

ANA CRISTINA DE PAULA

**ATIVISMO JUDICIAL: o desafio para o Neoconstitucionalismo**

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA

2018

ANA CRISTINA DE PAULA

## **ATIVISMO JUDICIAL: o desafio para o Neoconstitucionalismo**

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Francisco Valle Brum.

ANÁPOLIS – 2018

ANA CRISTINA DE PAULA

**ATIVISMO JUDICIAL: o desafio para o Neoconstitucionalismo**

Anápolis, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2018.

Banca Examinadora

---

---

Dedico este trabalho ao meu filho Heitor por me inspirar e fortalecer a cada dia. Por me ensinar o que é amor e mostrar que através dele é possível alcançar todos os nossos sonhos.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à Deus por essa grandiosa conquista, por ter sido meu guia e iluminado o meu caminho nessa trajetória.

À toda a minha família que desde sempre me incentivou, sendo um alicerce na minha vida. Agradeço principalmente à minha mãe de onde veio minha inspiração de ser guerreira diante as dificuldades e por nunca me deixar fraquejar, ao meu pai por ter sonhado e vivido esse sonho comigo dia após dia. Por ter acreditado em mim demonstrando todas as formas de amor possíveis, alçando meu voo rumo ao futuro que sonhamos juntos. A meus amigos que colaboraram e caminharam juntos nessa jornada, somando para a minha vida e formação. Ao meu professor orientador Francisco Valle Brum, que me acolheu nessa caminhada compartilhou comigo seu conhecimento sendo essencial para a realização deste trabalho, meus sinceros agradecimentos a todos pela paciência, companheirismo e carinho depositados, por tornarem possível alcançar esse objetivo.

## RESUMO

A presente monografia tem por objetivo estudar o ativismo judicial como um desafio para o neoconstitucionalismo. A metodologia utilizada foi a de compilação bibliográfica e estudo dos posicionamentos doutrinários. O primeiro capítulo aborda, numa visão geral, o conceito de constitucionalismo e a sua evolução histórica e de forma mais abrangente o neoconstitucionalismo. Trata-se ainda da jurisdição constitucional, abordando a competência de cada órgão que exerce o poder, como também a competência do Supremo Tribunal Federal como uma Corte Constitucional. O segundo capítulo ocupa-se em analisar as definições de poder de grandes filósofos e a origem da tripartição dos poderes, da mesma forma que aborda sua estrutura harmoniosa e independente, tratando-se da famosa teoria de freios e contrapesos como medida de prevalecer uma separação harmoniosa entre as esferas de poder. Ademais trata do poder do Judiciário como tribunal Constitucional e a legitimidade quanto suas ações. Por fim, o terceiro capítulo trata da do ativismo judicial em si, sua origem e suas consequências, analisa a atitude do Supremo Tribunal Federal, como sendo um desafio, quando se trata de motivo de importante discussões, no que diz respeito à organização estatal e os princípios basilares da Constituição.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo. Poder Judiciário. Ativismo Judicial.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	01
<b>CAPÍTULO I – EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL</b> .....	03
1.1 Concepções acerca do constitucionalismo e sua evolução.....	03
1.2 Evolução constitucional no Brasil .....	05
1.3. Neoconstitucionalismo.....	08
1.4 Jurisdição constitucional.....	09
1.5 O Supremo Tribunal Federal enquanto corte constitucional.....	11
<b>CAPÍTULO II – A TEORIA E A SISTEMATIZAÇÃO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES</b> .....	13
2.1 Poder na definição de Locke .....	13
2.1.2 Poder na definição de Montesquieu .....	15
2.2 Harmonia e independência entre os poderes.....	17
2.3 Sistema de “freios e contrapesos” (checks and balances) .....	18
2.4 Poder do judiciário e sua legitimidade .....	20
<b>CAPÍTULO III – O ATIVISMO JUDICIAL</b> .....	23
3.1 Conceito e origem do ativismo judicial .....	23
3.2 O ativismo judicial ante o princípio da separação dos poderes.....	24
3.3 Judicialização da política x ativismo judicial .....	26
3.4 Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal no Brasil .....	27
3.5 Ativismo judicial um desafio para o Neoconstitucionalismo.....	29
<b>CONCLUSÃO</b> .....	31
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	33

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico analisa o ativismo judicial, seus fatores e como tal fenômeno afeta o âmbito jurídico, evidenciando seus fatores, origem e consequências. Com o propósito de indagar suas sobre sua legitimidade e de que forma ele está inserido no Neoconstitucionalismo, que reflete o Estado democrático de Direito.

Para a realização deste trabalho monográfico, foram realizadas pesquisas, por intermédio do método de compilação bibliográfica, com o auxílio de renomados doutrinadores, bem como, normas do sistema jurídico brasileiro. Foram empregados ainda, artigos a fim de acrescentar e enriquecer a coleta de informações.

O primeiro capítulo aborda o conceito de Constitucionalismo e sua evolução histórica, da mesma forma é feita uma análise acerca do neoconstitucionalismo tratando dos aspectos mais importantes dessa fase do Constitucionalismo. Ainda nesse capítulo é tratada a jurisdição constitucional com objetivo de entendermos sobre a competência inerente a cada órgão, como também a função de Corte Constitucional do Poder Judiciário.

O Segundo capítulo conceitua o que é Poder, como também analisa a separação dos Poderes como um todo, aborda os aspectos que originaram a teoria, analisando os diversos conceitos de renomados filósofos que colaboraram para a sistematização dos três poderes inerentes ao exercício estatal. Abordando o controle de constitucionalidade como forma de manter equilibrado o exercício das esferas



que exercem o poder. Ademais, analisa a legitimidade da função exercida pelo Poder Judiciário, dentro do aspecto da tripartição dos poderes.

O terceiro capítulo analisa o ativismo judicial, aborda diversas concepções acerca desse fenômeno e abarca suas consequências dentro da esfera jurídica, social e política. Busca-se posições doutrinárias, a fim de definir seus aspectos negativos e positivos, uma vez que considerada uma prática que afeta princípios basilares do Estado democrático de Direito, mas também vista como atitude que concretiza as normas jurídicas, sendo assim, um desafio para o novo modelo de Constitucionalismo.

O presente trabalho, com pesquisa bibliográfica, analisa o ativismo judicial sob a ótica da sua relevância para o meio jurídico, político e social, uma vez que este, de fato, atinge a organização do estado, como também se trata de uma atitude que ocorre de fato tornando-se cerne de relevantes discussões, dentro de uma perspectiva de um novo Constitucionalismo.

O tema trata-se de assunto relevante, uma vez que o ativismo judicial, implica na reformulação do que seria constitucional, questiona se os princípios originários devem ser mantidos ou se esta estrutura tende a ser mais flexível e apta a mudanças. Analisando qual medida mais relevante quando o assunto são os direitos e garantias fundamentais.

## **CAPÍTULO I- EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

A evolução do homem e do direito estão intrinsecamente ligadas, desde que surgiram os princípios de organização social, nos grupos primitivos. Onde, a partir daí o Direito constitucional passa a se desenvolver. Mesmo se tratando de uma sociedade instintiva, já havia, portanto, uma ideia de Constituição, um modo de impor regras mesmo sendo mais para a sobrevivência do que convivência. Sendo assim, tal período pode ser considerado como pre-constitucionalíssimo, que gradualmente foi se modificando.

Neste sentido, elucida Norberto Bobbio (1992): os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Para uma melhor compreensão necessário se faz uma análise dos movimentos constitucionais mais remotos, que foram a base para o neoconstitucionalismo, ou se pudermos assim chamar, o pós-constitucionalismo, que nada mais é do que a consequência do próprio Constitucionalismo. Assim denominado por alguns autores como Pedro Lenza (2014).

### **1.1 Concepções acerca do constitucionalismo e sua evolução**

O constitucionalismo por sua vez, possui as mais diversas concepções, pois, em cada momento histórico ganhou uma perspectiva diferente. Desde as

sociedades antigas onde não havia um ordenamento jurídico organizado, ou uma noção de constituição, na forma de uma norma superior às demais, escrita e com o fim de controlar o poder, e validar os direitos individuais. Essa seria, portanto, a ideia de um constitucionalismo preexistente.

Neste sentido, além do conceito abordado por Canotilho, dizendo que o constitucionalismo é a teoria que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos. Para Chinellato (2014) “o significado da expressão Constitucionalismo está intimamente relacionado ao progresso do Direito Constitucional no tempo. Dessa forma, entende-se a importância do Constitucionalismo como delimitador histórico das forças jurídico-sociais que compõem as sociedades”.

Abordando o constitucionalismo na idade antiga, onde ele surge de uma maneira mais modesta, denota-se que o Estado hebreu traz uma primeira forma de Constitucionalismo, limitando o poder de certa forma pela religiosidade, mais à frente, o direito Romano, esboçou grande importância para o Constitucionalismo ao prezar, a limitação do poder aos governantes, dando estima ao parlamento, e ainda, os gregos manifestam um avanço democrático, se assim podemos dizer, se tratando de uma sociedade que se destaca por basear a limitação do poder na democracia, permitindo, o exercício da cidadania. (online)

Para muitos estudiosos do constitucionalismo, esse nasceu com a carta magna Inglesa de 1215, que segundo os pensadores, este foi o capítulo do Constitucionalismo, onde ocorre o fim do absolutismo e inaugura na Inglaterra a monarquia liberal. Movimento que consolidou inúmeros direitos da sociedade, civis e políticos que logo depois foram elencados também na Declaração dos Direitos (*Bill of rights*) em 1689, limitando de forma definitiva os poderes monárquicos. (PINTO, 2010)

Em relação à Carta Inglesa, Lenza ressalva que “os princípios presentes em tal legislação, encerram um período histórico, ao mesmo tempo em que inauguraram uma nova era de direitos”. As garantias individuais previstas nesses

documentos influenciaram outras cartas constitucionais inglesas, legislações posteriores do mundo inteiro. (2001)

Na modernidade, surge o constitucionalismo liberal como assim é denominado, por se tratar de um movimento influenciado por pensadores como John Locke, Jean Jacques Rousseau e Montesquieu, defensores de uma ideologia de separação dos poderes do Estado, da liberdade, igualdade e fraternidade, que serão abordados no decorrer deste trabalho. (PINTO, 2010)

E para um melhor entendimento dessa fase constitucional, torna necessário, abordar os acontecimentos significativos desse período; a constituição escrita norte-americana de 1787 e a francesa de 1791-que tiveram como exórdio a declaração universal dos direitos do homem- e o movimento conhecido como iluminismo, uma oposição literal ao absolutismo e que legitima o povo como sendo o titular do poder. (PINTO, 2010)

E por ser inspiração para muitos países, a Constituição Americana não deixou de refletir no Brasil, pois ocorreu no mesmo momento em que surgia no país ideias de liberdade em relação ao colonialismo. Desta forma, ocorre uma movimentação pela independência, que na visão de muitos doutrinadores foram os primeiros traços de Constituição no Brasil.

Isso se deu após a Revolução Francesa de cunho democrático-liberal. Concernente às ideias trazidas por essa Revolução, menciona Canotilho (1997, p. 71):

[...] surge agora com centralidade política a nação, titular do poder constituinte. A nação não se reconduz à ideia de sociedade civil inglesa. Ela passa a deter um poder constituinte que se permite querer e criar, uma nova ordem política e social prescritivamente dirigida ao futuro, mas simultaneamente, a ruptura com o 'ancien' regime.

Diante tais fatos históricos, observa-se o cunho liberal dessa fase do movimento Constitucional, dotado de princípios como absentismo estatal, individualismo, e proteção do indivíduo, estes que irão posteriormente influenciar Constituições no Brasil, que serão estudadas a seguir.

## 1.2. Evolução Constitucional no Brasil

Essa sucinta análise sobre a historicidade do Constitucionalismo, nos faculta perceber quão importante é a consolidação das normas que regem uma sociedade. O estudo sobre esse movimento que sempre acompanhou o homem, significa respeitar toda a sua trajetória e luta para conquista daquilo que para tal significa justiça, ordem e segurança para sua vivência no meio social.

No Brasil, o trajeto para o Constitucionalismo também foi longo, ocorreu de forma gradual. E para iniciar esse breve histórico, é preciso saber que o Constitucionalismo Brasileiro, foi construído através de princípios de limitação e organização do poder do Estado, separação dos poderes, ou seja, toda uma temática referente ao direito do homem. Construindo um país de caráter constitucional, mas para isso enfrentando os mais diversos obstáculos, que ainda existem, estando o Constitucionalismo em um permanente crescimento. Esse breve estudo nos permite melhor compreender como se deu a institucionalização desses direitos em nosso país (BONAVIDES, 2002).

A primeira Constituição do país outorgada por D. Pedro I, em 25 de março de 1824, marca a chegada de ideais liberais no Brasil. Na história Brasileira, esse foi o marco da passagem do absolutismo para o Estado Liberal. Onde ocorreu a constitucionalização dos direitos e outras garantias fundamentais. Como aponta Bonavides. Enquanto que a Constituição de 1891 precursora de um regime mais democrático, a qual já previa o crime de responsabilidade por parte do presidente. Sobre tal, ainda pontua Manoel Gonçalves Filho (2008, p. 32) “o controle de constitucionalidade foi estabelecido no Brasil com a República e mesmo antes de editada a Constituição de 1891”.

Uma fase mais democrática social do constitucionalismo, se deu com a Constituição de 1934, que permaneceu com a instauração do controle de constitucionalidade, e ainda implantou o voto secreto, contrapondo poderes da fase imperial.

Em 1937, pode-se dizer que o Brasil sofreu o retrocesso Constitucional, com o que chamamos de Estado novo, onde os direitos já conquistados foram atacados, por um regime que foi reflexo da fase nazista da Alemanha e fascista da Itália iniciando a ditadura, restringindo os direitos constitucionais adquiridos até então.

O ressurgimento do Constitucionalismo democrático ocorre com a Constituição de 1946, promulgada logo após Getúlio Vargas ser deposto, considerada por muitos como a melhor constituição, valorizando os direitos individuais. Reformulando os três poderes da maneira conhecida atualmente. Tal constituição marcou a restauração da democracia.

Neste sentido, pontua Celso Bastos (2002, p. 215):

[...] a Constituição de 1946 se insere entre as melhores, senão a melhor, de todas que tivemos. Tecnicamente é muito correta e do ponto de vista ideológico traçava nitidamente uma linha de pensamento libertária no campo político sem descuidar da abertura para o campo social que foi recuperada da Constituição de 1934.

Como vimos, o Constitucionalismo atravessou longo caminho, e a sua linde mais devastadora, no sentido Constitucional e social, ocorre junto à Constituição de 1967, o fim do constitucionalismo e a era da ditadura militar no Brasil.

Houve, portanto uma sequência de fatos marcantes nesse período constitucional. Segundo opinião de Celso Ribeiro Bastos (2002, p. 219) podemos considerar tal constituição um ataque direto ao constitucionalismo:

[...] vê-se que se tratava de um período curioso da história do Brasil. Ao mesmo tempo que se desprezava o direito constitucional – porque tudo no fundo brotava de atos cujo fundamento último era o exercício sem limites do poder pelos militares – não se descuidava, contudo, de procurar uma aparência de legitimidade pela invocação de dispositivos legais que estariam a embasar estas emanações de força.

Após esse longo período, nossa atual constituição foi renascimento de uma nova fase do constitucionalismo, pactuada com os direitos inerentes à

dignidade da pessoa humana, abolindo toda e qualquer prática absolutista sofrida pelo Brasil, durante os anos de um governo ditador e fascista.

O seu texto preserva os direitos individuais, sociais, como também assegura a igualdade e a liberdade dos indivíduos. Toda e qualquer mudança não poderá ser feita contrária aos princípios nela inseridos. Pois, pelo que se foi estudado, constitui o resultado de luta por direitos cravada durante décadas, e que práticas que atentem contra a dignidade do homem, jamais poderão novamente acontecer.

A Constituição de 1988 passa a ser o centro do sistema, de modo que toda interpretação jurídica se torna constitucional e com vistas a concretizar os ideais de justiça. Acompanha o cenário da construção do Direito Brasileiro, contendo uma seara de garantias individuais e outras com vistas à limitar o poder estatal. Consequentemente, a Constituição vigente supera as demais por representar a redemocratização do país e inaugurar uma nova era da história Constitucional Brasileira, amparada na democracia, cidadania e principalmente, na dignidade da pessoa humana, como já dito.

### **1.3. Neoconstitucionalismo**

Após essa análise histórica, vimos que os movimentos constitucionais estão em constante evolução, surgiu, portanto, novas concepções de Constitucionalismo surgiram, e, dentro de uma nova perspectiva, para a doutrina nasce Neoconstitucionalismo (novo constitucionalismo), que aproxima as ideias de constitucionalismo e de democracia resultando em uma nova forma de organização política. Conforme BARROSO (2017, p. 225):

[...] O Neoconstitucionalismo, se deu através do relevante marco histórico, introduzido a partir do constitucionalismo pós-segunda guerra mundial, iniciado pela reconstitucionalização da Alemanha e da Itália, mais à frente na década de setenta as Constituições de Portugal e da Espanha e finalmente no final da década de oitenta a Constituição Brasileira, fazendo uma transição bem sucedida entre o Estado Autoritário e o Estado Democrático de Direito.

No Brasil, surgimento desse novo direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. A Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, para um Estado democrático de direito.

O marco filosófico dessa nova fase do constitucionalismo, foi a influência do pós-positivismo e o jusnaturalismo, que apesar de antagônicos se complementaram e trouxeram um novo sentido ao Direito. O jusnaturalismo por sua vez, deu origem à filosofia natural do Direito, unindo a razão e a lei. Em contrapartida, o pós-positivismo separou a filosofia da lei, equiparando-a ao Direito.

No princípio do Século XXI, inicia-se esse novo período, trazendo um novo conceito de constitucionalismo mais eficaz e justo, superando a ideia de que este fenômeno é apenas uma limitação do poder político. Pontua LENZA (2014, p.198):

[...] O neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático Social de Direito. Ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo. Dentre suas principais características podem ser mencionados: a) concretização e positivação de um catálogo de direitos fundamentais; b) onipresença dos princípios e das regras; c) inovações hermenêuticas; d) densificação da força normativa do Estado; e) desenvolvimento da justiça distributiva.

Diante o momento em que nos encontramos no âmbito político, social e jurídico, é possível afirmar que alcançamos uma nova perspectiva de Constitucionalismo, dotado de desafios após tantas transformações, acerca de como devem ser interpretadas e aplicadas às normas constitucionais, assim como deve ser a estrutura dos poderes que as tornam efetivas, e de que forma será respeitada a supremacia da Constituição Federal.

#### **1.4 Jurisdição Constitucional**

Como visto, a Constituição é considerada como lei maior que vigora no



Estado Democrático de Direito, este que por sua vez é o Estado submetido ao próprio Direito, ou seja, um sistema de normas democráticas e que estejam de acordo com as garantias fundamentais, que existem graças a séculos de lutas por novos direitos e liberdade, contra antigos poderes.

Assim sendo, tornou-se necessário a criação de mecanismos que defendam tal lei e os princípios que dela fazem parte, o mais importante deles é o controle de constitucionalidade, aspecto da jurisdição constitucional, que é a atividade exercida por órgãos com competência para tal, em especial pelos tribunais constitucionais, especializados em fiscalizar a constitucionalidade das leis.

Esse controle de constitucionalidade é um dos aspectos mais importantes da jurisdição constitucional, mas não o único. Neste sentido, elucida Tavares (2012), afirmando que a jurisdição constitucional abrange não apenas o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos do Estado, mas também o controle de outros atos do Poder Público, desde que a defesa destes esteja fundamentada na Constituição.

Nesse mesmo sentido, Barroso (2017, p. 359), define a jurisdição constitucional:

A jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.

A jurisdição constitucional, que tem por finalidade a preservação da supremacia da Constituição é exercida, no Brasil, por todos os juízes e tribunais, por meio do controle difuso. Porém, o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário, ocupa papel de destaque no exercício da jurisdição constitucional, uma vez que a ele compete, precipuamente, a guarda da Constituição, conforme a mesma estabelece.

No exercício da jurisdição, o Estado substitui as partes na resolução dos conflitos de interesse, decidindo de forma imparcial, revestindo-se a sua decisão da

autoridade da coisa julgada, ou seja, a jurisdição constitucional.

Essa atividade corresponde a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais. Assim conceitua-se jurisdição constitucional como sendo aplicação de normas abstratas a um caso concreto submetido à apreciação judicial, sendo considerada uma das principais funções do Estado, e a melhor forma de controlar e garantir a aplicação do Direito, mas ao mesmo tempo vista hoje, como um dos maiores desafios para o Constitucionalismo.

### **1.5 O Supremo Tribunal Federal enquanto Corte Constitucional**

Como pontuado, o Supremo Tribunal federal possui uma função de “guardião da Constituição” e aqui estudaremos mais a fundo o seu papel enquanto Corte Constitucional Brasileira. Para melhor entender como foi transferida tal competência a esse tribunal, necessário uma análise histórica, em relação à sua origem, e organização.

Anteriormente, quando falamos do período imperial, notamos que não havia, no entanto, controle de constitucionalidade de forma jurisdicional. Portanto, em 1890, segundo Vieira (2002), foi instituído o Supremo Tribunal Federal. E a amplitude de sua competência ocorre no surgimento da Constituição de 1891, e sua função passou a ser inerente à Jurisdição constitucional, já conceituada no tópico anterior. A respeito da função do Supremo, pontua Mendes (1998, p.):

A primeira Constituição Republicana, de 24 de fevereiro de 1891, introduziu uma nova concepção do Poder Judiciário. A influência da doutrina constitucional americana contribuiu para que se outorgasse ao Supremo Tribunal Federal a função de guardião da Constituição e da ordem federativa, reconhecendo-lhe a competência para aferir a constitucionalidade da aplicação do direito através de um recurso especial (Constituição de 1891, art. 59, n.3, § 1o, a e b).

Mesmo sua função sendo essa, proteger a Constituição, o controle de constitucionalidade, permaneceu sendo “misto” com a Constituição de 1988, que também amplificou o rol daqueles que possuem legitimidade para provocar a sua jurisdição.

Quanto à sua organização, o Supremo Tribunal Federal, possui atuação independente e um poder de auto-organização, ou seja, autonomia administrativa, orçamentária e financeira. O que significa dizer que a Corte dispõe do direito de iniciativa de leis sobre a sua composição, organização, criação expressão de cargos, fixação de vencimentos, entre outras, conforme disposto nos artigos 96 e 98 da nossa constituição vigente. Assim, salienta Sampaio (2002), que as garantias estabelecidas são necessárias para que os membros da Suprema Corte desempenhem o cargo de forma imparcial independente.

A Suprema Corte é composta por onze membros, escolhidos pelo Presidente da república, aprovados por maioria absoluta do Senado federal, tais membros precisam ser cidadãos de notório saber jurídico e reputação ilibada, com mais de trinta e cinco anos e menos de sessenta e cinco anos de idade. Deverão ser brasileiros natos e, ainda, estar no pleno gozo dos direitos políticos. O período de mandato dos ministros é vitalício, sendo-lhes asseguradas as mesmas garantias de que gozam os demais juízes, conforme o artigo 101 da Constituição federal.

A competência do Supremo Tribunal Federal está elencada no artigo 102 da Constituição vigente. E são divididas entre originárias e recursais, melhor explica Vieira (2002): nas competências originárias, cabe ao Tribunal decidir em juízo único e definitivo. As competências recursais, por sua vez, correspondem às causas julgadas por outros tribunais e que implicam em violação à Constituição.

Assim, a competência da Suprema Corte, hoje resta questionada, uma vez que para alguns Constitucionalistas, como Vieira, algumas de suas atribuições elencadas no artigo da constituição supracitado, são típicas de um tribunal Constitucional, enquanto que outras, aquelas denominadas recursais são legítimas de uma corte suprema. As demais, segundo esse mesmo autor, deveriam ser atribuídas a outro Tribunal.

É nesse sentido que encontramos fulcro para o tema central deste trabalho, uma vez que ao transferir os poderes ao STF, a constituição poderia ter pecado não dividindo tais funções a outros tribunais, prejudicando assim, o desempenho da atribuição de guardião da constituição, tendo este tribunal que exercer funções estranhas à sua função, muitas vezes vista como uma ameaça à

estrutura do Estado legítimo e democrático, sendo exercida de forma ativa, podendo prejudicar também as funções dos demais poderes.

## **CAPITULO II- A TEORIA E SISTEMATIZAÇÃO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES**

Anteriormente vimos que o constitucionalismo surgiu desde a antiguidade e foi evoluindo conforme a sociedade, no mesmo contexto, foi a evolução e organização das funções do Estado em suas diversas fases. Segundo o filósofo Aristóteles, mesmo havendo inúmeras formas de governo, suas funções basilares sempre foram a legislativa, executiva e judiciária.

No que concerne à separação dos poderes, abordaremos nesse capítulo algumas definições para grandes filósofos do que seria o poder, nos permitindo conhecer melhor de fato a forma como é sistematizada organização do Estado, percebendo que tal organização se originou de teorias da antiguidade, inspiração ideológica para formas de governos atuais.

### **2.1 Poder na definição de Locke**

Depois de Aristóteles, a separação dos poderes foi levantada pelo filósofo inglês John Locke, vale ressaltar que não nessa perspectiva de tripartição, mas de outra forma que também induzia a harmonia entre os poderes.

Locke partiu da premissa de uma “democracia perfeita” quando levantou a tese de que a vida política seria uma mendacidade do homem. Discorreu sobre o direito natural, abordando a ideia de um estado liberal, nesse aspecto o Direito está vinculado ao estado natural do homem, onde ele seria livre para fazer suas escolhas e ter suas próprias decisões, e de que forma iria dispor de seus bens, tudo em torno do direito, sem autorização de qualquer outra pessoa para decidir como agir. (LOCKE, p. 31).

Desta forma, só caberia a igualdade, já que os homens são todos da mesma espécie, a competência do estado seria exercida sem nenhum tipo de hierarquia, ou alguém que fosse dono do poder. Só que mesmo dentro dessa perspectiva de estado de natureza, não seria possível a sociedade viver sem que alguns atos lesionassem o direito do próximo, o resultado disso, é que cada indivíduo tem poder sobre o outro, mas não se trata de um poder absoluto e arbitrário, mas sim um poder limitado a proteger sua vida e conservar o ambiente em que vivem. (LOCKE, p. 36.)

Essa é a democracia perfeitamente descrita por Locke, porém, tal não existe, por isso é que surge a necessidade de uma criação de regras de conduta, e a partir do momento que se cria normas, averigua a necessidade de se ter uma figura que seja legitimada e que possua autoridade para dirimir as leis e solucionar os conflitos existentes na sociedade, ou seja, um juiz que irá aplicar as regras ao caso concreto atendendo as necessidades de forma justa e imparcial. Pois bem, através desse entendimento é que surge a ideia de divisão dos poderes para o filósofo Inglês, uma vez que o estado por mais natural que seja, precisa deter poder sobre a vida social, as funções de atribuir as leis e definir um juiz seriam a atividade do poder legislativo e judiciário, ou até mais que isso, essa ideia é considerada a origem desses dois poderes.

O poder executivo nasceria, portanto, da necessidade de controlar o poder legislativo, visto que as leis possuem tempo indeterminado para vigorar, e desta forma estariam os legisladores aptos a desrespeitarem as próprias regras. O executivo fica responsável para executar as leis, assim sendo, no que concerne o poder do Estado para Locke, elucida Alves Ricardo Luís (Montesquieu e a teoria da tripartição dos poderes. Revista Jus Navigandi. 2004. P. 386):

[...] assim, o poder deve se sustentar em quatro funções: a legislativa, a executiva, a prerrogativa e a federativa. A função legislativa funciona como a preponderante para a sociedade, embora seja necessário se definirem limites ao exercício dela. Quanto às outras funções, a executiva se encarrega da execução das leis nacionais; a prerrogativa, da tomada de decisões em situações de exceção constitucional e a federativa, da administração da segurança pública interna. Ressalta-se a distinção entre a função executiva e a legislativa, a serem da competência de indivíduos diferentes. Como não há dessemelhanças entre a natureza do Judiciário e a do

Legislativo, aquele não deve ser considerado como função de poder – os legisladores exercem atividade de juiz imparcial. Existe distinção entre a função Executiva e a Legislativa, cabendo a pessoas distintas deter cada uma delas. Ressalta-se que o Judiciário não pode ser compreendido como genuína função de poder, porque não existe essencial diferença entre este e o Legislativo - a função do juiz imparcial é exercida eminentemente pelos que fazem as leis. O Judiciário não é tido como função apaziguadora das situações litigiosas. Em caso de abuso do Executivo, está configurada a conjuntura propícia ao (de Direito Natural) direito de revolução popular.

A teoria de John Locke não trata da separação e equilíbrio, mas de uma separação e subordinação, onde o poder executivo está subordinado ao legislativo, e os conflitos serão julgados também pela função legislativa. (BOBBIO,1997).

### **2.1.2- Poder na definição de Montesquieu**

Ao falar de Montesquieu, demos ênfase à sua obra mais conhecida “O espírito das leis” onde ele fala dentre outros assuntos, das formas de governo, poder político e principalmente sobre a tripartição dos poderes, e nesse sentido é considerado um pensador contemporâneo apesar de ter sido um filósofo que viveu o iluminismo, pois sua ideologia influenciou o direito constitucional e a ciência política. (BASTOS, 2011).

Como lemos antes, Montesquieu não foi o primeiro filósofo a tratar da separação de poderes, mas foi o que a sistematizou, tornando a sua teoria um fundamento do estado democrático liberal. Através de sua tese acerca da legalização da autoridade, em desfavor da arbitrariedade apresentou a teoria da tripartição dos poderes, juntamente com a tese de que existem três tipos de governo, além do republicano e monárquico, há ainda o despotismo o qual não possui leis de regulamentação e seu governo é empregado pela arbitrariedade. (MOTA, 2008).

Sendo assunto principal deste capítulo, a teoria da tripartição dos poderes apresentada por Montesquieu, tem como fundamento a liberdade e a justiça que são os pontos de estabilidade de um governo. Assim diz em sua análise a obra de MONTESQUIEU, Barão de Secondat. O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. PEDRO VIEIRA MOTA (2008, p. 64):

[...] tudo se perderia caso a mesma pessoa ou os mesmos governantes, ou grupo dos governados exercem simultaneamente os três poderes: criar leis, executá-las e julgar crimes e litígios dos cidadãos. A fim de que não houvesse abusos, é imprescindível que o poder contenha a ele próprio; por isso, a divisão é fundamental.

No entanto, concernente ao poder, sua divisão seria tríplice, dividido entre as funções: legislativa, executiva e judiciária, representadas por parlamento, governo e os tribunais, respectivamente. Onde o poder legislativo fica incumbido de criar, revogar, e analisar as leis, o judiciário de julgar os conflitos e punir os crimes cometidos e por último, o poder executivo responsável por exercer as demais funções estatais, ou seja, a administração geral. (MONTESQUIEU, 2008).

Denota-se que o filósofo vinculou a separação dos poderes ao conceito de liberdade e direitos fundamentais, para que o governo seja exercido de forma correta é necessário que as competências sejam divididas entre os três órgãos, uma vez que o poder é uno e indivisível, o equilíbrio entre suas funções é imprescindível. porém, mesmo que independentes, podemos ver que os poderes se encontram interligados, ou seja, garantem a existência de um poder com capacidade para controlar um outro poder. Mas, sendo assim, não torna possível uma união total de todos os poderes, uma vez que precisam funcionar como uma balança para equilibrar e controlar ações inerentes a funções distintas das suas, exercida por outro órgão do poder.

Basicamente, comparando as teorias até aqui apresentadas a diferença entre elas e que, as funções federativas e prerrogativa de Locke estão inseridas no poder executivo de Montesquieu, que aceita a autonomia da função judiciária, ideia que Locke desconsiderava. E dessa forma, Montesquieu discorre em sua obra:

[...] se o poder executivo não tivesse o direito de refrear as ações do corpo legislativo, este seria despótico; pois, ao atribuir-se todo o poder que possa imaginar, aniquilaria todos os outros poderes. O fim principal da ordem política consiste em garantir a moderação do poder pela "cooperação harmônica", equilíbrio dos poderes sociais, entre os poderes do Estado constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário), com o intuito de promover eficácia mínima de governo, além de conferir-lhes legitimidade e racionalidade administrativa.

Assim sendo, as funções inerentes ao exercício do poder além de divididas, devem estar em harmonia. Buscando o equilíbrio, que não seria possível se o poder estivesse concentrado em apenas uma esfera, pois desta forma, não



haveria controle nem limitação do poder exercido por tal. E de tal forma, não estando asseguradas as garantias fundamentais, não é possível haver constituição, pilar do estado de direito.

## **2.2- Harmonia e independência entre os poderes**

Após analisar a origem das teorias sobre a divisão dos poderes, comparando com a forma em que o poder é exercido nos dias atuais, percebemos que as ideias de Montesquieu prevaleceram, superando muitas oposições e críticas por aqueles contrários ao iluminismo.

Desta forma, aprimorou sua obra, não tratando somente de uma divisão tríplice do poder, mas, afirmando que além das funções do estado serem divididas, os poderes deveriam estar harmonicamente ligados entre si, mesmo que independentes e autônomos. (COSTA, 2006).

Assim foi discernido a cada poder a sua função, como hoje é dividido o nosso parlamento. Ao passo que o legislativo cria leis, o judiciário julga, enquanto que o executivo administra. Essa teoria arremeteu o polo político e se tornou influência para muitos Estados modernos no que concerne sua forma de organização. Os três poderes possuem cada um a sua função, e sua identidade própria, mas também, outras funções secundárias, a fim de assegurar de forma harmônica a independência entre eles. (COSTA, Artigo. Revista Intertemas, 2006).

O Estado, no entanto, continua sendo indivisível por ser um ente de Direito público, assim a finalidade era dividir as funções para que o Estado não se tornasse centralizador ou coativo, podendo prejudicar as relações sociais. O estado é único e detentor do poder, isso é irrefutável, porém, este é exercido por três instituições com atribuições distintas e originárias, que em certas ocasiões poderão um exercer a função de outro. (COSTA, 2006).

Insta salientar que para o exercício da função de cada um desses órgãos, é necessária a harmonia entre eles. (WIEGERINCK. 2005. P.68):

[...] atuar harmonicamente se sobrepõe a apenas tolerar - conviver sem concordar e sem colaborar; representa interagir, colaborar, ter paciência com os problemas alheios e ajudar, quando for o caso. Significa ainda não interferir na competência dos outros,

possibilitando que cada um exerça suas funções com independência e, sobretudo, com excelência.

Para José Afonso da Silva, Cumpre, em primeiro lugar, não confundir distinção de funções do poder com divisão ou separação de poderes, embora entre ambos haja uma conexão necessária. A distinção ocorre entre os órgãos que desempenham as funções provenientes do poder existentes nas sociedades.

A aceitação e compreensão da “separação dos poderes” se deu no âmbito da teoria moderna do Estado. Isso, nós podemos observar quando analisarmos que atualmente não há mais a discussão acerca da separação dos poderes, por ser o conceito bem definido.

A independência entre os poderes é algo muito além de uma organização estatal, foi também um meio de se proteger de abusos, nos casos em que se afastava o princípio de preponderar a vontade do povo, essa teoria de separação e harmonia resultou na transformação de monarquias absolutistas em governos com mais limitações, e até mesmo em regimes parlamentares. (OLIVEIRA, 2007.).

### **2.3- Sistema de “freios e contrapesos” (checks and balances)**

A teoria prega que é preciso haver a separação dos poderes, harmonia entre eles, mas que também é necessário existir um controle exercido sobre os mesmos. Já que toda essa sistematização nasceu pela oposição á práticas absolutistas e centralizadoras, o controle exercido sob os poderes também possui essa finalidade, e deve realmente existir, desse modo, foi criado os “freios e contrapesos” para que o poder político siga equilibrado. Pois, como vimos, para Montesquieu cada poder exerce uma função específica e nesse aspecto, a teoria dos freios e contrapesos é a ferramenta para manter o funcionamento dos poderes equilibrado e harmonioso, sendo que um poder contém as atitudes abusivas e arbitrarias do outro. (SOUZA, 2009).

No que concerne à origem dos freios e contrapesos, muitos estudiosos consideram a teoria como vinda da ideia de Aristóteles sobre as várias formas de

governo, enquanto que outros acreditam ser mérito dos britânicos criar o sistema “balance” a fim de equilibrar a forma como eram criadas as leis. (GARVEY, 1991)

Assim, a ideia de controle de um poder sobre o outro surgiu também na Inglaterra com outros métodos do sistema de freios e contrapesos, atualmente existentes, sendo um deles o veto como um instrumento utilizado para melhorar o poder legislativo, uma vez que o Soberano não mais participa do processo de legislação, mas a ele é facultado decidir se a norma entra em vigor ou não, assim já observamos uma espécie de controle do poder executivo sob o legislativo. Da mesma forma, o poder executivo foi submetido a um controle exercido pelo Parlamento, através de um instrumento jurídico e também político, o “*impeachment*”. Onde os atos do executivo são também controlados, podendo o seu representante ser impedido de exercer seu cargo. (PIÇARRA, 1989)

No entanto, ao poder judiciário, foi facultado o exercício de controle sob o Legislativo e Executivo a fim de controlar abusos, em 1803, o despontamento do sistema “*Check*”, assim aduz SILVEIRA, 1999, p. 94.:

[...] o check despontou na ocasião em que o Justice Marshal, durante o caso Marbury x Madison, em 1803, afirmou ser competência constitucional do Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade dos atos do Congresso, anulando-os, sempre que as leis não se harmonizassem com a Carta Magna. Por essa doutrina, o Judiciário passou a controlar o abuso de poder do Executivo e do Legislativo.

Assim, compreendemos que a divisão das funções do Estado é necessária, mas dentro de uma perspectiva harmoniosa e equilibrada, e, portanto, a individualização dos seus órgãos também. Compreende-se que não deve existir a predominância de um poder sobre o outro, mas, admissível uma interferência como garantia e finalidade de que as normas Constitucionais sejam cumpridas.

Nessa concepção, nos ensina MORAES (2000, p. 67-74):

No Presidencialismo e no Parlamentarismo, o controle do poder dos entes do Estado pode ser exercido de diversas formas, dentre elas pela previsão constitucional de veto do Executivo a projetos aprovados pelo Legislativo; pela faculdade de o Presidente da República conceder indulto e comutar penas – forma de controle de correção da atividade jurisdicional; pelo controle de constitucionalidade, pelo Judiciário, das normas elaboradas pelo Legislativo ou de decretos ou medidas provisórias inconstitucionais

editadas pelo Executivo, situação em que aquele pode inclusive suspender a execução de lei considerada por ele como inconstitucional (controle de correção); pela faculdade de o Legislativo e o Judiciário controlarem o Executivo por meio do impeachment.

De tal modo, analisamos a importância e eficácia desse método criado para equilíbrio dos órgãos que exercem as funções de poder do Estado. o escopo do controle é limitar o poder, garantindo assim os direitos e liberdade do povo, de onde este emana.

#### **2.4. Poder do judiciário e sua legitimidade**

Ao abordar o poder do órgão judiciário, mister ressaltar as considerações iniciais abordadas sobre a origem da organização de Estado baseada na separação dos poderes também como o surgimento do controle de constitucionalidade. Essas duas searas permitem analisar tanto a evolução dessa esfera do poder como as funções a ele incumbidas.

Desta forma, o poder judiciário originalmente estava subordinado à lei, sua faculdade de julgar permitia tão somente a sua interpretação, estando este sujeito e submisso ao poder legislativo e executivo. Nas mais diversas modalidades de exercício dos governos e de como o Estado foi organizado ao longo dos anos, percebemos a transformação desse poder desde sua instauração até os dias atuais. SILVA (2011).

No entanto, no início do século XX, houve significativa mudança no que concerne a função do poder judiciário, marcado pelo movimento conhecido como Constitucionalização. Seu poder foi de forma significativa, expandido. Tornando-se, com respaldo na própria constituição o guardião desta. Como vimos, com o surgimento do controle de constitucionalidade, o judiciário adquiriu legitimidade de ser o interprete da Carta Magna, claro que em tempos e de formas diferentes em cada país de Estado Democrático de Direito. (MAURICIO JUNIOR,2008)

Podemos citar, o controle de constitucionalidade Americano, que facultava o poder judiciário analisar os casos concretos e aplicar de acordo com sua interpretação à Constituição. A discussão quanto à competência do poder judiciário se deu nos Estados Unidos, através do caso do Marbury vs Madison, quando

definitivamente instaurou-se o controle de Constitucionalidade e a decisão de que seria a Suprema Corte responsável por interpretar definitivamente a normas majoritárias. (MORAES,2003).

Já no Brasil, o controle de Constitucionalidade já existia de uma forma não tão abrangente na Constituição de 1934, sendo considerado apenas uma representação interventiva. Logo depois passou a existir o controle direto, com respaldo na Emenda Constitucional n. 16 de 1965. Portanto, como pontuado, na carta Constitucional de 1988 esse controle e a competência foram expandidos, ou seja, o controle aqui referido deixa de ser apenas direto e passa a ser um controle concentrado, pois atribui a apenas ao órgão Judiciário a prerrogativa de conhecer, julgar e defender a Constituição Federal. (MORAES,2005).

Contudo, ainda aduz Alexandre de Moraes (2005, p.658):

[...] compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Por meio desse controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais.

Hoje o Supremo tribunal Federal possui além da função de guardião da Constituição, competências próprias, individuais, e a liberdade de agir de modo independente segundo seus propósitos e sua interpretação da Carta Magna. Faz parte de sua competência também julgar atos dos outros Poderes, a fim de verificar se estão em conformidade com a lei, assim, tornando-se responsável em alguma medida pelos outros Poderes. Ao aplicar as regras a casos concretos, possui o direito inerente de interpretá-las segundo o pensamento dos representantes da esfera jurídica ou, ao contrário, seguir literalmente a letra da lei e o entendimento do legislador, sem exorbitâncias. (CANOTILHO,2003).

Destarte, as indagações levantadas quanto à legitimidade do tribunal Constitucional é enquanto sua competência de nulidade de atos normativos, uma vez que esse advém dos órgãos que são compostos por representantes eleitos democraticamente por escolha popular, enquanto que o poder judiciário é composto por agentes não eletivos. E no mais, ainda defendem a ideia de que o modelo atual

de controle de constitucionalidade não possibilita um verdadeiro diálogo entre a Suprema corte e os cidadãos, e não englobam um verdadeiro debate constitucional a quem suas decisões são dirigidas. (OMMATI,2003)

Mas acontece que, essa competência originária do Supremo Tribunal Federal, nasceu junto com o nosso atual sistema jurídico-político, o Neoconstitucionalismo, quando o Estado passou a ser um Estado social e Democrático de Direito, os valores do poder foram invertidos, e a atividade jurisdicional tornou-se demasiadamente importante para a concepção de democracia e justiça, o reflexo disso, é um novo “modelo” de juiz, onde esses interpretariam a lei à luz da Constituição, além de controlar a constitucionalidade das leis e ainda imputar a elas novos sentidos, afim de evitar que sejam corrompidas. Esse foi o cerne da ascensão do Direito Constitucional, no âmbito jurídico e científico. (BARROSO, 2003).

Assim sendo, o poder concentrado de controle de constitucionalidade conferido ao Judiciário, deriva da própria Constituição de 1988, poder soberano, expresso pela vontade popular, e é nesse contexto que se sustenta a legitimidade do tribunal Constitucional, tendo em vista que a Constituição trata de uma norma jurídica, incumbe aos tribunais jurisdicionais sua interpretação e aplicação. Ou seja, essa legitimidade do Judiciário trata-se da correlação entre sua função originária e a criação da Constituição como norma suprema (BARROSO, 2006).

## **CAPITULO III - O ATIVISMO JUDICIAL**

Neste capítulo, será abordado o conceito e origem de ativismo judicial; posteriormente, apresentar-se-á a relação entre ativismo judicial e a separação dos poderes, bem como a diferença entre ativismo judicial e judicialização da política; abordar-se-á, ainda, o ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal; por fim, será apresentado o ativismo judicial como um desafio para o neoconstitucionalismo.

### **3.1. Conceito e origem do ativismo judicial**

Ao que se sabe, o termo “ativismo judicial” nasceu na década de 40, nos Estados Unidos da América e se deu através de uma publicação de um artigo escrito pelo jornalista Schlesinger Jr. Isso no de 1947. Tal artigo foi escrito num momento em que, através de uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, a Suprema Corte dos Estados Unidos promovia consideráveis transformações de práticas políticas, sem que, para tanto, houvesse a participação dos Poderes Executivo e Legislativo. Isso levou à utilização da expressão ativismo judicial, naquele País, só que de forma negativa, porque comparada ao exercício impróprio do poder judicial. A partir dessa publicação, a expressão ativismo judicial tornou-se popular e, na atualidade, é objeto de relevante discussão, especialmente no âmbito da justiça constitucional (BARROSO, 2010).

No que concerne ao conceito desse termo, ainda não encontramos em doutrinas um conceito pautado do que seja o ativismo judicial. Portanto, para muitos estudiosos a expressão está relacionada à uma certa extrapolação dos limites e da competência típica da atividade judicial.

Nesse contexto, o ativismo judicial é conceituado por Ramos (2010, p. 129) como:

[...] por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.

Em contrapartida, de uma forma menos negativa, Barroso (2010, p. 10) traz outro conceito ao Ativismo judicial:

[...] a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.

E nesse mesmo entendimento, Leal (2010) ainda define o termo como sendo uma atuação mais maçante dos tribunais em relação a questões normalmente debatidas em outras esferas do poder que também são democráticas de decisão.

Diante esses conceitos, podemos concluir que o ativismo judicial por um lado é tido como atitude negativa por ameaçar toda a organização de Estado, como a separação dos poderes que abordaremos a frente. Mas este, também é encarado com uma conotação positiva, sendo o ativismo uma ferramenta utilizada atualmente para a efetivação das garantias fundamentais, como praticado pela Suprema Corte, órgão responsável pela guarda da Constituição.

### **3.2. O ativismo judicial ante o princípio da separação dos poderes**

Depois de exposto o histórico da evolução da separação dos poderes e toda a origem dessa forma de organizar o exercício estatal, abordadas a teoria de Aristóteles, seguido por Locke e Montesquieu, este que criou a mais aprimorada teoria de separação dos poderes.

A separação dos poderes hoje se encontra como cláusula pétrea.



Elencada na Constituição em seu artigo 2º e 60, § 4º, III. Reza que os poderes da união são independentes e harmônicos entre si. Portanto a separação dos poderes não é mais somente uma teoria, mas faz parte da matéria essencial da democracia e do exercício constitucional. (BRASIL, 1988).

Assim, conclui-se que mesmo diante a separação dos poderes e a divisão das funções, é ainda possível uma certa intervenção de um poder no exercício do outro, como vimos anteriormente na teoria dos freios e contrapesos, seria uma flexibilização da separação dos poderes permitida pela Constituição. Ou seja, os poderes podem agir atipicamente, ou seja, fora da sua função originária, porém dentro dos limites impostos pela Carta Magna. E essa elevada intervenção do poder judiciário é que pode ser chamando de ativismo judicial. Nesse aspecto, ensina Ramos (2010, p.116):

[...] ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional) que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.

E dessa forma é que fenômeno ativismo judicial estaria ante a separação dos poderes, uma vez que esta é considerada a garantia de um Estado democrático de Direito, onde o Poder Legislativo e Executivo são instituídos através da vontade popular, assim sendo, o Poder Judiciário estaria infringindo esse princípio e conseqüentemente defasando o sistema democrático.

Mister salientar o entendimento de que o crescimento de um poder se deve ao enfraquecimento de outro, tal crescimento do poder judiciário se deu exatamente pela fraqueza dos outros dois órgãos. Visto que as esferas legislativa e executiva sofrem uma crise de legitimidade atualmente motivada pela atuação política dos governantes e a grande rejeição popular quanto á isso. Assim sendo, a atuação ora criticada do Poder Judiciário, torna-se fundamental para fazer valer a constituição e preencher as lacunas deixadas pelos os outros dois poderes. (LEAL, 2010.)

Outrossim, considera-se que decisões tomadas pelo Poder Judiciário são de certa forma criativas e inovadoras, sendo que sua liberdade de criação é significativamente menor que a do Legislativo, e por esse motivo é considerado que há um desrespeito aos limites impostos ao órgão judicial, assim sua atitude começa a ser uma ameaça ao princípio da separação dos poderes. (RAMOS, 2010.)

Por vezes também se entende que o Supremo Tribunal Federal não fere o princípio da separação dos poderes quando interpreta a Constituição, pelo contrário, este estaria exercendo estritamente sua função primordial, qual seja a guarda da Constituição. (LEAL, 2010).

Considerando essas colocações, concluímos que a separação dos poderes é essencial para manter o Estado Democrático de Direito e que cada órgão deverá exercer sua função. Sendo o Poder Judiciário responsável pelo controle de constitucionalidade, deve este exercer tal função, uma vez que essencial para conter práticas abusivas ou omissas dos outros poderes, porém não deve o Judiciário agir de tal forma que sua atitude seja abusiva, e assim tornar defasado o Estado Democrático de Direito, através de seu ativismo.

### **3.3. Judicialização da política x Ativismo judicial**

Após estudarmos sobre ativismo judicial, imprescindível é tratar de um outro fenômeno político-jurídico chamado de judicialização da política, a fim de que não se confundam tais expressões. Mister pontuar suas diferenças e no que implica cada uma delas. Por ora pode-se pensar que os dois são sinônimos, uma vez que versa sobre a questão de o poder judiciário ultrapassar os limites impostos à sua competência. Mas existem diferenças significativas que irá definir o que é cada um desses fenômenos.

Na definição de Barroso (2008), a judicialização envolve uma transferência de questões de grande repercussão política, social ou moral ao Poder Judiciário, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, quais sejam, o Poder Legislativo e o Executivo. Enquanto o ativismo é uma atitude, é interpretar a Constituição de modo específico e proativo.

Ou seja, o ativismo judicial, exposto anteriormente é uma ação por vontade própria do tribunal constitucional, trata-se de uma escolha por parte dos juízes no momento de interpretação das leis constitucionais, enquanto que a judicialização não é uma ação individual política, ela decorre da adoção de determinado paradigma constitucional.

A judicialização ocorre quando os Poderes Legislativo e Executivo transferem algumas de suas demandas políticas para o Judiciário, que irá atuar de forma a dirimir conflitos definindo normas de comportamentos a serem adotados pelos demais poderes, isso é o que ensina Luís Roberto Barroso (2008, p. 27-28):

[...] a judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de ativismo judicial está associada a participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais.

Visto isso, constata-se que a judicialização da política e o ativismo judicial ainda não podem ser entendidos como semelhantes e nem confundidos. Uma vez que a judicialização é uma consequência do próprio sistema institucional, na medida em que o ativismo é uma atitude pró ativa do órgão judiciário, que irá agir somente se provocado e a maneira como ele irá exercer sua função é que determinará a ocorrência de ativismo judicial.

#### **3.4. Ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal no Brasil**

É inegável a expansão da atuação do poder judiciário ultimamente, analisamos muitos conceitos e definições dessa prática conhecida como ativismo

judicial, porém, importante uma reflexão do que seria a causa desse fenômeno e quando de fato ele ocorre.

Pois bem, para alguns estudiosos ele deriva de vários fatores, um deles seria a questão de termos adotados o modelo de estado intervencionista, pois nesse modelo de Estado, este atua para as garantias fundamentais, assim, uma vez que omissos o Poder legislativo ou o Executivo, a responsabilidade volta-se ao Poder judiciário, desta forma, por preceitos constitucionais, este poder está propício a agir de forma ativista, com o fim de que o Estado cumpra seu papel de assegurar os direitos e garantias fundamentais (STRECK, 2002)

Outros fatores apontados por Ramos (2010) é a função normativa atípica do Judiciário na edição de súmulas vinculantes e ainda a ineficiência do Poder Legislativo, outro elemento bastante significativo, senão o mais importante, a desencadear a prática do ativismo judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Assim, aduz Streck, 2002, p.33:

[...] inércias do Poder Executivo e falta de atuação do Poder Legislativo podem ser supridas pela atuação do Poder Judiciário, mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. Registre-se que, no caso brasileiro, o constituinte brindou a sociedade (e, portanto, a comunidade jurídica) com instrumentos aptos a suprir a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo, como é o caso do mandado de injunção, a inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, só para citar alguns.

Dessa forma, muitos temas relevantes, de índole constitucional e de interesse coletivo, que deveriam ser regulamentados pelo Poder Legislativo, acabam sendo relegados ao esquecimento, na maior parte das vezes, por falta de vontade política dos membros do parlamento em enfrentar determinadas questões. Assim, o Congresso Nacional seja por qual razão, se vê diante da incrível dificuldade de deliberar sobre temas por vezes impopulares e que refletem negativamente junto ao eleitorado. Isso em total falta de sintonia com a população, muitas vezes necessitada da regulamentação de direitos constitucionais ou de normas programáticas (LEAL, 2006).

Visto alguns fatores, importante conhecer de fato, quando esse fenômeno ocorreu na prática aqui no Brasil. Insta pontuar acontecimentos que denotam o exercício da função do poder judiciário de garantir o cumprimento da Lei maior:

- Julgamento feito pelo STF sobre o direito de greve no serviço público no ano de 2007. Quando a Suprema corte decidiu que os servidores públicos não poderiam exercer a greve antes de edição de Lei regulamentando tal assunto. Assim a lei da greve passou a fazer parte dos casos de serviço público e não somente da iniciativa privada;
- Outro julgamento de grande significância foi em relação à autorização de pesquisa usando células troncos embrionárias congeladas. Isso mostra o nível que o Supremo Tribunal vem alcançando no aspecto público;
- a decisão do tribunal que tornou possível a interrupção da gestação de feto anencéfalo, decidido de forma polêmica por 8 votos a 2;
- O julgamento da união homoafetiva, foi reconhecida a união estável para casais do mesmo sexo, assim que os ministros julgaram uma Ação direta de inconstitucionalidade n. 4277.

Diante esses casos, podemos observar que a ação mais abrangente e atípica do judiciária surgiu de uma certa pendência do Legislativo em relação à questões sociais, assim, a Corte Suprema se viu no papel de exercer essa função. Nesse caso, a prática ativista do Judiciário parece ser justificável quando o lema é o direito, as garantias fundamentais e a dignidade da pessoa humana, mesmo que ainda levantando muitas dúvidas acerca dessa prática.

### **3.5. Ativismo judicial, um desafio para o Neoconstitucionalismo**

Até então analisamos as diversas concepções de Ativismo judicial, a forma como ele ocorreu e muitas posições acerca desse assunto. Podemos concluir que o ativismo judicial possui duas faces, ou seja, pode ser considerado um fenômeno positivo ou negativo a depender do enfoque teórico de quem realiza a avaliação das decisões. Neste sentido, aduz Elival Ramos (2010, p.133):

[...] para os adeptos do literalismo e do originalismo, toda a prática judiciária que não se filie ao interpretativismo é ativista, emprestando ao termo conotação negativa, que o contrapõe à democracia, ao Estado de Direito, à objetividade e segurança jurídica, ao pluralismo ideológico, etc. Em sentido oposto, os defensores da construction (não interpretativismo) não veem o ativismo de forma negativa, na medida em que incorporam a supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade ao conjunto das instituições que expressam o sistema político democrático, insistindo na inevitabilidade da criatividade jurisprudencial, como demonstrado pela Hermenêutica contemporânea.

Para muitos, o ativismo judicial, se caracteriza por aquilo que denomina-se “Júzes legisladores” tendo em vista que o papel dos tribunais é o de interpretar o que sentido explícito do texto normativo, e não o de criar direitos, como assim muitos entendem ser a prática ativista do Judiciário, e indagando se a Suprema Corte estaria criando direito sem a legitimidade para tal (CAPPELLETTI, 1993).

Considerando positivamente a prática ativista, devemos considerar que no momento em que o STF interpreta uma norma Constitucional estamos diante apenas do exercício de sua função, qual seja de guardião da Constituição tão bem como da soberania popular, uma vez que representada na própria Constituição. Visto assim, o órgão judicial não estaria impondo sua vontade, nem tanto seu juízo de valores, mas submetendo aos legisladores a vontade prévia feita pelo povo (BARROSO, 2006).

E perante tais indagações e posicionamentos distintos sobre o ativismo judicial, que ele pode ser considerado um desafio para o nosso atual cenário político e jurídico, qual seja o Neoconstitucionalismo.

O Neoconstitucionalismo reflete o estado democrático de Direito, ao mesmo tempo que a separação dos poderes também é um marco histórico desse Estado social e democrático, tanto um como o outro referem-se a conquistas, processo de longa evolução, até chegar em um modelo de Estado que fosse o ideal, ou pelo menos, perto disso. Portanto, uma ação que venha interferir nessa organização, sem dúvidas, torna-se desafiadora. Nesse sentido é que o ativismo judicial toma tal posição, o que nos permite questionar se a atitude do órgão judicial está ferindo o princípio da separação dos poderes, tornando essa teoria hoje,

defasada ou se tal atitude está apenas concretizando o estado democrático de Direito, fazendo com que sua Lei maior venha se cumprir e a soberania popular cresça.

## **CONCLUSÃO**

Com a realização do presente trabalho foi possível concluir que o Constitucionalismo esteve presente desde as sociedades mais primordiais em diversas formas e juntamente com a sociedade veio se modificando e evoluindo. Percebe-se também que no Brasil, não foi de forma diferente o crescimento do Constitucionalismo, tendo atravessado grandes transformações, inclusive ser extinto em determinados momentos, e cada dado momento faz parte do processo de Constitucionalização, movimento contrário à toda forma de poder regida de maneira absolutista e totalitária.

O advento do Estado democrático de Direito, se deu com a constituição federal de 1988, dotada de princípios inerentes à dignidade da pessoa humana, fundada na democracia e marcada pela inversão de valores no que diz respeito à função do Estado nas esferas jurídica, social e política. Esse é o reflexo do Neoconstitucionalismo, que hoje se vê em uma nova fase, marcada por novas práticas, quaisquer estejam superando a modalidade existente até hoje.

Da mesma forma, no que se refere a poder de Estado, esse veio se transformando também ao longo do tempo. Passando de um modelo totalitário para um modelo onde a soberania popular prevalece, sendo assim ele é exercido por representantes do povo, e não somente sob o povo. E para que melhor esse poder fosse exercido, necessário se fez criar órgãos responsáveis por isso e dividir entre eles suas funções específicas, e para que houvesse harmonia dentro dessa separação, mister criar uma espécie de controle, que hoje é exercida pelo Poder Judiciário, quanto as práticas dos demais poderes.



Portanto, no que se refere à essa função do órgão Judiciário constata-se que sua competência foi ampliada a partir do momento em que surge o Estado Democrático de Direito. Com o advento do Constitucionalismo, o Poder judiciário foi incumbido de “guardar” a Constituição, zelar para que suas normas sejam cumpridas, sendo o Supremo Tribunal Federal a última instância, fica a cargo de agir em detrimento de falha e omissões dos outros dois Poderes.

No que concerne à adjudicação do Poder Judiciário, as indagações que surgem são a respeito se suas ações estão se expandindo a ponto de defasar a estrutura do Estado, e se possui legitimidade para tanto. Nesse contexto é que se trata do que é chamado ativismo judicial, termo nascido na América do Norte, em uma decisão proferida pela Suprema Corte, onde está não seria apta para tal feito.

Assim, ocorreu no Brasil em diversos casos no Brasil, onde o judiciário se viu necessário para dirimir lides de teor público, com o argumento de estar vigiando o texto Constitucional, enquanto que em contraposição, doutrinadores, juristas e membros discutem e indagam se essa prática seria legítima, uma vez que os compositores do Poder Judiciário não são eleitos pelo povo.

Conclui-se portanto que existe a possibilidade legitimada do Poder Judiciário se interferir e decidir a frente do Poder Legislativo ou Executivo, pois cabe a ele interpretar a Constituição e fazer com que a mesma seja respeitada, isso se denomina judicialização da política, uma vez que estas demandas são transferidas ao Supremo Tribunal, para que seja solucionado certo conflito. Ademais, o ativismo judicial é essa prática usada de forma exacerbada, proativa sem que a demanda tenha sido conferida a tal. É nesse sentido que a prática ativista se torna um desafio constitucional, pois não se sabe ao certo quando ela ultrapassa esse limite.

Resta salientar, que essa prática não está prevista em nenhum dispositivo legal, mas seu fundamento é extraído do texto constitucional, que confere ao poder Judiciário funções peculiares como dito. Por ora, o ativismo judicial pode ser uma nova forma de Constitucionalismo, representando uma flexibilização ainda maior da teoria da separação dos poderes, ou até tornando está defasada. Por outro lado, significa apenas que o Poder Judiciário exerce de forma concreta sua função de

zelar e interpretar a norma superior. Aplicando-a a fim de garantir os direitos dos cidadãos, uma vez que provoquem a jurisdição em prol de suas necessidades.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista Eletrônica da OAB, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. **Locke e o direito natural**. 2 ed. Brasília: Editora UnB, 1997, p. 48.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

COSTA, Hekelson Bitencourt Viana da. **A Superação da Tripartição de Poderes**. Op. cit., p. 13.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. 8. ed. **A Evolução Constitucional do Brasil** Florianópolis: 2006.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. **Mini Resumo de Direito Constitucional**. Introdução ao Estudo do *Direito Constitucional*. 1ª. ed. , 2014.

COSTA, Leonardo C.; TERIN, Vitor J. **TRIPARTIÇÃO DOS PODERES**. Artigo. Revista Intertemas, 2006

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DROMI, José Roberto, **La Reforma Constitucional: El Constitucionalismo del” por venir”**. Madri fundacion BBV, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito Constitucional**. 32. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altivez?: O outro lado do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LENZA, PEDRO. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Igor César F. A. Gomes (org.) Tradução de: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. São Paulo: Editora Vozes, 1994, p. 31. 14 Idem, ibidem, p. 74.

MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. **Judicialização da política e a crise do direito constitucional**. Revista de Direito do Estado - RDE I. Ano 3, n. 10: 125-142, abr./jun. 2008, p. 126-127.

MENDES, Gilmar. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do STF: Novas leituras**. Disponível em: [www.georgemlima.xpg.com.br/mendes2.pdf](http://www.georgemlima.xpg.com.br/mendes2.pdf). Acesso em: 20 de Set. de 2017.

Montesquieu e a teoria da tripartição dos poderes. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 386, 28 jul. 2004.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva,

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 59-62. 8

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010

PINTO, TÁCITO LÍVIO MARANHÃO. STF: "...PRECIPUAMENTE A GUARDA DA CONSTITUIÇÃO...". **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**. n. 16, jul/dez, 2010.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Teoria da constituição São Paulo: Podium, 2009.

SILVA, Osmar José da. **Poder Político e Direito. Juridicidade do Poder Político: Evolução Histórica e Doutrinária. Regulação Jurídica do Poder Político. Doutrina**. Goiás: Ministério Público, 2011.

SOARES, Andréa Antico; RIGOLDI, Viviane, **O constitucionalismo do futuro de José Roberto Dromi: Questões acerca da viabilidade de um constitucionalismo universal**, Em tempo, Revista UNIVEM, V. São Paulo, V.12, p. 428-446, 2014.

Disponível em: <http://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/411>. Acesso em: 02 Set, 2017.

SOUZA, Sandra Elisa Pereira; ALENCAR, Jucinete Carvalho de; BASTOS, Iolanda Lúcia Gonçalves. Os princípios de governo, a natureza das leis e a tripartição de poderes segundo Montesquieu. Governo e Política. 23 outubro 2009.

Tavares, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

VASCONCELOS, A. **Teoria da norma jurídica**. 4 ed. Rio de Janeiro: Malheiros Editores. 1996.

WIEGERINCK, João Antonio. **Tripartição do Poder: o balanço entre harmonia e independência**. Consultor Jurídico. 27 nov. 2005.

VICIANO, R. e MARTÍNEZ, R. **Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano**. In: Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición. El nuevo constitucionalismo en América Latina. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010.