



FACULDADE EVANGÉLICA DE GOIANÉSIA  
BACHAREL EM DIREITO

**ATIVISMO JUDICIAL E A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES**

DANIEL GOMES DE ALMEIDA

Goianésia – GO

2020

DANIEL GOMES DE ALMEIDA

## **ATIVISMO JUDICIAL E A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade Evangélica de Goianésia (FACEG), em nível de bacharel, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Máisa França Teixeira.

Goianésia – GO

2020

## FOLHA DE APROVAÇÃO

### ATIVISMO JUDICIAL E A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

Goianésia-GO, \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

Banca Examinadora:

Nome Arguidor: _____	Evangélica Goianésia	_____
Assinatura		Nota

Nome Arguidor: _____	Evangélica Goianésia	_____
Assinatura		Nota

Nome Arguidor: _____	Evangélica Goianésia	_____
Assinatura		Nota

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, de maneira igualitária, a todos que de maneira direta ou indireta contribuíram para o sucesso dessa pesquisa.

## RESUMO

A presente pesquisa, intitulada ativismo judicial e a tripartição dos poderes, buscou, dentro dos seus limites, compreender como as ideias políticas do mundo ocidental, especificamente pós-revolução francesa, contribuíram para configuração atual do nosso país e de como influenciados por esses ideais nós seguimos o caminho de Estado democrático de direito adotando um modelo de tripartição dos poderes. Isso se justifica pelo fato de que no decorrer dos últimos anos o poder Judiciário vir ganhado certo protagonismo em relação aos demais poderes. A principal pergunta colocada na pesquisa é: a proatividade do poder judiciário fere de alguma forma os princípios democráticos do Estado brasileiro, em que pese à tripartição dos poderes? O objetivo geral da pesquisa foi analisar quais os impactos do ativismo judicial no âmbito histórico e atual. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica e documental. Através dos resultados obtidos na pesquisa podemos afirmar que o ativismo judicial quando visa proteger direitos e garantias fundamentais é um instrumento importantíssimo na manutenção da democracia. Por outro lado, se age deliberadamente, torna-se obstáculo à ampla representação popular exercida através dos membros dos demais poderes, que foram democraticamente eleitos.

**Palavras chave:** Revolução francesa. Tripartição dos poderes. Judiciário.

## INTRODUÇÃO

O nosso país, no decorrer dos últimos anos, vem sofrendo as consequências de uma prolongada crise política. Fato que começou ganhar maiores proporções durante o processo de impeachment do chefe do poder executivo no ano de 2016. Por ter ligação direta com fatores culturais, morais e sociais, um problema político não consegue absorver em si mesmo as suas consequências, mas espalham-se rapidamente pelas demais camadas da sociedade.

Não por mera coincidência, um fator importante começou a ser notabilizado, em maior escala pelas redes de comunicação, a partir do apogeu da crise política brasileira: o protagonismo do poder judiciário. O que em grande parte se deu pela postura proativa que os membros do excelso tribunal começaram adotar. O que podemos dizer sobre isso? A maior parte das informações que chegam até nos já foram enviesadas por alguma corrente de atribuição do problema. Então o que está acontecendo?

Em meio a um bombardeio de informação e desinformação, ataques e contra-ataques, atribuição e isenção, essa pesquisa surge com a ousada e difícil missão de se pautar pela imparcialidade, para aí sim fazer uma delicada investigação sobre os fatos mais notabilizados nos últimos anos, fazer um filtro de informações, e chegar a resultados confiáveis.

Dessa maneira, a problematização dessa pesquisa se baseia na pergunta: as ações proativas do poder Judiciário, especificamente do STF, são contraditórias aos princípios democráticos do Estado brasileiro, em que pese a tripartição dos poderes?

O objetivo geral da pesquisa foi analisar quais os impactos do ativismo judicial no âmbito histórico e atual, sempre confrontando o cenário contemporâneo com os dados históricos. Como objetivo específico, podemos citar a averiguação de que se as atitudes do Judiciário seriam semelhantes a de um poder moderador.

A metodologia utilizada foi pesquisa bibliográfica e documental, valendo-se de teses, artigos científicos, dissertações e sempre que possíveis livros físicos ou digitais. Destaca-se os autores que foram os pilares desse empreendimento: Montesquieu (2005), Bobbio (1988), Neves (2020), Carvalho (2019), Silva (2020), Moraes (2009), Barroso (2008), Vieira (2019).

A pesquisa foi dividida em três capítulos. No primeiro tópico, “Estado na modernidade”, é abordada a questão de como as ideias e ideais políticos que afloraram na Europa influenciaram a condução política de diversos países do mundo, como foi o caso do Brasil. É colocada também a questão de a revolução francesa ser o principal propagador da ideia de separação e autonomia dos poderes.

No tópico seguinte, “Brasil: qual caminho seguir?”, é analisado como as ideias políticas tratadas no primeiro capítulo se estabeleceram no Brasil. Fato relevante é o de que essas teorias políticas são assimiladas a própria ideia de República. É verificado que a concepção de poderes independentes e autônomos demora a se estabelecer no Brasil, haja vista a fragilidade dos órgãos públicos em grande parte do período republicano.

No último tópico, “tripartição dos poderes: qual é o papel do judiciário?”, tratamos do ponto principal da pesquisa, ou seja, do ativismo judicial como mecanismo com potencialidade prejudicial à democracia. Nesse ponto é feita uma distinção entre ativismo judicial e judicialização da política.

## **1. O ESTADO NA MODERNIDADE**

A organização política/administrativa nunca foi concebida de maneira estática e unânime, pelo contrario, ao passo que a realidade das pessoas é afetada pela dinamicidade imposta pelas mudanças intrínsecas ao tempo, começam a serem conjecturadas novas possibilidades de manutenção da ordem social em face ao caos; como a imaginação torna viável a ação, aquilo que existia apenas no campo das ideias começa a se materializar, adquirindo cada vez mais relevância no meio social.

Desde que foi possível visualizar um conceito razoavelmente preciso sobre o que é o Estado e para qual finalidade, conseguimos constatar que essa entidade passou por diversas transformações ao longo do tempo, tendo suas características definidas por fatores culturais, territoriais e temporais. De um governante a outro, de uma geração a outra, de uma nação a outra, a semelhança pode ficar quase imperceptível; não ha muita semelhança entre um Imperador do Sacro Império Romano Germânico e um Presidente de um país latino, mas ambos são representantes de uma sociedade politicamente organizada. (MALUF; SAHID, 2010)

No mundo moderno, especificamente no mundo ocidental moderno, o Estado Democrático de direito parece ser a moda que pegou, ressalvada as exceções. A ideia de participação popular nas decisões que ditam os rumos da nação, bem como imparcialidade e autonomia das instituições que controlam a engrenagem pública, para muitos é imprescindível para o bem-estar coletivo. (BOBBIO, 2010)

Entender como essa forma de governo se afirmou em face de outras e quais foram os principais eventos, ideias e personagens que permitiram o seu florescimento, parece ser o nosso principal objetivo nesse primeiro momento. Uma vez feito isso poderemos obter um panorama histórico suficientemente útil para respondermos os questionamentos que ainda serão apresentados e debatidos no decorrer da pesquisa.

### **1.1. A Revolução Francesa e o seu legado**

Entender um processo histórico não é tarefa fácil a quem esteja sendo afetado diretamente pelas consequências que a situação emana. Compreender a

dimensão e a proporção de algo que ainda está sendo construído é quase inviável. No máximo, os mais preparados intelectualmente apontam as causas que desencadearam o fato e direcionam as possíveis reações que as ações do momento presente poderão causar futuramente. Tudo com o risco das análises saírem equivocadas, pois como o processo é flexível, algo que parecia certo num determinado momento torna-se impensável em razão de algum acontecimento que determina novos rumos.

Imagine as dificuldades encontradas por um camponês da França do final do século XVIII no período da chamada Revolução Francesa em entender o que realmente estava acontecendo no seu país, em maiores proporções nas grandes cidades francesas, e como isso afetaria de alguma forma sua realidade. Talvez nem os mais bem informados imaginassem a importância que esse período alcançaria historicamente: influenciou de maneira indiscutível a organização político/administrativa de países que se inspiraram nos ideais propagados e defendidos na época, principalmente os países de cultura ocidental, e mudou completamente a relação dos governados com os seus governantes.

Hoje sabemos um pouco mais que os camponeses daquela época e região, graças aos esforços daqueles que lograram compreender e esquadrihar algo que, mesmo hoje, nos impacta diretamente. Séculos de distância desse evento, conseguimos sentir a sua influência nas raízes de nossa estrutura pública. O tempo, e o empenho de muitos, foi precioso para obtermos as informações que temos hoje. (HOBBSAWM, 2014)

A Revolução Francesa (1789-1799), numa definição genérica, foi uma série de atos políticos em caráter revolucionário que tinham como principal objetivo o fim do jugo da monarquia sobre o povo francês. Numa França que sofria as agruras de uma crise política, econômica e social cruel, começam a surgir grupos antagônicos ao rei Luís XVII; o que primeiramente se deu no campo das ideias políticas, e à medida que a crise foi se agravando, essa resistência foi adquirindo um caráter cada vez mais popular, tendo chegado a certos momentos ao radicalismo total, a guilhotina foi o símbolo máximo desde radicalismo político. (BARROSO, 2015).

O rei era duramente criticado por fazer uma administração que desagradava parte da burguesia, como por exemplo, fazendo planos e investimentos econômicos que se mostravam equivocados, que depois eram custeados pela

população francesa por meio de impostos que foram gradualmente aumentando, o que fez com que muitos tivessem as suas possibilidades de sustento inviabilizadas, tamanha era a fatia retirada dos rendimentos particulares para serem usados aprazivelmente nas demandas públicas. Outra crítica que se fazia à administração do rei era a de que este usasse de maneira deliberada o dinheiro dos cofres públicos para fins de sua própria recreação; as atitudes do monarca não caíram bem, em um momento em que o país necessitava de investimento econômico acertado e equilibrado, para que os governados pudessem respirar um pouco aliviados pela confiança de serem governados por alguém sensato. Não é difícil imaginar que a popularidade do rei foi decaindo potencialmente ao longo do seu reinado. ( NEVES, 2020)

Esse embate político e ideológico que foi travado entre os revolucionários e o monarca, fez com que o último, numa tentativa de defender os seu trono e seus privilégios reais, atribuísse a si mesmo cada vez mais poderes sobre as instituições públicas. Dessa forma o poder do rei sobre o povo, que já era consideravelmente grande, começa a se centralizar ainda mais, ápice de um período que ficou conhecido historicamente como absolutismo francês. (NEVES, 2020)

Como uma resposta às tentativas de minar o movimento revolucionário, feitas por parte do rei, para frear o crescimento do poder real que foi ficando cada vez mais centralizado e acabar de vez com o absolutismo consolidado por décadas por vários dos governantes franceses, em 14 de julho de 1789 os rebeldes franceses atacaram a Bastilha de Paris, prisão para onde eram enviados os prisioneiros políticos feitos por ordem do rei. Esse foi o marco inicial de uma série de ações que visavam transformar de uma vez por todas o cenário político francês. Outras atitudes importantes foram tomadas pelos revolucionários através da assembleia nacional constituinte, entre agosto de 1789 a 1792, como a retirada de privilégios reais. (CARVALHO, 2019).

O período revolucionário francês ainda figurou vários momentos marcantes, mas no final não alcançou o êxito que foi almejado pelos insurgentes que deram início ao movimento. Pouco tempo depois, Napoleão se estabeleceu como imperador da França, dando fim ao sonho daqueles que ao longo da revolução almejavam transformar o país numa República alicerçada pelos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. (CARVALHO, 2019).

Se os ideais da revolução não conseguiram se materializar imediatamente na forma de condução política do país, por outro lado serviram alicerce para várias nações que nela se espelharam. Ela consolidou os ideais republicanos em face aos ideais monarquistas, criou um modelo de representatividade popular, que hoje se convencionou chamar de democracia representativa, além da conquista de vários direitos sociais que possibilitaram que o homem tivesse como direito viver com dignidade.

O historiador Hobsbawm (2014, p. 98) sintetiza bem o legado histórico deixado pelos revolucionários:

[...] a França que fez suas revoluções e a elas deu suas ideias, a ponto de bandeiras tricolores de um tipo ou de outro terem-se tornado o emblema de todas as nações emergentes [...]. A França forneceu o vocabulário e os temas da política liberal e radical-democrática para a maior parte do mundo. A França deu o primeiro grande exemplo, o conceito e o vocabulário do nacionalismo. [...] A ideologia do mundo moderno atingiu as antigas civilizações que tinham até então resistido às ideias europeias inicialmente através da influência francesa. Essa foi a obra da Revolução Francesa.

Mas dentre os legados deixados pela Revolução Francesa, um ganha um lugar de destaque na configuração dos Estados ocidentais, e é um ponto central da nossa pesquisa, que é justamente a ideia da autonomia e separação dos poderes. Esse princípio seria uma forma de interromper a tentativa de centralização das funções estatais em uma só pessoa ou instituição, perceptivelmente se pondo no caminho da volta do absolutismo. O encargo do funcionamento da engrenagem político/administrativa estaria agora distribuído entre três diferentes esferas de poder, o poder executivo que conceitualmente representa o Estado na esfera nacional e internacional, o Legislativo que cria as leis que serão os princípios basilares do Estado, e o poder Judiciário que cuida que seja aplicada a justiça. Modelo que se amolda na total autonomia dos poderes proposta por Montesquieu (2010, p. 168-169):

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

legislador. Se estiver unido ao poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor.

Vale ressaltar que não foi a revolução nem mesmo Montesquieu que elaboraram essa ideia de separação entre os poderes estatais, Aristóteles já havia proposto isso com séculos de antecedência. O diferencial está no fato de que o filósofo grego, mesmo propondo que deveria haver poderes com funções separadas e definidas, defendia também que deveriam estar sob a tutela de um soberano. (ARISTÓTELES, 2003).

Locke (1983), a quem mais Montesquieu (1994) se assemelha na matéria de separação dos poderes, por sua vez também declara a necessidade da existência de três poderes com funções específicas e separadas, mas distancia-se do barão de la brède ao dizer que o poder legislativo é predominante em relação aos demais. Sobre isso Locke (1983, p.91) afirmou:

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

A imparcialidade total, bem como o caráter técnico de cada poder, proposto por Montesquieu (2010) foi incorporado nos ideais dos revolucionários franceses e como vários dos outros ideais defendidos por estes, se incorporaram na estrutura criada pelas repúblicas que surgiram a partir de então. Pode se dizer que a Revolução Francesa bem como o legado teórico do autor mencionado são partes fundantes do modelo do Estado moderno.

## **1.2. ESTADO DEMOCRÁTICO: UMA CONTINUIDADE NAS CONQUISTAS DO POVO**

Dando seguimento à análise sobre a origem e afirmação do Estado moderno, é imprescindível para um melhor desenvolvimento da pesquisa, abordarmos, mesmo que de maneira abreviada, como se deu o surgimento do modelo de Estado democrático.

O próprio significado etimológico da palavra democracia diz muito sobre o que ela representa em si ou pretende representar: poder do povo. Quando se toca nesse assunto, logo se pensa em liberdade de voto, de opinião, de escolha, etc. Isso em razão dessa forma de governo possibilitar que os indivíduos participem de alguma maneira das decisões políticas, o que faz com que tenham a sensação de terem sido resguardados do autoritarismo e absolutismo, pois de alguma maneira eles tem parte nas ações do Estado. (DALLARI, 2012).

Essa forma de participação política por parte dos cidadãos nas decisões e ações administrativas que determinam diretamente as suas vidas e todos que estão sob a influência direta e indireta das consequências que isso poderá causar, parece ser algo intrínseco ao mundo ocidental moderno, mas tem suas raízes em civilizações que estão a milênios de distancia da modernidade.

Quando pensamos na Grécia antiga, depois de nos lembrarmos de seus grandes pensadores, uma das coisas que nos vem à mente logo em seguida é a democracia que florescia em algumas cidades-estados. Talvez pelo fato de verificarmos algo tão atual sendo aplicado num tempo tão distante do nosso, isso fica tão marcado na memória. (MALLUF, 2010)

Se analisarmos com calma, talvez nos decepcionemos ao perceber que na maior parte de sua existência e em seus momentos mais prósperos a Grécia não vivia sob essa forma de governo. Também perceberemos que a democracia que foi cultivada por aqueles tempos era bem diferente daquela que conhecemos atualmente. Se hoje a entendemos como uma possibilidade de as minorias se posicionarem publicamente, naquela época os únicos que tinham as opiniões levadas em consideração eram aqueles que faziam parte da chamada aristocracia, grupo dos notáveis dentre o povo, ou seja, aqueles que detinham prestígio moral e social ou tinham recursos econômicos consideráveis. (MALLUF, 2010)

O Estado de Direito surge para assegurar os direitos adquiridos pelos homens contra qualquer tentativa de abuso de poder que tentasse tira-los, dessa forma se tinha a garantia de que não haveria um regresso para o tempo de absolutismo e imposições algo que precisamente colocado por Bobbio (1988, p. 19):

[...] Estado de direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e, portanto em linha de princípio invioláveis.

Consequentemente o Estado democrático de direito foi concebido como uma forma de, além de também assegurar àqueles direitos inerentes a condição humana, fizesse com que todas as ações públicas contassem com a participação pública, seja na escolha dos representantes do povo seja na elaboração e manutenção das leis. Silva (1992, p. 116) sintetiza essa construção do estado até o momento em que a democracia é inserida na forma de governo:

A democracia, como realização de valores (igualdade, liberdade e dignidade) de convivência humana, é conceito mais abrangente do que o de Estado de Direito, que surgiu como expressão jurídica da democracia liberal. A superação do liberalismo colocou em debate a questão da sintonia entre o Estado de Direito e a sociedade democrática. A evolução desvendou sua insuficiência e produziu o conceito de Estado Social de Direito, nem sempre de conteúdo democrático. Chega-se agora ao Estado Democrático de Direito (...).

Embora a o Estado democrático de Direito tendo se demonstrado como uma possibilidade de viabilização dos interesses públicos, como uma forma de governo que melhor dirime conflitos causados por questões políticas, éticas, sociais e culturais, que faz com que o cidadão possa verdadeiramente ter potencial político, não é sempre que conseguimos verificar em países que em tese praticam a democracia, a sua aplicação comum. Muitas vezes pode ser usado para satisfazer interesses de grupos políticos ou pessoas que conseguem manipular parte dos cidadãos utilizando-se distorcidamente dos mecanismos oferecidos por essa forma de governo para se perpetuarem como detentores do poder político/administrativo.

Bobbio (1998, p. 327) ciente da não existência de uma forma de governo que não contenha possibilidades de vícios, que haveria aqueles que tentariam se apropriar dos mecanismos democráticos em benefício próprio, elencou requisitos de uma democracia saudável, mesmo sendo difícil encontrar nações que exaurissem

esse rol, é possível determinar, baseado nesses requisitos grau de democracia ali existente:

Na teoria política contemporânea, mais em prevalência nos países de tradição democrático-liberal, as definições de Democracia tendem a resolver-se e a esgotar-se num elenco mais ou menos ampla, segundo os autores, de regras de jogo, ou, como também se diz de "procedimentos universais". Entre estas: 1) o órgão político máximo, a quem é assinalada a função legislativa, deve ser composto de membros direta ou indiretamente eleitos pelo povo, em eleições de primeiro ou de segundo grau; 2) junto do supremo órgão legislativo deverá haver outras instituições com dirigentes eleitos, como os órgãos da administração local ou o chefe de Estado (tal como acontece nas repúblicas); 3) todos os cidadãos que tenham atingido a maioridade, sem distinção de raça, de religião, de censo e possivelmente de sexo, devem ser eleitores; 4) todos os eleitores devem ter voto igual; 5) todos os eleitores devem ser livres em votar segundo a própria opinião formada o mais livremente possível, isto é, numa disputa livre de partidos políticos que lutam pela formação de uma representação nacional; 6) devem ser livres também no sentido em que devem ser postos em condição de ter reais alternativas (o que exclui como democrática qualquer eleição de lista única ou bloqueada); 7) tanto para as eleições dos representantes como para as decisões do órgão político supremo vale o princípio da maioria numérica, se bem que podem ser estabelecidas várias formas de maioria segundo critérios de oportunidade não definidos de uma vez para sempre; 8) nenhuma decisão tomada por maioria deve limitar os direitos da minoria, de um modo especial o direito de tornar-se maioria, em paridade de condições; 9) o órgão do Governo deve gozar de confiança do Parlamento ou do chefe do poder executivo, por sua vez, eleito pelo povo.

A participação da sociedade nos atos do Estado pode se dar basicamente de três formas diferentes, de forma direta, como foi cultivada na Grécia antiga, de forma participativa, representantes são escolhidos, mas só podem tomar decisões autorizadas pela população, de forma representativa, que no mundo ocidental tem sido mais utilizado pelas repúblicas. Nessa última o povo escolhe aquele que irá representá-lo publicamente. (MALLUF, 2010)

Como dito anteriormente o modelo de democracia representativa é o mais comum na maior parte das nações que adotaram essa forma de governo. E, embora o nome sugira que haja uma participação delegada em relação aos atos públicos, também é possível atuar diretamente em alguns casos específicos, como por exemplo, através de plebiscitos ou manifestações populares.

A separação dos poderes estatais está intrínseca na concepção moderna de Estado democrático de direito, pois é exatamente a superação de modelo de Estado de política adotado anteriormente, ou seja, nesses moldes o Executivo, o Legislativo e o judiciário trabalham de maneira independente, mas buscam, no conjunto da obra, harmonizar as suas ações, para que trabalhem de maneira eficiente em prol da população.

Agora que já entendemos como as ideias políticas que nos influenciam diretamente ganharam forma, partiremos ao ponto em que analisaremos como essas correntes de pensamento se infundiram na engrenagem administrativa que nos permeia.

## **2. BRASIL: QUAL CAMINHO SEGUIR?**

Depois de termos compreendido como os ideais defendidos pelos revolucionários durante a Revolução Francesa se agregaram na cultura política ocidental e como os princípios democráticos construíram os moldes do Estado contemporâneo, daremos mais um passo em direção à compreensão do modelo político/administrativo que nos rege.

Os principais objetivos agora são entender como as ideologias políticas que surgiram em outros países nos influenciaram, e como esses conceitos se materializaram na nossa forma de organização enquanto nação. Feito isso, teremos uma noção histórica suficientemente plausível para respondermos as principais perguntas e entendermos as contradições que são colocadas em torno da atuação de nossos poderes estatais.

### **2.1. A república e suas intempéries**

O modelo republicano que começou a ser adotado por diversos países europeus, demorou a ser estabelecido no Brasil. Até mesmo entre as nações da

América, o Brasil hesitou em seguir o exemplo dos Estados vizinhos em preferir essa forma de governo, sendo um dos últimos países americanos a se declarar como república, isso em 1889. (CASTRO, 2000)

As últimas décadas do império do Brasil foram marcadas por um forte dualismo entre os partidários do rei e aqueles que desejavam ir de encontro às novas concepções de Estado que afloravam ao redor do mundo. Manifestos começaram a serem feitos em desfavor da monarquia e indo de encontro à perspectiva da criação de uma república brasileira, mas a adesão ao movimento republicano foi progressiva e lenta, demorou um pouco a ter alguma influência na política interna. (CASTRO, 2000)

Com as medidas antiescravagistas do imperador, as insatisfações de grandes fazendeiros que se utilizavam de mão-de-obra escrava, começaram a adotar um caráter revanchista, e sequencialmente sendo utilizado politicamente por grupos que desejavam ter acesso ao poder político. Mas a principal guinada na possibilidade de os ideais do movimento republicano se materializar foram as adesões de simpatizantes dentro das forças armadas, o que viabilizou os planos dos grupos que desejavam transformar o Brasil definitivamente em uma república. (CASTRO, 2000)

Em 15 de novembro de 1889 sob um golpe militar, é instaurada a república como forma de governo do Brasil. o novo governo não teve grande aclamação popular, mas usou o poderio militar como forma se consolidar, um período da história brasileira que ficou conhecido como república da espada, tamanha unilateralidade das decisões e ações emanadas do Estado. Se contrapondo aos ideais que inspiraram a sua criação, os republicanos tiveram braço de ferro contra aqueles que criticavam o governo. (CASTRO, 2000)

A república velha, um período que vai da instituição da forma de governo até 1930, foi marcado pelo monopólio político determinado pelo fator econômico. Minas gerais é São Paulo, as maiores potências econômicas e industriais da época, ditavam o andamento administrativo do país e determinavam os principais cargos políticos do Brasil. a "coisa pública" era utilizada para interesses que muitas vezes não eram o que satisfaziam a demanda popular. (SCHAWRCZ; STARLING, 2015)

Outro fato importante na história da república brasileira foi o início da chamada Era Vargas, que deu fim ao monopólio dos mineiros e paulistas na política nacional, período que corresponde a 1930 e 1945. Marcado pela Ascensão de um

gaúcho, Getúlio Vargas, ao poder, foi importante para demonstrar as contradições e fragilidades do sistema político do Brasil e a alienação dos órgãos públicos. (BASTOS; FONSECA, 2012)

O governo de Vargas foi cheio de contradições, se por um lado durante esse período foram criadas medidas que, idealmente, asseguravam os direitos sociais da população, como por exemplo, a criação de leis trabalhistas que regulavam a relação entre empregado e empregador, por outro lado, na era Vargas foram tomadas medidas que dificultaram a existência de uma oposição, e cada vez mais o poder era centralizado nas mãos do chefe do executivo. (BASTOS; FONSECA, 2012)

Em 1937, Vargas consolida-se de vez como ditador do Brasil. Com apoio das forças armadas, o então presidente, fragiliza ainda mais os poderes estatais que já estavam sucateados. Atribuindo a si mesmo ou delegando aos seus simpatizantes as funções estatais que necessitavam de um caráter técnico. Também não foi nesse período que os ideais de autonomia dos poderes e os princípios democráticos se estabeleceram de fato no Brasil. (BASTOS; FONSECA, 2012). Foi necessário algum tempo de amadurecimento das discussões políticas para que se pudesse visualizar uma maneira de concretizar esses ideais.

Outro período importante historicamente na construção da república brasileira foi o do regime Militar, que corresponde a 1964 a 1985, que ficou conhecido pelo unilateralismo nas decisões políticas e o forte combate a quaisquer tentativas de oposição. (SCHNEEBERGER, 2003). O poder executivo, de maneira indireta ou direta, tinha o controle sobre as ações dos demais poderes.

Durante o regime Militar, os órgãos públicos ficaram sobre a tutela direta de membros do exército Brasileiro. Houve uma grande concentração de poder nas mãos dos membros do governo, o que acarretou na alienação dos poderes públicos ao comando dos militares. Como exemplo dessa concentração de poder podemos destacar o ato institucional 1º, que fortalecia o poder do presidente, que poderia cassar e suspender mandatos e direitos políticos. (SCHNEEBERGER, 2003). Atitudes como o exílio de adversários políticos, confirmam como o regime tratava aqueles que o desagradassem.

Embora durante esse período o Brasil tenha conquistado resultados econômicos importantes, em seus últimos sofreu uma forte impopularidade, que deixou insustentável a sua continuidade. Manifestações contrárias aos governantes

militares foram minando os líderes do regime que em 1985 abandonou de fato o poder político. (SCHNEEBERGER, 2003)

Como foi dito, a concentração das atribuições públicas durante essa época, fizeram com que os princípios democráticos, como a separação e autonomia dos poderes não fossem concretizados. Isso, pois, em uma democracia saudável, às decisões dos órgãos públicos estão isentas de qualquer caráter político.

Em 1985 o Brasil voltou a ter um presidente, que não estava alinhado com os quereres militares. Depois da morte de Tancredo Neves, que tinha sido eleito para assumir o papel de chefe do poder executivo, José Sarney, que era vice de Tancredo, tomou posse em seu lugar, e deu fim a hegemonia política pertencente ao regime. (SCHNEEBERGER, 2003)

Faltava ainda algo para consolidar de vez os ideais defendidos pelos revolucionários franceses e para que os princípios democráticos se afirmassem definitivamente na política e na cultura brasileira. Alguma forma de prevenir que a república ficasse novamente fragilizada ou caísse nas mãos de grupos que a utilizassem para fins que não fossem o bem comum. Como analisado nesse capítulo, nenhuma das tentativas de consolidar a república brasileira como democrática e cidadã foi bem sucedida.

## **2.2. A Constituição de 1988 e a previsão constitucional do Estado democrático de direito e seus principais princípios.**

A constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, nasceu com a ideia garantir os direitos fundamentais dos seres humanos, possuindo um forte teor social, além de possibilitar uma maior participação coletiva, direta ou indiretamente, nos atos públicos. Justamente por esses motivos ficou conhecida como constituição cidadã. Ela se fundou nas experiências dos sucessos e fracassos das formas de administração política que foram experimentadas no Brasil, e também no legado cultural deixado pelo histórico da luta de muitos que buscavam defender a dignidade do homem acima de qualquer deliberação política ou pessoal. Acerca disso a Piovesan (2013, p. 54) declara:

O marco inicial do processo de incorporação de tratados internacionais de direitos humanos pelo Direito brasileiro foi a ratificação, em 1989, da convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou degradantes. A partir dessa ratificação, inúmeros outros importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos foram também incorporados pelo Direito Brasileiro, sob a égide da Constituição Federal de 1988.

O texto constitucional de 1988 foi o resultado da propagação do sentimento de fragilidade do indivíduo frente ao aparato estatal, que habitavam o imaginário da maioria dos movimentos populares que apontavam as contradições existentes na República. Talvez por esse fator a carta magna de 1988 tenha sido uma das mais celebradas pelos brasileiros: muitos se sentiam como participantes desse acontecimento, como se tivessem contribuído, de alguma forma, para que as ideias por eles defendidas ao longo do tempo fossem agora materializadas através da assembleia constituinte e servissem como mecanismos de defesa dos direitos dos cidadãos, que agora abrangeria todos no território brasileiro. É isso que instantaneamente fica claro ao abrirmos as páginas iniciais da Constituição (1988, *online*):

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte

O constituinte quis de início associar a nova constituição um sentimento de construção conjunta do conteúdo que nela foi estabelecido, para afastar o fantasma do autoritarismo e obscurantismo, até mesmo como uma maneira de satisfazer a vontade daqueles que durante muito tempo militavam para que uma constituição (1988, art. 1º) com essa configuração fosse possível. Logo em seguida é apresentada a democracia como forma de governo, ratificando outra vez que as decisões emanadas da administração do Estado passariam pela aprovação da

sociedade; valores de liberdade e igualdade são apresentados para afastar os temores de perseguição e violação:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (CF, 1988, *online*).

A Constituição (1988, art. 5º) ainda posiciona-se em relação à igualdade dos cidadãos brasileiro, com a total imparcialidade em relação à classe social, situação econômica ou posição que ocupa na sociedade:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...] (CF, 1988, *online*).

Garantir que o Brasil e seu povo não ficassem a mercê de interesses políticos ou individuais que não fossem harmoniosos com o interesse público, realmente foi a principal missão da nova constituição. Por isso a carta magna (CONSTITUIÇÃO, 1988, art. 3º) estabeleceu os objetivos a que se prestava a organização política do Brasil, bem como as finalidades dos órgãos públicos:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (CF, 1988, *online*).

A carta magna de 1988 estabelece como princípio fundamental a garantia e observância, por parte dos indivíduos e dos órgãos públicos, dos chamados direitos sociais, que são aqueles direitos que estão intrínsecos na própria existência

do ser humano. Eles são a garantia de que o homem viva com dignidade e sejam resguardados de qualquer situação de imposição. O atual ministro do STF Alexandre de Moraes (2009, p. 195) conceitua de maneira brilhante o que seria esses direitos sociais que a Constituição brasileira (1988, art. 6º) estabeleceu:

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal. (CF, 1988, *online*)

Então ficou exposto no texto constitucional (art. 6º) como direitos sociais na seguinte maneira:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (CF, 1988, *online*)

Solar se faz que o sentimento popular de liberdade e igualdade foi determinante em todo o processo de reivindicações e manifestações que precederam a assembleia constituinte de 1988. Sequencialmente como forma de materialização desse sentimento, a CF tentou estabelecer os temas que foram protagonistas nessas reivindicações. Porém se analisarmos minuciosamente o teor das Constituições anteriores que foram vigentes no período republicano, perceberemos que todas continham em si preceitos democráticos e humanistas, e num sentido histórico, a própria ideia de República no Brasil era associada a ideia de democracia e Liberdade.

Art. 1º - A Nação brasileira, constituída pela união perpétua e indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios em Estados Unidos do Brasil, mantém como forma de Governo, sob o regime representativo, a República federativa proclamada em 15 de novembro de 1889.

Art. 2º - Todos os poderes emanam do povo e em nome dele são exercidos.

Art. 3º - São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si. (CF, 1988, *online*).

Mas se o sentimento democrático e humanista contido na CF de 1988 já tinha sido proposto por outras constituições, inclusive como princípios basilares da república, por qual razão então é que isso não se sustentou ao longo do tempo? E por qual motivo esses princípios por si próprios não se estabeleceram na cultura política do Brasil?

Como foi dito anteriormente a organização político/administrativa dos Estados nunca se deu de maneira instável, a história da república brasileira, por exemplo, foi marcada pelas constantes contradições dos governantes em relação às normas em que deveriam observar em sua administração. Na República Velha o fator econômico foi privilegiado nas relações políticas, sobrepondo-se as demandas essenciais da população. Nos períodos que se seguiram as normas constitucionais foram frequentemente violadas, e recorrentemente os chefes do poder executivo acumularam funções, centralizando o poder em si mesmo. (SCHNEEBERGER, 2003)

A constituição de 1934, por sua vez, foi usada como um meio de satisfação de interesses políticos por parte de Getúlio Vargas, demonstrando a fragilidade que as leis constitucionais possuíam.

Já no regime militar, a constituição serviu como mecanismo para que um grupo político de perpetuasse no poder, inclusive com medidas que dificultavam qualquer tipo de oposição a esse grupo. Vale ressaltar que para os simpatizantes do regime militar, as ações emanadas dos governantes desse período eram investidas de teor democrático.

Então porque a constituição brasileira de 1988 foi a que de fato consolidou os princípios democráticos na organização política do Brasil? Em que ela se distanciou dos equívocos daquelas que a precedeu?

A separação e autonomia dos poderes estão previstos na CF de 88 (CONSTITUIÇÃO, 1988, art. 2º), impossibilitando, constitucionalmente, que as ações emanadas desses poderes tenham qualquer viés político ou ideológico. “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Porém essa separação teórica não é suficiente para garantir que seja

aplicado na prática. O diferencial está no fato de os atos públicos dependerem mais da aprovação dos cidadãos. Foi dada a população a possibilidade de se posicionarem em relação a qualquer ato político que entendam como contraditório. Existem mecanismos legais que permitem que o cidadão se imponha contra qualquer imposição aparente. É o demonstrado por Silva (2011, p. 442) em sua análise sobre as formas do povo se defender:

[...] meios postos à disposição dos indivíduos e cidadãos para provocar intervenção das autoridades competentes, visando sanar, corrigir, ilegalidade e abuso de poder em prejuízo de direitos e interesses individuais. Alguns desses remédios revelam-se meios de provocar a atividade jurisdicional, e, então, têm natureza de ação; são ações constitucionais [...] São, pois, espécies de garantias, que, pelo seu caráter específico e por sua função saneadora, recebem o nome de remédios, e remédios constitucionais, porque consignados na Constituição.

Outro fato importante para a consolidação da Constituição de 1988 como guardiã dos direitos sociais e da liberdade, é o de essa carta magna contar com uma grande participação popular, que permitiu que os anseios do povo fossem postos em perspectiva e de maneira clara, sem aparentes espaços a contradições e apropriações. Algo muito importante para a afirmação de um Estado de Direito. É o que coloca Dallari (2012, p. 178) posicionando-se acerca da às certezas referentes aos direitos:

[...] a certeza dos direitos, exigindo que haja uma fixação prévia e clara dos direitos e deveres, para que os indivíduos possam gozar dos direitos ou sofrer imposições: a segurança dos direitos, impondo uma série de normas, tendentes a garantir que, em qualquer circunstância, os direitos fundamentais serão respeitados: a possibilidade dos direitos, exigindo que se procure assegurar a todos os indivíduos os meios necessários à fruição dos direitos, não se permanecendo no formalismo cínico e mentiroso da afirmação de igualdade de direitos, onde grande parte do povo vive em condições subumanas.

Concluimos que afirmação dos direitos e garantias sociais, intrínsecos ao Estado democrático de direito, foram a principal preocupação do legislador no momento da elaboração da constituição de 1988. Dentre os princípios basilares estabelecidos pela carta magna se destaca a separação e autonomia dos poderes como um dos pontos principais para que agora o Estado se preocupasse apenas

com os direitos essenciais das pessoas e não voltasse a ser utilizado para fins particulares.

A separação dos poderes é um princípio básico do Estado democrático. E como tal, foi devidamente resguardado pelo texto constitucional de 1988. Doravante partiremos desse fato para analisarmos as funções de cada poder, em especial o poder judiciário, para respondermos os principais questionamentos que essa pesquisa se propôs a responder.

### **3. TRIPARTIÇÃO DOS PODERES: QUAL É O PAPEL DO JUDICIÁRIO?**

Antes de adentrarmos definitivamente na matéria desse capítulo, retomemos um pouco a linha de raciocínio tecida até aqui. Ora, dissemos até aqui que a ideia de separação dos poderes propagada durante revolução francesa implicava, necessariamente, numa separação total dos poderes públicos, pois serviria como mecanismo de defesa contra absolutismo contra qual lutavam. Vimos também que a inserção da tripartição dos poderes na Constituição de 1988 visava exatamente proteger os órgãos públicos de toda e qualquer alienação de qualquer caráter, político, partidário etc.

Posto isto, contrastaremos essas informações obtidas até aqui com o atual problema do ativismo judicial e identificaremos se há de fato alguma violação a princípios democráticos. É necessário também que se analise o tema sobre diversos aspectos, haja vista que é necessário levar em consideração elementos que corroboraram para atual cenário jurídico e político nacional, como elementos históricos, sociais e culturais.

#### **3.1. Os limites constitucionais da atuação do judiciário.**

Como analisado no tópico anterior, observado o novo panorama político consagrado pela Constituição da República Federativa do Brasil, e levando em consideração os fins dedutivos a que a presente pesquisa se propôs chegar, o estudo da configuração do nosso estado democrático de direito, especificamente no que concerne ao papel desempenhado pelos três poderes é imprescindível para

chegarmos a especulações e, pôr que não, algumas conclusões referentes à condução político/administrativa de nosso país.

Em linhas anteriores, ficou demonstrado, através de uma análise histórica, que a constituinte de 1988 teve como principal missão, estabelecer a soberania e independência dos órgãos e entes públicos contra qualquer influência política ou de qualquer natureza. Vimos também que o modelo de tripartição dos poderes, conceitualmente semelhante ao modelo proposto por Montesquieu (2010), foi o escolhido pelos legisladores para ser a forma de condução política do Brasil. Dito isso, resta saber qual foi a dimensão teórica do texto estabelecido no art. 2º da Constituição Federal.

Seguindo uma metodologia particular, que consiste na divisão de um problema maior em problemas menores, que acredito legitimamente que possa facilitar nosso caminho em direção a algumas soluções ou que pelo menos suavize a condução da pesquisa, nesse momento abordaremos a questão da força teórica do art. 2º da Constituição de maneira um tanto quanto dualista: primeiramente abordaremos a matéria da tripartição dos poderes de uma maneira linguística, quase semântica, tentando compreender o que os legisladores queriam passar a população nesse texto constitucional em específico, depois partiremos para uma análise que diz respeito ao impacto jurídico do referido artigo.

“São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (CONSTITUIÇÃO, 1988, art. 2º). A brevidade e objetividade do artigo, felizmente, nós trás certa facilidade no primeiro aspecto a ser analisado. Independência e harmonia são os pontos mais importantes e que se destacam à leitura do texto. Depois é estabelecido o modelo tripartite, com poder legislativo, executivo e judiciário.

A independência que o artigo faz referência, diz respeito à possibilidade de os poderes poderem agir, dentro de suas funções preestabelecidas, sem ter de lidarem com interferência externa ou até mesmo de um dos outros poderes. Isso significa dizer que a investidura, permanência, ou autorização referente aos agentes que compõem e fazem a engrenagem de cada poder se manter em funcionamento, dependem exclusivamente do poder ao qual esses agentes estão subjugados, independente de vontades ou pressões de órgão ou instituições que não tem, constitucionalmente, a compatibilidade ou capacidade de influir sobre as decisões que são exclusivas daquele poder.

Em relação à harmonia dos poderes, os legisladores quiseram reforçar a ideia de independência, porém, acrescentando que tudo tem que conspirar para o bem estar dos brasileiros. Uma atuação harmônica seria aquela que os poderes respeitando suas prerrogativas e limites de atuação se atesem somente às questões e ações que lhes dizem respeito. Incorporando a ideia de harmonia, é necessário também que os três poderes façam um contraponto, ou seja, ajam com independência, mas com um só objetivo, que é o bem estar dos brasileiros. Dessa forma, evitando qualquer antipatia entre os seus agentes e eliminando qualquer sentimento de rivalidade, se preocupando apenas com o fim público.

Feita a análise linguística do referido texto constitucional, agora partiremos para a questão jurídica, que corresponde à configuração feita a partir art. 2º da CF. Resta saber qual é o papel do poder Judiciário em face dos demais poderes.

Antes de adentrarmos na questão do poder Judiciário é necessário fazermos uma síntese, mesmo que de maneira singela e breve sobre o papel e a área de atuação dos poderes legislativo e executivo.

“O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal” (CONSTITUIÇÃO, 1988, art. 44). De modo mais genérico possível, podemos dizer que o poder legislativo é responsável por captar os elementos econômicos, culturais e sociológicos latentes nas petições e demandas da população brasileira e a partir desses elementos, elaborar normas gerais e abstratas que consigam corresponder, dentro do possível, as questões diretamente ligadas a esses elementos. Essa sintonia entre poder legislativo e população só é possível graças ao próprio processo político/eleitoral, que cria, em tese, uma pluralidade de pensamentos e opiniões, que seriam a representação dos pensamentos e opiniões da sociedade em geral.

“O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado” (Constituição, 1988, art. 76). O poder executivo é responsável por representar o Brasil em diferentes aspectos, internacionalmente, através de acordos diplomáticos e negociações de toda espécie, e nacionalmente, escolhendo tecnicamente as pessoas que ocuparam a chefia dos ministérios. Há também uma relação direta do poder executivo com o poder legislativo, uma espécie de contrapartida exercida através de sanções e vetos de projetos de lei votados no congresso.

Finalmente, passaremos agora de maneira mais detida à análise da estrutura e competência do poder Judiciário, e em especial no que se refere ao Supremo tribunal federal.

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I - o Supremo Tribunal Federal; I-A - o Conselho Nacional de Justiça; II - o Superior Tribunal de Justiça; II-A - o Tribunal Superior do Trabalho; III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho; V - os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juízes Militares; VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. (CONSTITUIÇÃO, 1988, online).

O judiciário tem um papel crucial na manutenção do Estado democrático brasileiro. Embora não esteja acima do legislativo e do executivo, o poder Judiciário é responsável pela fiscalização dos atos dos outros poderes. O STF por sua vez, como representante máximo do poder Judiciário, trabalha com questões diretamente ligadas a constitucionalidade dos atos e decisões públicas, bem como na revisão e adequação das leis criadas através do poder legislativo. Não é possível dizer que não haja uma interferência, mesmo que constitucionalmente prevista, do judiciário em relação ao outros dois poderes, mas mesmo essa interferência, teoricamente, tem que ter seus limites, que são exatamente os colocados pela constituição federal.

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; b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; d) o habeas corpus, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território; f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta; g) a extradição

solicitada por Estado estrangeiro [...] (CONSTITUIÇÃO, 1988, online).

Como observado no supracitado artigo, dentre as competências do supremo tribunal federal, várias se relacionam com as ações de agentes que não estão ligados à estrutura do poder Judiciário. Esse fato cria uma linha tênue entre a atuação constitucional e os agravos aos limites estabelecidos pela CF e sempre gera polêmica quando uma ação do STF, por alguma maneira, gera aparentes contradições. Passa agora a ser necessário analisarmos essas contradições, e a verificarmos o grau de verossimilhança dos argumentos prós e contras.

### **3.2. Protagonismo do poder judiciário: há que se falar em violação ao Estado Democrático de Direito?**

Nesse ponto da pesquisa já conseguimos chegar a algumas conclusões sobre o modelo de separação de poderes, especificamente aquele proposto por Montesquieu (2010), e sua aplicação no cenário da política nacional. Vimos que essa ideia de poderes autônomos e independentes surge da luta contra o absolutismo e vai se consolidando nas nações democráticas como uma forma de proteger os órgãos e entes públicos de qualquer alienação e influência que não seja o bem estar social; ficou claro também que essa forma de configuração de Estado foi consagrada na constituinte de 1988, assegurando, sobre tudo, a independência e harmonia dos poderes.

Nossa pesquisa chega ao ponto principal aqui, que é justamente contrastar os elementos históricos, bem como o que foi estabelecido pela Constituição federal, com o atual cenário do poder Judiciário. As respostas que obtivemos até aqui nos conduziram pra que, nessa altura, fosse primordial fazermos essa análise. Por isso, sempre que for necessário, utilizaremos dos recursos históricos construídos bibliograficamente durante toda a condução da pesquisa, para fazermos o contraponto que se mostrar imprescindível.

A teoria da separação dos poderes proposta por Montesquieu é aquela que mais ganhou destaque e aplicação dentro da configuração dos países democráticos, justamente por ser aquela que melhor protege os órgãos públicos de interferências políticas e de interesses que não sejam os públicos. A CF de 1988 consagrou essa teoria no art. 2º, ratificando a independência e harmonia entre os

poderes. Entretanto, alguns anos depois de a constituinte estabelecer nesses termos o modelo de condução político/administrativo do Brasil, um fato em especial vem ganhando notoriedade, relacionado especialmente com a atuação do STF.

A proatividade do excelso tribunal causa complexidade àqueles que, de alguma maneira, estão atentos a essa suposta interferência. Como vimos no capítulo anterior o STF é uma espécie de guardião da constituição, ele, que figura no topo hierárquico da engrenagem do poder Judiciário, trabalha no sentido de que não ocorram violações ao Estado democrático de direito brasileiro. Isso permite que o supremo tribunal federal possa interferir nos atos do poder executivo e legislativo sempre que houver uma inconstitucionalidade aparente. Porém essa intervenção do STF não pode se dar de maneira deliberada e sim obedecendo aos limites ditados pela própria constituição.

A estrutura analítica da constituição de 1988 cria espaço para que a atuação do poder Judiciário e principalmente do STF se estenda sobre todas as áreas do aparato estatal. É importante lembrar que esse fortalecimento do judiciário está diretamente ligado à ideia de democracia no Brasil, pois em outros períodos as decisões que diziam respeito à estruturação administrativa do país estavam completamente a mercê da dinâmica política, principalmente ao poder executivo.

Temos que compreender, primeiramente, que nem todas as ações do judiciário podem ser entendidas como uma forma de ativismo. Como vimos, é papel do judiciário fiscalizar as ações dos demais poderes dentro da prerrogativa de suas funções. E ainda sobre aquelas ações que o supremo tribunal federal age atribuindo a si mesmo funções que ultrapassam as esferas meramente judiciais, é necessário que se faça distinção entre uma atuação necessária e ativismo judicial. Fazer a distinção entre ativismo judicial e judicialização da política é o básico para nos aprofundarmos sobre a dinâmica do poder Judiciário

Judicialização da política acontece em casos em que o poder Judiciário se utiliza das funções políticas ou legislativas para decidir sobre determinadas questões, em detrimento dos demais poderes. Isso ocorre pela relevância social e moral de determinados assuntos, que somente o poder Judiciário poderá tratar de maneira adequada. Heisenberg (2002, p.47) sintetiza de modo brilhante o que podemos atribuir como judicialização da política:

Refere-se a um processo de expansão dos poderes de legislar e executar leis do sistema judiciário, representando uma transferência do poder decisório do Poder Executivo e do Poder Legislativo para os juízes e tribunais – isto é, uma politização do judiciário; (2) a disseminação de métodos de tomada de decisão típicos do Poder Judiciário nos outros Poderes. Em nosso juízo, este segundo movimento é mais bem descrito como uma ‘tribunalização’ da política, em oposição à judicialização representada pelo primeiro movimento.

Um exemplo de judicialização da política é a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 5581, votada recentemente, que trata sobre o direito de as mães de bebês com microcefalia em decorrência do Zica vírus, poderem optar pelo aborto. Nesse caso específico o STF, por maioria, julgou prejudicada a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 5581, ajuizada pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (Anadeb). Diante da não possibilidade do principal ponto do pedido, foi instituída pensão vitalícia para as crianças com microcefalia em decorrência do Zica vírus. Nesse exemplo percebemos o forte teor social e moral da matéria em debate, motivo pelo qual se faz necessário o debate em nível jurídico e técnico. Em casos similares, em que estão presentes os elementos mais sensíveis da sociedade, é imprescindível que o judiciário atue de maneira forte e minuciosa.

Já o ativismo judicial se dá por uma atuação mais intervencionista do judiciário em questões que deveriam ser tratadas especificamente por outros poderes. Sobre esse tema discorre o ministro Barroso (2008, p. 6):

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

No ativismo judicial não existe só a intromissão nas ações de executivo e legislativo, há a ideia de que o judiciário é mais capacitado para decidir em matérias de competência dos outros poderes.

Existe agora uma tendência de algumas pessoas de pedir ao judiciário que tome as principais decisões políticas da nossa sociedade, sob o pretexto de determinar a constitucionalidade das leis e dos atos executivos. Acredita-se que a Suprema Corte alcançará um resultado mais rápido e mais desejável para os nossos

problemas do que os ramos legislativo ou executivo do governo. Prefiro colocar minha fé no povo e em seus representantes eleitos para escolher as medidas políticas adequadas, deixando aos tribunais as questões de interpretação e execução constitucional. (RODRIGUES, 1991, p. 45).

Entre os defensores dessa abrangência do judiciário o principal argumento é o de que a classe política, através de todo período republicano brasileiro, se demonstrou incapacitada em satisfazer as demandas da população e em acompanhar as necessidades e as urgências do povo.

Entre aqueles que discordam da atuação demasiadamente proativa do supremo tribunal federal, prevalece o argumento de que ao agir assim, o STF contaria a constituição federal e viola os princípios democráticos que são os pilares da República brasileira.

Outra questão colocada pelos críticos do ativismo judicial é a de que o judiciário é o responsável por fiscalizar supostas inconstitucionalidades dos atos públicos, ficando imune a si mesmo se entender que a sua proatividade está dentro dos limites constitucionais, ou seja, não há mecanismo que possa frear a expansão do STF sobre os atos dos demais poderes, visto que é o órgão responsável pela interpretação e aplicação do texto constitucional.

Os próprios membros do excelso tribunal não encontram precisão ao tentar delimitar o campo de atuação do STF. Como demonstrado nesse trecho pelo ministro Mello (2012).

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (...), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Particularmente, entendo que a ativismo judicial é importante em determinados casos que os poderes executivo e legislativo não se mostram a altura de debater sobre determinada matéria, e principalmente o STF, nesses momentos,

tem de agir de modo que previna que certos equívocos que afetam toda população brasileira sejam cometidos. Entretanto é preciso cuidado. O ativismo judicial exacerbado pode acarretar na exclusão da população das decisões políticas e administrativas do país, pois os poderes executivo e legislativo são uma forma de representação das vontades populares, por isso são democraticamente eleitos. A intromissão deliberada do STF, conseqüentemente, amputa, mesmo que não de forma total, as possibilidades de o povo ser representado. Nesse ponto em específico vou de encontro ao entendimento de Monteiro (2010, p. 170):

a) há o enfraquecimento dos poderes constituídos; b) ocorre falta de participação política e inversão democrática, uma vez que o povo não elegeu os magistrados que estão a decidir questões de tal importância; c) existe a alienação popular; d) cria-se o “clientelismo”, uma vez que ainda poucos têm acesso ao Judiciário; e) oportuniza a ausência de critérios objetivos, uma vez que tudo pode ser feito desde que norteado pelos ideais de Justiça; f) há a exposição demasiada do Poder Judiciário; g) existe a possibilidade de acomodação dos outros Poderes, entre outros.

Outro aspecto complexo do ativismo judicial brasileiro é a questão da possibilidade de violar os princípios democráticos, em que pese o princípio da tripartição dos poderes.

Se formos levar em conta a inspiração conceitual do modelo da configuração do estado brasileiro (relembremos que as ideias políticas de Montesquieu sobre esse tema são a principal referência pra vários países ocidentais, inclusive o Brasil) e se atentarmos sistematicamente ao texto constitucional, poderemos afirmar que sim. Porém não é tão simples resolver essa questão.

Quanto à inspiração história é evidente que serve apenas como referência, não tem nenhum valor de norma ou de lei. Quanto à constituição estabelecer limites para a atuação dos poderes, temos que ter sempre em mente que a própria constituição estabeleceu o STF como guardião máximo contra possíveis inconstitucionalidades, bem como intérprete da carta magna em possíveis divergências. Isso equivale a dizer que o poder Judiciário é quem decide o que é constitucional e o que não é. Podendo intervir em ações que extrapolam a esfera judicial e até mesmo constitucional, sempre que houver uma ameaça à constituição. O judiciário é quem decide o que viola os princípios democráticos e o que não viola.

Se tivermos que chegar a alguma conclusão acerca da violação do princípio da separação dos poderes, podemos dizer que, face ao referencial histórico podemos sim classificar as ações ativistas do poder Judiciário, especificamente o STF, como uma violação. Mas se levarmos em conta o caráter analítico da CF de 88 e as atribuições e encargos que atribui ao excelso tribunal, deixando-o como sentinela e interprete recorrente, os argumentos prós e contras são válidos, pois nem mesmo o STF consegue delimitar com precisão o seu campo de atuação.

### **3.3 A Suprema Corte como poder moderador**

Outra questão que a proatividade do STF levanta é a de que a atitude ativista se assimilaria a exercida por um poder moderador, intervindo sempre que achar necessário em qualquer questão pública. Num modelo não tripartite dos poderes, o poder moderador seria aquele está acima dos demais e age como um fiscalizador das ações públicas, não se preocupando com a questão da autonomia dos órgãos públicos, sempre que entender que a intervenção é necessária. Porém se analisarmos minuciosamente tema, perceberemos que essa questão não se sustenta, fundamentalmente pelo fato de o STF não ter a liberdade que é particular a um poder moderador, nem é possível que intervenha de maneira demasiadamente deliberada sem que crie uma mal estar político.

Uma abordagem mais interessante é a de pensar que quando se analisa o direito e as entidades que estão encarregadas de aplicá-lo, é a de encarar esse assunto como uma ciência. Como toda ciência, o direito tem que ter a capacidade de, a partir do acúmulo de conhecimentos construídos através do tempo e da prática, adaptar-se as questões e demandas do presente. O Direito é vivo.

Ao analisarmos órgãos e entidades públicas, tem que se ter em mente que toda a ação emanada deles é relacionada com a dinâmica contemporânea. Com os órgãos do poder Judiciário não é diferente. A postura adotada pelos seus representantes tem que ser estudada tendo como fundo o atual cenário político e social do país.

De fato a instabilidades política influenciou em muito no crescimento da participação do STF nos atos do poder executivo e legislativo. A impopularidade dos políticos em geral e a desconfiança popular nessa classe, fizeram com que o judiciário expandisse seu campo de atuação; a inércia e incapacidade dos poderes

fizeram com que o judiciário assumisse o papel deles e atuasse de maneira mais direta e influente no cenário político/administrativo nacional.

Não se pode responsabilizar unilateralmente apenas o suposto oportunismo do STF. Vários fatores políticos e sociais contribuíram para que se hoje o ativismo judicial tivesse tanta visibilidade e se tornasse o foco de tantas especulações.

Dessa maneira, podemos afirmar que a construção política do Brasil, em todos seus aspectos, influenciou de maneira direta e significativa na atual configuração do nosso Estado. Positiva ou negativamente, o que se chama por ativismo judicial não surgiu de maneira espontânea e inesperada, mas sim de um processo político que já dura muito tempo.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Finalizada a pesquisa e analisado os questionamentos preestabelecidos, enfim, podemos chegar a algumas conclusões sobre o ativismo judicial em face ao princípio da tripartição dos poderes.

No primeiro tópico verificamos que a revolução francesa fez uma ruptura entre o absolutismo e o Estado moderno. De tudo o que se possa destacar desse movimento algo que fica evidente é o seu caráter descentralizador, pois defendia o contrario á concentração dos poderes políticos e administrativos do Estado nas mãos de uma só pessoa ou um só grupo. Nesse período o modelo tripartite proposto por Montesquieu foi incorporado nos ideais revolucionários justamente por propor a total separação e autonomia entre os poderes.

Vimos também que no Brasil embora a ideia de tripartição dos poderes tenha sido incorporada nos próprios ideais republicanos, demorou muito tempo até que fosse posto em pratica devidamente. Porém se nos depararmos com o cenário político atual brasileiro e visualizarmos a problemática do ativismo judicial, que posto de maneira genérica seria uma afronta direta tanto aos ideais que difundiram a ideia de tripartição dos poderes quanto ao texto constitucional de 1988, poderíamos afirmar que a proatividade do STF seria violador aos princípios democráticos.

Porém, é certo que cada época tem sua complexidade e não podemos tratar da mesma maneira um assunto referente a períodos diferentes. Com o ativismo judicial é da mesma forma, há que se levar em conta os aspectos gerais

que contribuíram para esse cenário. Dessa forma chegamos às seguintes cogitações.

A proatividade do STF, dentro de certos parâmetros, não é prejudicial ao Estado democrático de direito, visto que esse órgão é responsável justamente por evitar que sejam praticados atos inconstitucionais. A participação do STF nos atos do poder legislativo e executivo é imprescindível na condução política e organizacional do Brasil. A suprema corte é responsável assegurar os direitos e garantias fundamentais, além de evitar que certos equívocos políticos interfiram no bem estar dos brasileiros.

Por outro lado, a proatividade exacerbada, a interferência sem critérios, cria um abismo enorme entre o povo e a participação democrática nos atos públicos. O debate público, se ficar exclusivamente a critério do poder Judiciário, ficará elitizado, privando que pessoas menos instruídas possam participar. O ideal é justamente que haja um equilíbrio nas intervenções e que o próprio STF tente delimitar o território de sua atuação.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

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

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista Eletrônica da OAB, 2008, pp. 6.

BASTOS, Pedro Paulo Z. & FONSECA, Pedro Cezar D. **A Era Vargas: desenvolvimentismo, economia e sociedade**. São Paulo: Editora UNESP, 2012. Disponível em: <https://publicacoes.unifal-mg.edu.br/revistas/index.php/revistadebateeconomico/article/view/115>. Acesso em: 22 de mar. 2020.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Trad. brasileira de Marco Aurélio Nogueira. 2º ed. São Paulo: Brasiliense, 1988, p.19.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510/DF**. Relator: Ministro Ayres Britto. Voto Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> Acesso em: 20 de junho de 2012.

CARVALHO, Daniel Gomes de. **A Revolução Francesa dos historiadores: os trabalhos que formaram o nosso conhecimento sobre o tema** (Artigo). In: Café História – história feita com cliques. Disponível em: <https://www.cafehistoria.com.br/historiografia-da-revolucao-francesa/>. Publicado em: 6 out. 2019

CASTRO, Celso. **A proclamação da república, 1889**. Edição? Rio de Janeiro: Jorge Zahar editor Ltda. 2000. Disponível em: [https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=4v2eSKKWMGMC&oi=fnd&pg=PA7&dq=rep%C3%BAblica+brasileira+artigos+cientificos&ots=kbJJuHPAkh&sig=dfHPRoI6z8\\_3CQii0HIFRCINg5M#v=onepa](https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=4v2eSKKWMGMC&oi=fnd&pg=PA7&dq=rep%C3%BAblica+brasileira+artigos+cientificos&ots=kbJJuHPAkh&sig=dfHPRoI6z8_3CQii0HIFRCINg5M#v=onepa)

ge&q=rep%C3%BAblica%20brasileira%20artigos%20cientificos&f=false(CASTRO,%  
202000) Acesso em: 22 de mar.2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 31. Ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

EISENBERG, José. **Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política**. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). A democracia e os três poderes no Brasil. Belo Horizonte; Rio de Janeiro: UFMG; IUPERJ/FAPERJ, 2002, p.47.

HOBBSAWM, Eric. **A era das revoluções: 1789-1848**. Rio de Janeiro: paz e terra, 2014, p. 98.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. Introdução de J.W. Gough; tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994. (Coleção Clássicos do Pensamento Político).

MALLUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 30 ed. São Paulo. Saraiva, 2010.

MONTEIRO, Juliano Ralo. **Ativismo Judicial: Um caminho para concretização dos direitos fundamentais**. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Estado de Direito e Ativismo Judicial. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 170.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **Do Espírito das Leis**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret. 2010, p. 168-169.

MALLUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 30 ed. São Paulo. Saraiva, 2010.

NEVES, Daniel. **Revolução francesa**. Disponível em:

<https://brasilecola.uol.com.br/historiag/revolucao-francesa.htm> acesso em: 16 de mar. 2020

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24ª Ed., São Paulo: Atlas, 2009.\_\_\_\_\_. Direitos Humanos fundamentais: comentários aos art. 1º a 5º da

Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.**

11. Ed. São Paulo: Saraiva 2010.\_\_\_\_\_. Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. Ed. rev. atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.\_\_\_\_\_. Temas de direitos humanos. 6. Ed. São Paulo: Saraiva 2013.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte de Warren (1953-1969): revolução constitucional.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira S.A., 1991, p. 45.

SCHAWRCZ, Lilia M. e STARLING, Heloisa M. Brasil: **Uma Biografia.** São Paulo: Companhia das Letras, 2015. Pag. 329-30.

SCHNEEBERGER, Carlos Alberto. **Historia do brasil.** 1ª edição. São Paulo: editora Rideel. 2003.

SILVA, José Afonso da. **O Estado Democrático de Direito.** Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. 1988. Artigo disponível in: <  
<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126>>. Acesso em 15 de mar. 2020

SCHAWRCZ, Lilia M. e STARLING, Heloisa M. **Brasil: Uma Biografia.** São Paulo: Companhia das Letras, 2015. Pag. 329-30.

SCHNEEBERGER, Carlos Alberto. **Historia do brasil.** 1ª edição. São Paulo: editora Rideel. 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia.** Revista DireitoGV, a. 4, v. 2, jul./dez. 2008, p. 452.

VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SILVA, Alexandre Garrido da. **O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a**

**judicializaçãoj da política e o ativismo judicial.** In: Anais do I Fórum de Grupos de Pesquisa em direito Constitucional e Teoria do Direito, Rio de Janeiro, 20 de junho de 2009, p. 44.