de constitucionalidade, ou seja, à jurisdição constitucional em sentido estrito. Se a essência do fenômeno está no menoscabo aos marcos normativos que balizam a atividade de concretização de normas constitucionais por juízes e tribunais, toda e qualquer situação que envolva a aplicação da Constituição por esses órgãos há que ser avaliada. Desse modo, o ativismo pode se dar em sede de fiscalização de atos legislativos ou administrativos de natureza concreta, de atos jurisdicionais atribuídos a outro Poder ou de atos relativos ao exercício da função de chefia de Estado. (RAMOS, 2010, p. 140)

O caso que demonstra atuação ativista de outra entidade, que não seja a judicial, é a decisão do dia 31 de agosto de 2016, proferida pelo Senado Federal, ao decretar o impeachment da ex-Presidente da República, Dilma Rousseff (BRASIL, 2016). Está expresso no artigo 52, parágrafo único, da Carta Política do Brasil (1988) que a condenação do acusado se dá por dois terços dos votos do Senado “à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis”.

Entretanto, os senadores, sob a presidência do presidente do Supremo Tribunal Federal na época, ministro Ricardo Lewandowski, forçaram uma interpretação que contraria o dispositivo constitucional mencionado, definindo que a perda de mandato e a inabilitação por oito anos são decididas separadamente e não são interconectadas. Resultando na perda do cargo e manutenção dos direitos políticos da acusada.

Existem diversos fatores de propagação do ativismo judicial no Brasil, assim como exemplos de casos. O objetivo deste subcapítulo foi demonstrar e expor alguns desses pontos, para que se tenha melhor compreensão do problema e seja possível o direcionamento para alguma solução. A intenção não foi acabar, de forma definitiva ou completa, com o assunto, apenas somar esforços na análise dessa disfunção no exercício da função jurisdicional, que é o ativismo judicial.

## Conclusão

Nesse trabalho foi analisado o princípio da Separação dos Poderes, que percorreu longo caminho desde que foi estruturado por Montesquieu (2010). Cumpriu a nobre função de limitar os poderes absolutos do rei, evitando, assim, abusos e concentrações de poder, nocivas para as liberdades de uma sociedade. No entanto, com o passar do tempo, o postulado sofreu diversas modificações e evoluções, para que fosse possível se enquadrar nas exigências do Estado contemporâneo.

Nesse sentido, a tripartição dos Poderes previu possibilidades de compartilhamentos de funções entre os diferentes Órgãos de Estado, embora ainda exista um núcleo essencial de cada um que não possa ser dividido, incorrendo em desvirtuamento do princípio e risco às liberdades conquistadas. Nesses termos, diversos países aplicaram tal mandamento, sendo os Estados Unidos o pioneiro. O Brasil não ficou para trás, na Carta Política de 1988 ficou estabelecido os três Poderes e suas funções típicas e atípicas, assim como na maior parte das Cartas anteriores.

Porém, as ameaças às liberdades e o risco de abuso de poder por parte do Estado se renovam e modificam com o tempo. Fazendo surgir um novo modo de intimidação ao Estado de Direito, em especial ao princípio da Separação dos Poderes, não advinda do Executivo, como se esperava (AZAMBUJA, 2014), mas daquele que era considerado o mais frágil (MADISON, HAMILTON e JAY, 1979), ou seja, o Judiciário, por meio do ativismo judicial.

Constatou-se que tal fenômeno pode ser definido como atuação da função jurisdicional para além das linhas demarcatórias que o sistema jurídico impõe (RAMOS, 2010), não encontrando respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, muito menos em sua Constituição (1988). Um magistrado, ao atuar de forma ativista, deturpa o sentido das normas e invade o espaço restrito de atuação dos demais Poderes, afrontando, assim, o princípio da Separação dos Poderes e a própria Constituição.

Por fim, apontaram-se fatores que incentivam a propagação desse tipo de atuação no contexto jurídico brasileiro, não de forma exaustiva. Dentre esses pontos destacaram-se o tipo de Estado almejado pelo brasileiro, ou seja, intervencionista e voltado para corrente socialista; e o crescimento da corrente de pensamento neoconstitucionalista. De modo ilustrativo alguns exemplos de ativismo foram expostos, como as decisões que impuseram a perda de mandato para parlamentares que se desfilarem de seus partidos e a tipificação da homofobia como crime de racismo.

Com o presente estudo é possível perceber a gravidade do ativismo judicial para o Estado Democrático de Direito, em especial para o princípio constitucional da Separação dos Poderes. Porém, para que seja entendido de melhor forma o fenômeno em questão e seja possível a construção de soluções viáveis, é preciso que novos estudos sejam realizados, em especial sobre: a relação do ativismo judicial com o instituto do Mandado de Injunção; a limitação da função jurisdicional e a compatibilidade do neoconstitucionalismo no contexto jurídico brasileiro. Dessa forma será possível dar boa continuidade a este trabalho acadêmico

## Referências Bibliográficas

ARISTÓTELES. **Política**. Coleção: Obra prima de cada autor. São Paulo: Martin Claret, 2005.

ALMEIDA, Thiago Ferreira. **Peculiaridades do chefe de Estado e de governo no Brasil e no mundo**. Domtotal, 13 mar 2019. Disponível na internet: <<https://domtotal.com/noticia/1320608/2019/02/peculiaridades-do-chefe-de-estado-e-de-governo-no-brasil-e-no-mundo/>>. Acesso em: 24 de ago de 2020.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. **O Supremo Tribunal Federal: composição, organização e competências**. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 21, n. 124, p.411-425, Jun/Set, 2019.

ÁVILA, Humberto. “**Neoconstitucionalismo**”: entre a “**ciência do direito**” e o “**direito da ciência**”. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, Jan/Fev/ Mar, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 19. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Editora Globo, 2014.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **25 anos do Real**. Disponível em <<https://www.bcb.gov.br/controleinflacao/25anosreal>>.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Anuário iberoamericano de justiça constitucional 13. P. 17-32. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e transformações do direito constitucional contemporâneo**. Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, v. 3, n. 6, p. 211-252. 2019.

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

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)>.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm).

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm).

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, 1967. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm).

BRASIL. **Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 24 jun 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm#:~:text=Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federa%20l.-,Art.,Par%C3%A1grafo%20C%BAnico.>](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm#:~:text=Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federa%20l.-,Art.,Par%C3%A1grafo%20C%BAnico.>).

BRASIL. **Ato Institucional nº 5**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1968. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm).

BRASIL. **Emenda constitucional nº 80, de 4 de junho de 2014**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 05 jun 2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc80.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc80.htm).

BRASIL. **Emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 31 dez 2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm).

BRASIL. Senado Federal como Órgão Judiciário. **Sentença**. Brasília, 31 de agosto de 2016. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/08/31/veja-a-sentenca-de-impeachment-contra-dilma-rousseff> .

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 34864/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Agte (s): Aldo Litaiff e outros. Agdo (s): Presidente da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. Brasília, 24 de outubro de 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur393278/false>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 26.602/DF**. Relator: Ministro Eros Grau. Impt (s): Partido Popular Socialista-PPS. Impdo (s): Presidente da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. Brasília, 04 de mai 2007. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2513855>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 26.603/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Impt (s): Partido da Social Democracia Brasileira-PSDB. Impdo (s): Presidente da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. Brasília, 04 mai 2007. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2513846>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 26.604/DF**. Relator: Ministro Cármen Lúcia. Impt (s): Democratas. Impdo (s): Presidente da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. Brasília, 04 mai 2007. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2514122>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 943/DF**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Impt (s): Raimundo Nonato de Almeida. Impdo (s): Companhia Vale do Rio Doce. Brasília, 12 jan 2009. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2659459>>.

BRASIL. **Lei nº 12.506, de 11 de outubro de 2011**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 13 out 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112506.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112506.htm)>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 4.733/DF**. Relator: Ministro Edson Fachin. Impt (s): ABGLT. Impdo (s): Congresso Nacional. Brasília, 10 mai 2012. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>>.

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 9 jan 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm)>.

BRASIL. Senado Federal. Resolução n 35, de 2016. Dispõe sobre sanções no Processo de *impeachment* contra a Presidência da República Dilma Vana Rousseff, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 ago. 1992. Seção 1, p. 1.



BRASIL. Senado Federal. Resolução n 101, de 1992. Dispõe sobre sanções no Processo de *impeachment* contra o Presidência da República Fernando Affonso Collor de Mello, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 dez. 1992. Seção 1, p. 18975.

BRASIL. Congresso Nacional. Decreto Legislativo n. 6, de 2020. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar n° 101, de 4 de maio de 2000m a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem n° 93, de 18 de março de 2020. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 mar. 2020. Edição 55-C, Seção 1-Extra, p. 1.

CAETANO, Joana. **Oliver Cromwell: O Braço de Deus, O Punho do Exército**. E-topia: Revista Eletrônica de Estudos sobre Utopia, n. 14, 2013.

CALAZANS, Paulo Murillo. **Marbury vs. Madison: um breve exame histórico, político e jurídico**. Âmbito Jurídico, 2016. Disponível em: <[https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/marbury-vs-madison-um-breve-exame-historico-politico-e-juridico/#\\_ftn90](https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/marbury-vs-madison-um-breve-exame-historico-politico-e-juridico/#_ftn90)>.

CÂMARA DOS DEPUTADOS e SENADO FEDERAL. **30 anos da Constituição**. 2018. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/agencia/infograficos-html5/constituinte/index.html>>.

CAMARGO, Beatriz Chagas. **A separação dos poderes e os freios e contrapesos na Constituição de 1988: A atuação do Poder Judiciário**. São Paulo: Fundação Mário Soares Gradiva Publicações: 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria das constituições**. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNEIRO, André Corrêa de Sá; DOS SANTOS, Luiz Claudio Alves; DA NÓBREGA NETTO, Miguel Gerônimo. **Curso de regimento interno da Câmara dos Deputados**. Edições Câmara. Brasília, ed. 5. 2019.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Processo Legislativo Constitucional**. 4. Ed. Salvador. JusPodivin. 2020.

CIRÍACO Patrícia Karinne de Deus. **O debate sobre a separação dos poderes: uma análise crítica do ativismo judicial.** Coimbra: Universidade de Coimbra, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes.** São Paulo: Saraiva, 1996.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado.** São Paulo: Saraiva, 2011.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa pragmatismo jurídico-político.** São Paulo, Método, 2006.

EUA. Constituição dos Estados Unidos da América (1787). **The Constitution of the United States: A Transcription.** Transcrito por Jacob Shallus. 1787. Disponível em:<  
<https://www.archives.gov/founding-docs/constitution-transcript>>.

FERRAZ Jr, Tercio Sampaio. **O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?** Revista USP, São Paulo, n. 21, p. 12-21, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça.** Revista direito administrativo, Rio de Janeiro, v. 198, p. 1-17, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo.** São Paulo: Saraiva, 2003.

GARAPON, Antonie. **O guardador de promessas: Justiça e democracia.** Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GOMES, Fábio, Guedes. **Conflito social e *welfare state*: Estado de desenvolvimento social no Brasil.** Revista de Administração, v. 40, n. 2, p. 201-236, 2006.

GOUVEIA, Daniel Otávio Genaro e AMARAL, Sérgio Tibiriçá. **Organização dos poderes e suas funções típicas e atípicas segundo a Constituição Federal de 1988.** ETIC-Encontro de Iniciação Científica, v. 4, n. 4, 2008.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editos, 1998.

JUNIOR, Américo Bedê. **Constitucionalismo sob a ditadura militar de 64 a 85**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 50, n. 197, p. 161-174, jan./mar. 2013.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José de Souza Brito e José António Veloso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.

LYNCH, Christian Edward Cyril. **O poder moderador na constituição de 1824 e no anteprojeto Borges de Medeiros de 1933**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 47, n. 188, p. 93-111, out/ dez. 2010.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo civil**. São Paulo, Martins Fontes, 1998.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **O Federalista**. Tradução de Leônidas Gontijo de Carvalho e outros. São Paulo: Abril Cultura, 1979.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria dos princípios e função jurisdicional**. Revista De Investigações Constitucionais. Curitiba, v. 5, n. 2, mai./ago. 2018, p. 135-164.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **Separação de poderes De doutrina liberal a princípio constitucional**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 45, n. 178, abr. / jun. 2008, p. 195-205.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed. 1997.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Claret, 2010.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. **As relações entre Legislativo, Ministério Público e Executivo no contexto da Constituição de 1988**. Revista Controle, v. VII, n. 2, dez. 2009.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. **Ativismo judicial, moderação e o “minimalismo judicial” de Cass Sunstein**. [S.I], [s.n], 2015. Disponível em:

<[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/campos/claudio\\_ladeira\\_de\\_oliveira.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/campos/claudio_ladeira_de_oliveira.pdf)>. Acesso em 24 mai. 2019.

OMMATI, Fides. **Dos freios e contrapesos entre os Poderes do Estado**. Revista de Informação legislativa, ano 14, n. 55, 1977.

PONTUAL, Helena Daltro. **Constituições brasileiras**. Agência Senado, Seção Notícias. Glossário Legislativo. [sd]. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/constituicoes-brasileiras>>. Acesso em: 20 out. 2019.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIALS, Stéphane. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Hachette, Paris, 1988.

SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. **Separação de Poderes: evolução até a Constituição de 1988 – Considerações**. Revista Informação Legislativa, Brasília, v. 29 n.115, p.209-218 jul. /set, 1992.

SARMENTO, Daniel. **21 anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a experiência constitucional brasileira sob a Carta de 1988**. DPU n. 30, p.7-41, Nov. /Dez. 2009.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: Limites da atuação do Poder Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TAVARES, José Giusti. **Sistemas eleitorais e federação no Brasil**. Rio de Janeiro: Relume Dumará. 2002

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – volume I**. Editora Forense, Rio de Janeiro, v.1. 2019

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Tradução de J.A.G. Albuquerque. São Paulo: Abril Cultura, 1979.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL. **Índice de percepção da corrupção 2018**. 2019. Disponível em: <<https://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/>>.