

SEMINARIO INTERNACIONAL EN CULTURA DE LA LEGALIDAD: “LOS DESAFÍOS DEL ESTADO DE DERECHO EN EL SIGLO XXI”

El Seminario Internacional en Cultura de la Legalidad: “Los Desafíos del Estado de Derecho” ha sido organizado por el **Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia** (GIDYJ) de la Universidad Carlos III de Madrid, en el marco de las actividades del proyecto [New Trust-cm Programa Interuniversitario en Cultura de la Legalidad \(S2015/HUM-3466\)](#) financiado por la Consejería de Educación, Juventud y Deporte de la Comunidad de Madrid.

El programa completo del Seminario está disponible en www.derechoyjusticia.net

Las **comunicaciones** aquí recogidas fueron presentadas el día 13 de febrero de 2017 con motivo del I Seminario Internacional en Cultura de la Legalidad: “Los desafíos del Estado de Derecho en el siglo XXI”, celebrado en el campus de Getafe de la Universidad Carlos de Madrid bajo la dirección de María José Fariñas Dulce.

Las comunicaciones están disponibles en: <https://hdl.handle.net/10016/25562>



O PARADIGMA DA CRISE NO SISTEMA DE SEPARAÇÃO DE PODERES BRASILEIRO – O ATIVISMO JUDICIAL

THE PARADIGM OF CRISIS IN THE BRAZILIAN POWERS SEPARATION SYSTEM - JUDICIAL ACTIVISM

Dhiogo Raphael Anoíz

Universidade Autónoma de Lisboa (UAL)

William Raffael Pires Furlán

Centro Universitário Dinâmica das Cataratas

RESUMO

O trabalho tem como escopo a análise a respeito da atual crise institucional brasileira, decorrente da confusão quanto aos limites dos poderes constituídos da República Federativa do Brasil: Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário, considerando a sistemática constitucional de separação, tecendo considerações sobre os critérios de independência e harmonia entre os mesmos. A atuação protagonista do Poder Judiciário quanto à deflagração de operações contra a corrupção e o setor político, aliado às decisões do Supremo Tribunal Federal com relação as ações do Poder Legislativo induzem a um ativismo do Poder Judiciário, ultrapassando os limites de sua função típica de jurisdição e invadindo a seara da atividade legiferante constitucionalmente reservada ao Poder Legislativo. Para tanto, parte-se de uma breve análise a respeito do próprio conceito do sistema da separação dos poderes como instrumento de limitação do poder do Estado, desde de uma visão rudimentar no pensamento filosófico clássico até o estágio atual, tecendo contextualização com as decisões de maior relevância no ordenamento brasileiro, àquelas advinda do Supremo Tribunal Federal. A conclusão apresenta os prejuízos que a atuação descomedida dos poderes constituídos em desacordo com os mandamentos do Poder Constituinte pode acarretar ao Estado Democrático de Direito, além de grave crise institucional de instabilidade e insegurança jurídica, com reflexos diretos na vida do cidadão.

Palavras chave: Democracia, Separação dos Poderes, Ativismo Judicial.

ABSTRACT

The paper analyzes the current Brazilian institutional crisis, due to the confusion about the limits of the powers of the Federative Republic of Brazil: Executive Branch, Legislative Branch and Judicial Branch, considering the constitutional system of separation, Criteria of independence and harmony between them. The protagonist role of the Judiciary in relation to the outbreak of operations against corruption and the political sector, together with the decisions of the Federal Supreme Court in relation to the actions of the Legislative Power, induce an activism of the Judiciary Power, beyond the limits of its typical function of jurisdiction and invading the harvest of legally constitutive activity reserved to the Legislature. In order to do so, a brief analysis is made of the very concept of the system of separation of powers as an instrument of limitation of state power, from a rudimentary view of classical philosophical thought to the present stage, weaving contextualization with the decisions of Greater relevance in the Brazilian order, to those coming from the Federal Supreme Court. The conclusion presents the damage that the excessive performance of the powers constituted in disagreement with the Constitutional Powers may lead to the Democratic State of Law, in addition to a serious institutional crisis of instability and legal uncertainty, with direct repercussions on the life of the citizen.

Keywords: Democracy, Separation of Powers, Judicial Activism.

SUMÁRIO

1. SEPARAÇÃO DOS PODERES: UMA BREVE ANÁLISE HISTÓRICA	4
2. O PODER JUDICIÁRIO: O JULGADOR POR EXCELÊNCIA NO MUNDO CONTEMPORÂNEO.....	7
3. O PODER JUDICIÁRIO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA: O PODER E SEU LIMITE.....	9
4. O ATIVISMO JURÍDICO: A CRISE DE PARADÍGMA NO DIREITO BRASILEIRO – O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	11
5. CONCLUSÃO.....	16
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	18

1. SEPARAÇÃO DOS PODERES: UMA BREVE ANÁLISE HISTÓRICA

Nesta quadra da história, onde as certezas deixam de resguardar a característica da solidez de outrora, não apenas o campo da sociologia e filosofia são colocados a prova, mas também as até então sólidas bases do direito parecem se fragmentar sob a pressão das ondas desta *modernidade líquida*¹.

Não é novidade que os poderes capazes de influenciar e afetar diretamente a vida da coletividade não podem ficar concentrados nas mãos de um único indivíduo, seja qual for a justificativa. Aristóteles² já propunha na obra *A Política* a condição para que um governo se desenvolva bem está ligado à separação de funções. Em suas palavras:

Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas. O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição.

Em que pese o pensamento organizacional de Aristóteles, a respeito das funções do Estado, André Trindade³ pondera que não havia propriamente uma ideia de desconcentração, mas apenas uma divisão funcional que se mantinha concentrada junto ao soberano, onde as funções eram delimitadas em elaboração de normas, aplicar as referidas normas em casos concretos e solucionar conflitos derivados da aplicação da norma.

Como se observa, a limitação do poder na lógica aristotélica não existia de fato, pois o poder se mantinha com o soberano. Nesse sentido, André Trindade⁴ aduz que: (“Somente no século XVIII é que o francês Charles de Montesquieu, com sua obra *Do Espírito das Leis*, afirma que a doutrina política do Estado deve possuir três funções distintas (administrativa, legislativa e judiciária)”).

Dentro desse diagrama histórico, é apontado que a Revolução Francesa se consubstanciou no marco de expressão do nascimento da teoria contemporânea da separação dos poderes,

¹ Uma singela homenagem a Zygmunt Bauman.

² ARISTÓTELES *A Política*. São Paulo, Marin Claret, 2006. p. 87.

³ TRINDADE, André Fernando Reis. *Manual de direito constitucional*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 168.

⁴ *Ibidem*

porém para Luiz Lênio Streck e Fábio de Oliveira⁵, diante da análise de eventos que a antecederam, apontam que as aspirações sobre a imposição de limites aos governos absolutistas já vinham se espalhando pela Europa moderna do século XVII:

Em que pesem as referências corriqueiras a John Locke e a Montesquieu, o segundo ainda mais citado do que o primeiro, como elaboradores da doutrina da separação de poderes, órgãos e funções, e sem embargo da primazia destes pensadores, paradigmas na formulação da ideia, a noção da divisão orgânico-funcional da estrutura e das atividades do Estado remonta, em especial, à Grã-Bretanha do século XVII, associada, umbilicalmente, a compreensão de *rule of law*.

Tal movimento culminou com a ascensão ao trono de Guilherme de Orange, e na sequência, o *Bill of Rights*, marco da implantação da monarquia constitucional. Conforme destacam os autores, a separação dos poderes surgiu como: (“mecanismo que nasce contra o poderio absoluto, incontido, em combate ao arbítrio, a favor do controle, da limitação do poder, em salvaguarda da liberdade, técnica a bem da racionalidade estatal⁶”).

Pontue-se, com Norberto Bobbio⁷, que as “monarquias constitucionais” ou “governos mistos”, embora possuíssem em si a separação orgânico-funcional, não se configurava no modelo típico da separação dos poderes como viria a se consolidar posteriormente. Utilizando-se do pensamento de Hegel, constata que as monarquias moderadas (“não são os típicos da doutrina da separação dos poderes e falta ali, comocada um pode ver, o poder judiciário”).

Embora neste contexto Hegel não use a expressão Governo misto, a ideia é clara. Aliás, num curso posterior realizado nos anos de 1824-1825, na passagem correspondente, Hegel explica que a "Constituição racional" (por "Constituição racional" entende a Constituição da monarquia constitucional) é a "Constituição mista".

Com a ebulição da Revolução Francesa, imbuída do pensamento liberal propugnado por John Locke, cria-se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, com o ideal de garantir a igualdade entre os homens, repelindo questões corriqueiras de abuso de poder.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 142.

⁶ *Ibidem*

⁷ BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, GianFranco. *Dicionário de Política*. 11ª ed. Brasília: UNB, 1998, p. 559.

Os ecos da revolução ocorrida na França do Século XVIII se propagaram por todo o mundo ocidental, vindo a florescer do outro lado do oceano, com a Constituição americana de 1787, já calcada em ideias iluministas. Mas como assevera Emerson Penha Malheiro⁸ a própria França tratou de aplicar em seu sistema jurídico tais preceitos:

No dia 26 de agosto de 1789, a Assembleia Nacional Constituinte da França aprovou-a, tendo sido votada definitivamente em 2 de outubro do mesmo ano. Com 17 artigos e um preâmbulo de ideais libertários e liberais, proclamou as liberdades e os direitos fundamentais do homem. O seu objetivo foi universalizar os princípios de liberdade, igualdade e fraternidade. Prega um Estado laico, o direito de associação política, o princípio da reserva legal, da anterioridade e do estado de inocência, além da livre manifestação do pensamento.

Malgrado a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão não tenha sido, do ponto de vista cronológico, o primeiro documento histórico a impor limites ao poder absolutista, é, sem dúvida, o escrito de maior relevância. Neste sentido, aduz Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁹: (“Ademais, nenhuma outra a ela se compara no seu universalismo: enuncia direitos do ser humano como tal, direitos derivados da natureza humana – direitos naturais”).

A análise a partir da reconstrução histórica do princípio da separação dos poderes aponta os anseios pela liberdade e proteção do indivíduo contra os arbítrios do detentor do poder, e conduz a sociedade ocidental da era moderna à construção de instrumentos de contenção da tirania, sendo certo que a desconcentração de poderes das mãos do soberano representa conquista irrevogável no atual estágio civilizatório. Quanto mais contido o Estado, mais livre será o indivíduo.

Nesta separação, cada função primordial foi distribuída entre diferentes órgãos estatais, de modo que a atuação conjunta, porém independente, trouxesse um equilíbrio político e social. Em um mundo das ideias, o sistema funcionaria tal qual a um relógio, cada ente realizando as atribuições que lhes compete: o Parlamento criando o direito através de sua função legiferante; o Poder Executivo, executando-as e implementando as políticas públicas em benefício da população; e o Poder Judiciário fazendo-se cumprir a lei e o ordenamento jurídico tal qual proposto pelo primeiro Poder.

⁸ MALHEIRO, Emerson Penha. *Curso de Direitos Humanos*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 12.

⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 89.

Na prática, contudo, a relação harmônica e independente entre os Poderes começa a apresentar sinais de fadiga. A omissão dos governantes na implementação e promoção dos direitos sociais tem sobrecarregado o Poder Judiciário, levando-o a assumir um papel de provedor substituto, uma espécie de legislador negativo, tentando de forma improvisada, substituir as ausências de ações do legislador constituído.

2. O PODER JUDICIÁRIO: O JULGADOR POR EXCELÊNCIA NO MUNDO CONTEMPORÂNEO

Nas sociedades ocidentais, não há indicações que apontem para uma inexistência de um Poder encarregado de aplicar a lei e preservar o ordenamento jurídico, de modo a garantir ao cidadão o pleno exercício de seus direitos, partindo da premissa que seria demagogia a criação de Direitos, sem mecanismos para sua aplicabilidade prática.

O Poder Judiciário é, portanto, indispensável ao estado de direito. Porém, sem independência para o exercício da função que lhe compete, sua existência se torna vã. Quando da publicação da obra *O Espírito das Leis*, Montesquieu¹⁰, realiza profunda reflexão no sentido de que não há falar em liberdade e garantias aos indivíduos, se não houver um órgão julgador e que seja independente, pois segundo ele: (“não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo”).

Ainda, se estivesse junto com o Legislativo: (“o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor”).

O pensamento iluminista reflete a necessidade irrefreável de se eleger não apenas um responsável pela aplicação da lei e pela tutela dos direitos dos indivíduos, mas, sobretudo, estabelecer quem o faça assegurando, ao mesmo tempo, que o desempenho desta função se desenvolva de forma independente e imparcial.

As Constituições que sobrevieram, via de regra, buscam estabelecer de forma clara e objetiva o atributo da independência do Poder Judiciário, sendo que ante ao corte estabelecido nesse trabalho, destaca-se as ibéricas e a brasileira.

¹⁰ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 170.

A Constituição espanhola de 1978 trata do Poder Judiciário no seu Título VI (arts. 117 a 127) e do Tribunal Constitucional no Título IX (art. 159 a 165), cada qual com suas competências específicas. Seu artigo 117, n.1, estatui que a Justiça emana do povo e se administra em nome do rei por juízes e magistrados integrantes do Poder Judiciário, independentes, inamovíveis, responsáveis e submetidos unicamente ao império da lei¹¹. Nota-se a presença dos atributos que conferem liberdade ao ente: a independência e inamovibilidade.

Da mesma forma a Constituição da República Portuguesa, de 1976, em seu artigo 202º, n.2, declara que, na administração da justiça, incumbe aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados e, em seguida, em seu artigo 203, garante sua independência¹².

O poder constituinte brasileiro, ao editar a Constituição Federal de 1988, tratou de estabelecer como princípio fundamental da República, logo nos primeiros artigos, a independência e harmonia entre os três poderes, dentre os quais, o judiciário¹³: (“Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”).

Vê-se, portanto, a imprescindibilidade de um órgão autônomo, desvinculado do Poder Executivo e do Poder Legislativo, a quem seja incumbida a atividade de julgar, de forma livre e imparcial.

Com a divisão das funções do estado, o Poder Judiciário, indispensável ao estado de direito, exerce função substancial na manutenção do equilíbrio do Estado, nas palavras de Zulmar Fachin¹⁴: (“A trilogia Constituição-Direito-Democracia deve ser garantida pelo Poder Judiciário. Eis uma função a ser exercida por todos os seus magistrados”).

¹¹ FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito Constitucional Comparado*. 5ª ed. Belo Horizonte: Delrey, 2015, p. 26.

¹² Artigo 203º: Os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei.

¹³ Artigo 2º: São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

¹⁴ FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Forense, 2015.p. 1232.

3. O PODER JUDICIÁRIO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA: O PODER E SEU LIMITE

O Poder Judiciário encontra espaço na configuração política do Brasil desde a Constituição Política do Império do Brasil, de 1824¹⁵, onde era definido no Título 6º, do artigo 151¹⁶ ao artigo 164. Contudo, a Constituição Federal de 1988 atribuiu-lhe um papel que até então não outorgara nenhuma outra Constituição, conforme traz Gilmar Ferreira Mendes¹⁷, a Carta Magna de 1988 conferiu (“autonomia institucional, desconhecida na história de nosso modelo constitucional e que se revela, igualmente, singular ou digna de destaque também no plano do direito comparado”).

Em que pese a existência de uma legislação infraconstitucional própria visando tratar da organização do Poder Judiciário brasileiro, André Ramos Tavares¹⁸ aduz que: (“O regime jurídico da Magistratura, seja suas garantias, seja o conjunto específico de direitos dos magistrados, seja os deveres, têm assento direto na Constituição, assim como ocorre com os direitos judiciais fundamentais e com toda discussão em torno de um Estado de Direitos com realizabilidade judicial”).

Ao mesmo tempo em que a Constituição Federal Brasileira estabelece o Poder Judiciário e suas garantias institucionais, limita-o em seus poderes, ao estabelecer o sistema de separação dos poderes e sua harmonia recíproca e os direitos fundamentais, individuais e coletivos, do cidadão, conforme de conclui da apreciação do próprio dispositivo constitucional: (“Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”).

A atuação do Poder Judiciário na tutela dos direitos não é apenas um poder, mas também um dever inafastável, imposto por pela dicção trazida no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal brasileira, no sentido de que (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”).

¹⁵ BRAZIL, Constituição Política do Império do Brasil (Revogada): Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. [02 de fev. de 2017].

¹⁶Art. 151. O Poder Judicial independente, e será composto de Juizes, e Jurados, os quas terão logar assim no Cível, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Codigos determinarem.

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1316.

¹⁸ TAVARES, André Ramos. *Manual do poder judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 111.

Dentro do cotejo histórico e evolutivo, destaca Luiz Guilherme Marinoni¹⁹ a respeito do princípio da proteção jurisdicional do direito que (“as Constituições de 1824, 1891, 1934 e 1937 não expressaram normas com semelhante conteúdo. O princípio da proteção jurisdicional apenas foi constitucionalizado em 1946”).

A Constituição brasileira trata de forma diferenciada a questão da função do Tribunal Constitucional, sendo que no ordenamento brasileiro, há uma cumulação de funções, posto que o múnus de guardião da Constituição está a cargo do Supremo Tribunal Federal, parte integrante do Poder Judiciário.

As experiências que ocorrem em outros países, a exemplo da Espanha, diferem na divisão de atribuições dentro do próprio Poder Judiciário, entre uma Suprema Corte e um Tribunal Constitucional, funções que no Brasil foi atribuída, nos termos do artigo 102 da Constituição Federal ao Supremo Tribunal Federal, posto do disposto no próprio texto constitucional: (“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”).

Ainda, detém a capacidade de fazer um controle de constitucionalidade de forma definitiva e, muitas vezes, vinculante, em que pese a possibilidade de controle difuso por todos os órgãos judiciais, em clara adoção do sistema misto de controle de constitucionalidade, conforme leciona Elival Silva Ramos²⁰:

O sistema de fiscalização jurisdicional brasileiro se mostra efetivamente misto, combinando o controle incidental, em que a questão constitucional consubstancia uma prejudicial (lato sensu) ao exame de mérito, com o controle principal, em que a resolução da questão constitucional consiste no próprio objeto do processo.

Erigido como guardião da Constituição e, por conseguinte, dos direitos e garantias individuais e coletivas dos cidadãos, somado às deficiências apresentadas pelo Poder Legislativo na regulamentação de direitos e pelo Poder Executivo em sua concretização, acaba por assumir papel que não lhe pertence: a de compensador das omissões de políticas públicas.

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 358.

²⁰ RAMOS, Elival Silva. *Controle de Constitucionalidade no Brasil - perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 250.

É neste ponto crepuscular, nesta linha tênue entre aplicar e resguardar o direito e protagonizar a execução de funções constitucionalmente disposta a outros entes, é que reside a controvérsia sobre o ativismo judicial.

4. O ATIVISMO JURÍDICO: A CRISE DE PARADÍGMA NO DIREITO BRASILEIRO – O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A dificuldade conceitual acerca do ativismo judicial surge paralelamente ao seu estudo, ao passo que na doutrina norte-americana, chega a ser tratado como pejorativo, tendo como base uma extirpação de função seja executiva, seja legislativa praticada por juízes ou cortes judiciais.

O ativismo judicial não é um tema novo no direito comparado. O primeiro uso do termo, como aponta a doutrina norte-americana, foi feito pelo historiador estadunidense Arthur Schlesinger Jr, em artigo intitulado *The Supreme Court*, publicado na revista *Fortune*, em 1947, conforme Carlos Alexandre Azevedo Campos²¹:

Schlesinger apresentou o termo “ativismo judicial” exatamente como oposto à “autorrestrrição judicial”. Para o autor, os juízes ativistas substituem a vontade do legislador pela própria porque acreditam que devem atuar ativamente na promoção das liberdades civis e dos direitos das minorias, dos destituídos e dos indefesos, “mesmo se, para tanto, chegassem próximo à correção judicial dos erros do legislador”. Ao contrário, os juízes “campeões da autorrestrrição judicial” têm visão muito diferente a respeito das responsabilidades da Corte e da natureza da função judicial: a Suprema Corte não deve intervir no campo da política, e sim agir com “deferência à vontade do legislador”.

No Brasil a discussão sobre o ativismo judicial é relativamente nova, e segundo Carlos Alexandre Azevedo Campos²²: (“está ligada à ascensão institucional do Poder Judiciário e, destacadamente, do Supremo Tribunal Federal, fenômenos vinculados à promulgação da Constituição de 1988”).

²¹ CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 56.

²² CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 59.

Para Lênio Streck²³, assíduo crítico da posição de personagem principal assumida pelo Poder Judiciário no século XX, lembra, a respeito do próprio conceito semântico do termo, que no campo jurídico a expressão de protagonismo judicial é (“empregada para designar o juiz como a personagem que ocupa posição central no cenário do Estado Constitucional de Direito”).

Se a ideia inicial para evitar a tirania era exatamente fracionar o poder soberano em funções distintas, funcionando como verdadeiros campos gravitacionais da democracia representativa, onde um controlaria e fiscalizaria a função um do outro.

O fenômeno do ativismo judicial seria o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento. Segundo Elival Silva Ramos²⁴ ataca a própria estrutura estatal: (“o fenômeno golpeia mais fortemente o Poder Legislativo, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas.

Assim, esse deslocamento do balanceamento entre os poderes, poderia gerar uma desordem social, ao passo que da mesma forma não era possível no seu primórdio conceber uma vinculação entre Judiciário e Executivo, atualmente qualquer extrapolação das funções estatais traria descompasso ao sistema.

Conforme Carlos Alexandre Azevedo Campos²⁵: (“O núcleo comportamental do ativismo judicial é a expansão de poder decisório que juízes e cortes promovem sobre os demais atores relevantes de uma dada organização sociopolítica e constitucionalmente estabelecida”).

Em situações delicadas, porém de relevância a sociedade brasileira, o Supremo Tribunal Federal vem adentrando em esfera legiferante ao reconhecer em casos concretos a necessidade de aplicação de efeitos *erga omnes*, em justificativa de resolução de colisão de direitos fundamentais.

²³ STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André. *Os Modelos de Juiz: Ensaios de Direito e Literatura*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 36.

²⁴ RAMOS, Elival Silva. *Controle de Constitucionalidade no Brasil - perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 131.

²⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 132.

Quando da análise da possibilidade de interrupção de gravidez de fetos anencefálicos, houve a mensuração e utilização de sobreposição do *mens legis* ao conflito de normas, prevalecendo o princípio (ressalta-se que estampado da norma constitucional), podendo ser chamado de norma-princípio da dignidade da pessoa humana.

Em voto proferido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54²⁶, o Ministro Cezar Peluso sintetizou a problematização, contudo, assumindo o papel de protagonismo judicial naquele caso:

Seguindo o ponto de vista da discussão apresentada no segundo argumento, inclui-se na discussão a relação da liberdade e do direito de ser defendido com a função da jurisdição constitucional, por um lado, e a preservação do princípio da vontade do legislador, por outro. Mais uma vez, somar a vontade do legislador à necessidade de defesa do feto anencefalo não altera as razões argumentativas favoráveis à liberdade da mulher neste caso. A postura interventiva do Estado viola, como já diversas vezes observado, direitos fundamentais da gestante, enquanto esse tipo de ação não garante a realização da vontade do legislador nem a separação dos poderes.

Para José Joaquim Gomes Canotilho²⁷, que se manifesta levantando sérias preocupações com relação ao ativismo, sobretudo ao tratar a respeito da busca do Poder Judiciário para obter uma compensação das omissões das políticas públicas quanto à concretização dos direitos sociais: (“além de se limitarem a sentenças casuísticas — sobretudo no âmbito de prestações de saúde — falta-lhes legitimidade para a apreciação político-judicial das desconformidades constitucionais das políticas públicas”).

Acerca da legitimidade, ponto de toque da crítica ao ativismo judicial, pois este se maquia de ser a solução para a apatia dos seus poderes consortes, mas as palavras de Lênio Streck²⁸ são assertivas: (“Como venho referindo em vários livros e textos, os tribunais e o STF

²⁶ ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencefalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.(ADPF 54, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013 RTJ VOL-00226-01 PP-00011)

²⁷ CANOTILHO José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Gonçalves; CORREIA, Erica Barcha. *Direitos fundamentais sociais*. 2ª ed.São Paulo: Saraiva, 2015. p. 35.

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. *O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?* Conjur, 2013. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. [18 de jan. de 2017].

fazem política quando dizem que não fazem; eles fazem ativismo quando dizem que não fazem; e judicializam quando sustentam não fazer”).

A questão se mostra novamente evidenciada nas razões expostas no voto do Ministro Luis Roberto Barroso no Habeas Corpus nº HC 124306 MC-Extn/DF²⁹, outrora advogado na ADPF n. 54, acerca da atipicidade da conduta do crime de aborto³⁰, fica evidente a justificativa de uma supremacia, ou melhor, ativismo pragmático do Supremo Tribunal Federal às mazelas da sociedade, inclusive, interpretando os pensamentos do legislador originário:

Os direitos fundamentais vinculam todos os Poderes estatais, representam uma abertura do sistema jurídico perante o sistema moral e funcionam como uma reserva mínima de justiça assegurada a todas as pessoas. Deles resultam certos deveres abstenção e de atuação por parte do Estado e da sociedade. Após a Segunda Guerra Mundial, os direitos fundamentais passaram a ser tratados como uma emanção da dignidade humana, na linha de uma das proposições do imperativo categórico kantiano: toda pessoa deve ser tratada como um fim em si mesmo, e não um meio para satisfazer interesses de outrem ou interesses coletivos. Dignidade significa, do ponto de vista subjetivo, que todo indivíduo tem valor intrínseco e autonomia.

Característica essencial dos direitos fundamentais é que eles são oponíveis às maiorias políticas. Isso significa que eles funcionam como limite ao legislador e até mesmo ao poder constituinte reformador (CF, art.60, § 4º). Além disso, são eles dotados de aplicabilidade direta e imediata, o que legitima a atuação da jurisdição constitucional para a sua proteção, tanto em caso de ação como de omissão legislativa.

Sem entrar na esfera de legitimidade, pois partindo do pensamento Immanuel Kant, a soberania estatal é base do Estado Democrático de Direito, e, no ordenamento brasileiro, a manifestação do povo se dá através de sufrágio universal, na forma do artigo 14 da Constituição Federal: (“Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante”).

Ainda, sem questionar, os fatores políticos que envolvem o Supremo Tribunal Federal, onde as indicações dos Ministros seguem a ideologia política do chefe do Poder Executivo,

²⁹ (HC 124306 MC-Extn, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 27/06/2015, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-151 DIVULG 31/07/2015 PUBLIC 03/08/2015)

³⁰ Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

sendo algumas escolhas duvidosas, posto que o critério eleito pelo ordenamento é o binômio “notório saber jurídico” e “conduta ilibada” na forma do artigo 101 da Constituição Federal³¹.

A questão cerne é o efeito que pode gerar no ordenamento brasileiro o agigantamento das ações do Poder Judiciário, frente a resiliência e estabilidade do Estado Democrático de Direito, como um movimento pendular descrito metaforicamente por Michel Foucault, que por ora tem levado as decisões a um caráter liberal em alguns casos (aborto, células-tronco) e retrógrado quando da revisão da interpretação do princípio da presunção de inocência, ao aplicar penas a partir de decisão de segunda instância.

O enfoque dado pela Corte Constitucional brasileira, com sua forte influência política, aliado ao texto constitucional altamente princípio lógico, com normas passíveis de processos de interpretação hermenêuticas e conclusões diversas a partir do mesmo caso concreto são os ingredientes para o movimento instaurado. Eival Silva Ramos³² aduz que:

As normas parâmetro utilizadas pela Corte Constitucional (em sentido amplo) para apurar a validade da legislação fiscalizada são, em larga medida, máxime em sede de constitucionalidade material, normas-princípio, cuja formulação textual fluída permite ao órgão de controle maior liberdade de ação no exercício de sua função hermenêutico-concretizadora.

Há, evidente caráter valorativo nas normas discutidas, posto que se tratam de normas-princípios, comportando argumentações decorrentes de posicionamentos sociais ou políticos previamente existentes no âmago dos Ministros, repassados ao voto e consequente interpretação do Texto Constitucional.

Se a ideia da separação de das funções estatais cunhada na história, e, florescida na obra de Montesquieu, o Brasil tem por nutrir uma quimera³³ jurídica, que com o passar das decisões tem desenvolvido a capacidade de, inclusive, leitura de pensamentos, pois tem aplicado

³¹ Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

³² RAMOS, Eival Silva. *Controle de Constitucionalidade no Brasil - perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 293.

³³ Ser mitológico geralmente representado com um corpo híbrido entre leão, cabra e serpente ou dragão. "quimera", in *Dicionário Priberam da Língua Portuguesa* [em linha], 2008-2013, <https://www.priberam.pt/dlpo/quimera> [consultado em 01-02-2017].

normas com base no mens legis do Constituinte Originário, destoando do texto escrito e estampado na norma suprema do Estado brasileiro.

5. CONCLUSÃO

Ao passo da evolução da organização humana em sociedade, surgiu a necessidade de limitar os poderes do Estado frente ao particular, em especial para impedir a ocorrência de desmandes ou abusos quando da alternância ideológica dos governantes, premissa da democracia.

Com o florescer da Revolução Francesa e os ideais iluministas, a ideia de separação das funções estatais derivadas do poder soberano, tendo como expoente a teoria de Montesquieu, se solidificou na maioria dos países democráticos no ocidente do mundo.

No Brasil, de forma histórica existe a separação dos poderes, com a tríade Legislativo, Executivo e Judiciário, porém, essa convivência nem sempre é “harmônica”, como idealizada no sistema vigente.

Atualmente, diante de um cenário de enfraquecimento dos Poderes Legislativo e Executivo, posto do descrédito criado, em sua maioria, por seus próprios integrantes, envolvidos em casos recorrentes de corrupção de uma forma sistêmica, gerou um sentimento de revolta na sociedade de clama por “justiça”, sendo essa executada pelos “heróis de toga”.

Ocorre que o deslocamento das decisões que deveriam ser tomadas em caráter legiferante, em especial pela necessidade de discussão e amadurecimento das demandas, tem migrado para os gabinetes de magistrados que não detém legitimidade para legislar, aplicando seus convencimentos pessoais.

Ainda, a influência exercida pelo próprio Poder Executivo na composição do Supremo Tribunal Federal, onde há indicação direta do Presidente da República, gera uma politização dos seus membros, onde seria possível com a mudança de um ou dois Ministros, a alteração no entendimento da Corte, inclusive, com efeitos vinculantes ou *extunc* acerca de pontos de interesse de determinado grupo político.

O cunho princípio lógico estampado na Constituição Federal, propicia interpretações baseadas em justificativas hermenêuticas diversas para se fundamentar posicionamentos, mescladas com o abuso de modulação de efeitos e abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, gerando insegurança jurídica.

A longo prazo, o receio fundado é que haja uma polarização de poderes na democracia brasileira, ao ponto de que até funções antes típicas do Legislativo ou do Executivo sejam decididas pelo Poder Judiciário, limitando as ações da Administração Pública quanto ao seu objetivo maior que é o bem comum, culminando com crise de representatividade, passível de revolta social, ante que as decisões padecerão de soberania popular.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber Moura; BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ARISTÓTELES *A Política*. São Paulo: Marin Claret, 2006.

BOBBIO, Noberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, GianFranco. *Dicionário de Política*. 11ª ed. Brasília: UNB, 1998.

CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Gonçalves; CORREIA, Erica Barcha. *Direitos fundamentais sociais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Forense, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito Constitucional Comparado*. 5ª ed. Belo Horizonte: Delrey, 2015.

MALHEIRO, Emerson Penha. *Curso de Direitos Humanos*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André. *Os Modelos de Juiz: Ensaios de Direito e Literatura*. São Paulo: Atlas, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. *O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?* Conjur, 2013. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. [18 de jan. de 2017].

TAVARES, André Ramos. *Manual do poder judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRINDADE, André Fernando Reis. *Manual de direito constitucional*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMOS, Elival Silva. *Controle de Constitucionalidade no Brasil - perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.