

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO CURITIBA**

MARIANA TOMÉ PEDROSO

**ATIVISMO JUDICIAL E SEPARAÇÃO DE PODERES: DESCARACTERIZAÇÃO
DO PRINCÍPIO?**

**CURITIBA
2018**

MARIANA TOMÉ PEDROSO

**ATIVISMO JUDICIAL E SEPARAÇÃO DE PODERES: DESCARACTERIZAÇÃO
DO PRINCÍPIO?**

**Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito, do
Centro Universitário Curitiba.**

Orientador: Professor MSc. Luiz Gustavo de Andrade

**CURITIBA
2018**

MARIANA TOMÉ PEDROSO

**ATIVISMO JUDICIAL E SEPARAÇÃO DE PODERES: DESCARACTERIZAÇÃO
DO PRINCÍPIO?**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela Banca Examinadora
formada pelos professores:

Orientador: Luiz Gustavo Andrade

Prof. Membro da Banca

Curitiba, ____ de _____ de 2018.

Aos meus pais, José e Edileuza, meus exemplos de vida.

Aos meus irmãos, Marco Aurélio e Laura.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus que permitiu que tudo isso acontecesse, ao longo de minha vida, e não somente nestes anos como universitária, mas que em todos os momentos é o mestre de todos os meus atos.

Agradeço imensamente aos meus pais, pelo amor, incentivo e apoio incondicional, tanto financeiro quanto emocional, pois sem eles esta caminhada jamais seria possível.

A esta universidade, seu corpo docente, direção e administração que oportunizaram a janela que hoje vislumbro um horizonte superior, eivado pela acendrada confiança no mérito e ética aqui presentes.

Ao Professor MSc. Luiz Gustavo de Andrade, por quem tive a honra de ser orientada, meus sinceros agradecimentos pelo empenho, dedicação e paciência aplicada na elaboração deste trabalho desde o primeiro momento.

Agradeço a todos os professores por me proporcionar o conhecimento não apenas racional, mas a manifestação do caráter e afetividade da educação no processo de formação profissional.

Ao Cássio, por todo amor, carinho e dedicação, e por ter me apoiado em todos os momentos de tensão com paciência e compreensão.

Ao meu bom amigo Nicolas, que mesmo distante sempre se faz presente.

À colega Flávia. E a todos os que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação.

RESUMO

O presente trabalho objetiva demonstrar e analisar a possível ocorrência da ponderação do Princípio da Tripartição dos Poderes, sob a ótica do ativismo judicial, instalado no ordenamento brasileiro, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Com a superação do regime militar, que perdurou do ano de 1964 até 1985, expandiram-se os instrumentos jurídicos à disposição do homem comum, de modo que o cidadão comum tomou conhecimento de seus direitos e passou a exercê-los de forma mais efetiva, somado a isso, a contar da Constituição da República de 1988, o rol de legitimidade para propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade aumentou significativamente, esta alteração normativa, autoriza ao Judiciário a análise incidental da (in)constitucionalidade do texto normativo, estes dois fatores, foram determinantes para a ocorrência da expansão da litigiosidade no Brasil. Esta explosão litigiosa resultou no protagonismo do Poder Judiciário, isto é, o Poder Judiciário encontra-se em evidência quando da análise da função do Estado na sociedade. Pretende-se analisar a fundo a cronologia do princípio da tripartição dos poderes e seu desenvolvimento, demonstrando a atuação pró-ativa do Poder Judiciário em tempos de Neoconstitucionalismo, inclusive, apresentando exemplos práticos, nos quais se observam o fenômeno do ativismo na atuação do Poder Judiciário em decisões atuais dos Tribunais brasileiros.

Palavras-chave: Tripartição dos Poderes, Ativismo Judicial, Neoconstitucionalismo, Poder Judiciário, expansão litigiosa.

SUMÁRIO

RESUMO	5
1 INTRODUÇÃO	7
2 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES	9
2.1 PLATÃO, ARISTÓTELES, THOMAS HOBBS, JOHN LOCKE E JEAN- JACQUES ROUSSEAU	9
2.2 A SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES EM MONTESQUIEU	23
2.3 A SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DO BEM ESTAR SOCIAL.....	30
2.4 A SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES NA JURISPRUDÊNCIA DO STF	33
3 EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO PRÓ-ATIVA	43
3.1 ATIVISMO JUDICIAL: CONCEITO.....	44
3.1.1 Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana	46
3.1.2 Ativismo Judicial no Ordenamento Brasileiro.....	48
3.2 PROTAGONISMO JUDICIÁRIO	51
3.3 PROCEDIMENTALISMO VERSUS SUBSTANCIALISMO.....	52
4 O FENÔMENO DO “NECONSTITUCIONALISMO”	54
4.1 NEOCONSTITUCIONALISMO E ATIVISMO	56
4.2 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES ESTÁ SENDO VIOLADO?	60
4.3 RUMOS DO PRINCÍPIO DA HARMONIA ENTRE OS PODERES	63
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	67
REFERÊNCIAS	71

1 INTRODUÇÃO

Tem-se que o modelo tripartite de governo vem culminando-se ao longo da história sobre a ótica de inúmeros pensadores e juristas¹, dentre os quais podem-se citar: Platão, Aristóteles e Locke, no entanto, a tripartição dos poderes, tal qual exercida atualmente em nosso ordenamento, é atribuída à Montesquieu², e é com supedâneo em sua principal obra³ que o presente trabalho terá seu viés desenvolvido.

Com o advento da Constituição de 1988, consolidou-se a independência e a harmonia entre os três poderes, a divisão dos poderes é um dos princípios fundamentais que a constituição adota, conforme se extrai da análise do artigo 2º da referida Carta: Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário⁴.

Esta pesquisa, tem por derradeiro o estudo aprofundado acerca do sistema de freios e contrapesos, concretizado por Montesquieu, em tempos de neoconstitucionalismo, analisando o arcabouço jurisdicional brasileiro sob a perspectiva da atuação ativista do Poder Judiciário, considerando as evidentes influências norte-americanas no desenvolvimento desta estrutura.

O trabalho será voltado à análise da harmonia entre os três poderes, sob a ótica do ativismo judicial em tempos de neoconstitucionalismo. Primordialmente, pretende-se apresentar uma análise ao desenvolvimento histórico do princípio da tripartição dos poderes. Serão examinados os pontos de vista e a análise de alguns doutrinadores, como Platão⁵, Aristóteles⁶, Jean-Jacques Rousseau⁷, Locke⁸ dentre outros, até chegar à proeminente tese desenvolvida por Montesquieu.

¹ COUCEIRO, Julio Cezar da Silveira. **Princípio da Separação de Poderes em Corrente Tripartite Couceiro**. Rio Grande: Âmbito Jurídico, 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 08 de agosto de 2017.

² Ibidem.

³ MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Tradutor Roberto Leal Ferreira. 9 ed. São Paulo: Martin Claret, 2002.

⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. São Paulo: Melheiros Editores LTDA, 2005. p. 106.

⁵ PLATÃO. **A República**. Tradutor J. Guinburg. São Paulo. Difusão Europeia do Livro: 1965.

⁶ ARISTÓTELES. **Política**. Tradutor Pedro Constantin Tolens. 61 ed. São Paulo: Martin Claret: 2007.

⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques Rousseau. **Do Contrato Social**. Tradutor Pietro Nassetti. 46 ed. São Paulo: Martin Claret: 2005.

⁸ LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo**. Tradutor Alex Martins. 89 ed. São Paulo: Martin Claret: 2005.

Num segundo momento, será examinada a expansão da jurisdição pró-ativa desde seu surgimento, abordado aspectos importantes do sistema jurídico norte-americano, principalmente a atuação da Suprema Corte que ensejou o avolumamento da atuação do judiciário além da ideia de mera subsunção da norma, permitindo ao juiz aplicar efetivamente uma hermenêutica mais ativa nas análises de casos concretos que são lhes postos à mesa.

Por fim, analisar-se-á o fenômeno do neoconstitucionalismo propriamente dito. A fim de apresentar algumas respostas possíveis à indagação inaugural. Obviamente, o que se pretende com esta pesquisa não é estampar um rol taxativo de causas para a ampliação da atuação do Poder Judiciário, tampouco para a reestruturação do Estado após a redemocratização ocorrida com a promulgação da Constituição de 1988, no entanto, serão abordadas diferentes possibilidades para este fenômeno, almejando expor o exame acerca da descaracterização ou não do Princípio da Separação de Poderes no Estado Democrático de Direito.

2 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES

O princípio da separação de funções no Estado teve sua origem desde a antiguidade grega, por Aristóteles que apontou os riscos da concentração das prerrogativas de atuação no Estado nas mãos de um só detentor. É a partir desta ideia que inúmeros filósofos-políticos vêm contribuindo ao longo da história para o desenvolvimento dos sistemas políticos, mormente o sistema de governo norte-americano que exerce evidente influência no ordenamento brasileiro.⁹

A separação de Poderes conforme exercida atualmente, sendo Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário¹⁰ decorre de uma aglutinação de ideias e teorias de governo, pelo que se faz oportuna a elucubração de algumas das principais influências.

2.1 PLATÃO, ARISTÓTELES, THOMAS HOBBS, JOHN LOCKE E JEAN-JACQUES ROUSSEAU

Precipuamente, a ideia do exercício do poder de forma descentralizada iniciou-se com Platão. Muito embora este filósofo grego não tenha desenvolvido um sistema de governo que tivesse sua aplicabilidade possível, sua influência encontra-se fortemente presente nas obras de seus seguidores.

Em sua obra *A República*, Platão, utiliza-se de personagens para dar vida à um diálogo, com o objetivo de descrever a Cidade Ideal, fazendo considerações ao poder descentralizado. O autor discorre sobre uma Cidade Ideal que existe apenas no campo da imaginação, entretanto, pode-se observar diversas pontuações que influenciaram o desenvolvimento do sistema de governo descentralizado.

Já naquela época, Platão fez uma crítica ao que viria a ser mais tarde o sistema absolutista, com o poder centralizado em apenas um indivíduo. Para ele, para que o

⁹ DALLARI. Dalmo de Abreu. **A Constituição na Vida dos Povos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 261

¹⁰ Oportuno expender que o Estado possui funções estatais que não compõem os três poderes, como o Ministério Público e os Tribunais de Contas, os quais estão disciplinados respectivamente nos artigos 70 e seguintes e artigo 127 e seguintes, todos da Constituição Federal de 1988, que versa acerca da autonomia e independência destas funções no Estado.

governo seja considerado bom deve ser pautado por uma justiça inerente ao homem e ter como derradeiro a felicidade.

Examinemos, portanto, a gênese da cidade. Deparamos em sua origem a obrigação em se veem os homens de se prestarem ajuda mútua para fazer face aos imperativos da vida. Daí nasce a associação política, primeiro rudimentar e depois diferenciada através da especialização das funções. Esta especialização assegura, em todos os setores, um rendimento não só melhor em qualidade, porém mais importante; e pelo fato mesmo de que permite satisfazer facilmente as necessidades primordiais da existência, abre novo campo à atividade humana. Necessidade até então desconhecidas vêm à luz e, destarte, a cidade primitiva, que se compunha quase só de lavradores e alguns artesãos, cresce em população e em extensão. Nela, o comércio não tarda a se desenvolver. De início tem a se sede principal no mercado público; mas desde que a produção aumenta e as matérias-primas de toda ordem se tornam indispensáveis, este quadro se mostra demasiado estreito. É preciso multiplicar as relações já existentes com as regiões vizinhas, estabelecer novas com as regiões distantes, e, para tanto, construir navios. Novas classes sociais – importadores e exportadores, marinheiros – se constituem assim na cidade. [...] A vida de seus cidadãos será tão cômoda, quanto feliz: satisfeitos com uma nutrição sadia e frugal, sem desejos nem preocupações, gozarão dos benefícios da paz e cantarão os louvores aos deuses.¹¹

Para o filósofo a Cidade Ideal deve ser governada sob o sistema político da Sofocracia¹², que subdivide a sociedade em três grupos: os governantes, os guardiões e os camponeses. Sendo que os governantes, necessariamente devem ser filósofos, por serem dotados das virtudes da sabedoria, temperança e da justiça.

Para que o governo seja considerado justo, cada classe deve preencher unicamente a função conveniente à sua natureza. A divisão de funções na sociedade não deve obedecer a critérios de gênero, deve somente se analisar a aptidão de cada um para exercer a função que lhe cabe.

Com efeito, Platão coloca o filósofo como mister na sociedade. Neste diapasão assevera que é preciso que os filósofos se tornem reis, ou os reis e os soberanos deste mundo, tornem-se realmente e sinceramente filósofos¹³

Em sua obra, o filósofo destaca a importância da governabilidade com consciência das necessidades da sociedade, Platão apresenta uma efetiva aversão ao acúmulo de propriedade, por compreender que isto desvirtua os homens, tornando-

¹¹ PLATÃO. 1965. p. 21-22.

¹² Sistema Político idealizado por Platão no qual o governo era exercido somente pelo filósofo, por ser considerado o único detentor da virtude da moderação.

¹³ PLATÃO. 1965. p. 30

os competitivos e mesquinhos, entende que a governança jamais deve ser destinada à felicidade de apenas um grupo específico de cidadãos, mas à felicidade de todos os componentes da polis, neste sentido expõe o seguinte trecho de sua obra:

Mas já declaramos não visar de modo algum a felicidade própria de uma classe de cidadãos: além disso, a quem nos acusasse de dureza para com os nossos magistrados, podemos responder que estes devem às nossas instituições o fato de serem o que são. É justo, pois, que paguem sua dívida à cidade e a seus fundadores, aceitando, uma vez terminada a sua educação, ocupar-se dos negócios públicos. Seus compatriotas ganharão com isso por terem chefes não só competentes mas desinteressados, porque ricos em suas almas do mais precioso de todos os bens (521 b). Como regra geral, para que um Estado seja prudentemente governado, cumpre que a condição privada dos homens destinados ao poder seja para eles preferível ao exercício do próprio poder – o qual nunca deve constituir uma isca oferecida às ambições mais malsãs.¹⁴

Platão também faz duras críticas à oligarquia¹⁵, à democracia¹⁶ e à tirania¹⁷, expondo o iminente fracasso dos governos cujos poderes se concentram nas mãos de governantes sem virtudes, destarte, esta crítica se evidencia no seguinte trecho de sua obra:

Invertendo ousadamente a posição anterior do problema, parte da constituição ideal e estuda as suas metamorfoses na ordem cronológica considerada, por petição de princípio, como uma ordem de corrupção crescente. As constituições degeneradas, provindas da aristocracia, são em número de quatro. Em primeiro lugar vem a timarquia, que os governos de Creta e de Lacedemônia oferecem exemplos históricos; a oligarquia que lhe sucede não tarde, em geral a ser suplantada pela democracia; enfim, no último grau, a tirania consome o trunfo da injustiça. A estes quatro tipos de constituições viciosas correspondem quatro caracteres da alma nos quais se afirma o progresso da ignorância e do mal (545 c).¹⁸

¹⁴ PLATÃO. 1965. p. 36.

¹⁵ Conhecida como “governo de poucos”, no qual os ricos governam, trata-se de um desvio da aristocracia. (BOBBIO, Norberto. Matteuci, Nicola. PASUINO. Gianfranco. **Dicionário de Política**. 2 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986. p. 835).

¹⁶ Platão define a Democracia como sendo o “Governo de número”, “Governo de muitos” e “Governo da multidão”. Distinguindo as formas boas das formas más de governo, a Democracia é a menos boa das formas boas de governo e a menos má das formas más de governo. (Ibidem, p. 320).

¹⁷ Ditadura, exercício do poder de uma figura tirana sobre todos os governados.

¹⁸ PLATÃO. 1965. p. 43 - 44.

Platão acreditava que a única forma de sociedade que poderia ser intitulada como ideal e justa, é aquela cujas funções são corretamente distribuídas e exercidas por aqueles que possuem as aptidões necessárias para tanto. Esta divisão de função, deve ser realizada em observância às virtudes de cada indivíduo analisadas individualmente, de forma que o Estado e as pessoas coexistem harmonicamente, e por conseguinte possuem o mesmo objetivo: a felicidade.

Tendo em vista que a teoria de Platão se tratava uma utopia para descrever o mundo ideal, com seres humanos perfeitos, com relações sociais perfeitamente interligadas, é evidente que sua aplicabilidade no mundo real e cognoscível encontra-se deveras prejudicada.

Nesta senda, os filósofos e juristas sucessores à Platão, elucubraram novas teorias a partir de críticas e análises às suas ideologias. Aristóteles foi um dos principais críticos às ideias de Platão, e é por ele que se inicia o estudo que possibilitou o desenvolvimento efetivo da separação de poderes no Estado.

Aristóteles, embora pupilo de Platão, tece diversas críticas ao sistema idealizado por seu mentor. Em suma, em sua obra, o autor discorda do dualismo platônico, que separava em dois polos distintos o mundo da inteligência do mundo das coisas sensíveis, Platão visava, acima de tudo, salvar a ciência, estabelecendo a coerência necessária entre o conceito e seu objeto. Já o realismo de Aristóteles procura estabelecer esta coerência sem abandonar o mundo sensível.¹⁹

Em que pese Aristóteles não ter desenvolvido uma teoria de sistema de governo específica, assim como os ensinamentos de Platão, sua influência é facilmente observada nos sistemas de governo atuais.

Para ele, a Cidade é uma comunidade de homens livres, pois, em sua concepção, a política é inerente ao homem, sendo este, um animal político. Assim, os governantes devem exercer sua função de modo a possibilitar o atendimento dos interesses comuns, pautando-se sempre no princípio da justiça. Neste sentido, Aristóteles afirma que os governos que visam a atender apenas os interesses dos governantes estão fadados ao fracasso.

Aristóteles entende a sociedade como uma relação natural do homem, o filósofo propõe uma forma de encarar a política, considerando que a convivência em

¹⁹ ARISTÓTELES. 2007. p. 284.

sociedade é inerente à vontade individual de cada um, por conseguinte, a política é também inerente ao homem.

Para ele, o homem é naturalmente um animal político. O filósofo desnuda as relações sociais existentes na sociedade, comparando-as com as relações presentes no dia-a-dia de uma rotina familiar, de forma a demonstrar esta política inerente ao homem.

[...] essa configuração que distingue a cidade das outras comunidades que a constituem – a família e a aldeia (associação de famílias). Tanto a família quanto a aldeia são comunidades organizadas segundo relações de autoridade dos pais de família, dada a falta de igualdade, ou despótica, dada a falta de liberdade. Além disso, são comunidades cuja finalidade é a reprodução da espécie pela procriação, a preservação e a conservação da vida. Neste sentido essas comunidades são ditas naturais.²⁰

Para Aristóteles, dentre os regimes de governo existentes, a democracia e a oligarquia são os mais eminentes, em função dos quais, todos os outros devem ser analisados.²¹

Cada um dos sistemas de governo apresenta um desvio, todos decorrentes do exercício do poder pelos governantes em descompasso com o interesse da sociedade.

Com efeito, os referidos desvios são: da monarquia, a tirania; da aristocracia, a oligarquia; do governo constitucional, a democracia.²² Observa-se, portanto, que Aristóteles admite a existência de seis sistemas políticos, sendo que a monarquia, a aristocracia e a constituição, são formas virtuosas de governança, nas quais o governante visa o atendimento do bem comum. Importante frisar, que os desvios descritos pelo autor, são decorrentes de desvios advindos dos governantes, sejam eles um, uns, ou muitos homens. Desta forma Aristóteles demonstra que efetivamente seu estudo não foi voltado à definição de um tipo de governo ideal ou correto, e sim, demonstrar a possibilidade de exercício de todas as formas de governo desde que exercidas da forma correta, isto é, visando o bem comum da sociedade como um todo e não somente de uma parcela desta.

²⁰ RAMOS, Flamarion Caldeira. MELO, Rúrion. FRATESCHI, Yara. **Manual de Filosofia Política**. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 38.

²¹ ARISTÓTELES. 2007. p. 29.

²² Ibidem. p. 124.

O autor define o cidadão como sendo todo aquele que possui poder político, de modo que, cidadão não é apenas um habitante, e quando se altera a distribuição de poderes políticos na sociedade, pode-se considerar a criação de uma nova Cidade, diversa da existente anteriormente.²³

O filósofo disserta ainda sobre a prevenção de revoltas na sociedade. Para ele, a maior contribuição para o sucesso de um sistema político é a adaptação da educação ao sistema vigente, seja ele qual for, neste sentido, dispõe o seguinte trecho de sua obra:

Mas de todas as coisas que dissemos, o que mais contribui para a permanência das constituições é a adaptação da educação às formas de governo, embora esse princípio seja sempre negligenciado. As melhores leis, as sancionadas por cada cidadão da Cidade, serão completamente inúteis se os cidadãos não forem educados pelo hábito e pela educação no espírito da constituição, democraticamente se as leis forem democráticas, oligarquicamente se as leis forem oligárquicas, pois, pois se houver discrepância em um só cidadão, a Cidade também o será. Ora, ter sido educado no espírito da constituição não é agir de maneira a adular os oligarcas ou democratas, mas sim agir de forma a permitir que os oligarcas governem de modo oligárquico e os democratas, de modo democrático.²⁴

O autor discorre também, acerca das revoluções nas Cidades, e como evitá-las. Para Aristóteles, as revoluções são resultantes de excessos. Sendo possível evitar as revoluções, mantendo sempre o espírito de obediência às leis, como retratado neste trecho da obra:

Em todos os governos bem constituídos o espírito de obediência à lei deve ser mantido, sobretudo nas pequenas matérias; as pequenas transgressões levam imperceptivelmente à ruína da Cidade, exatamente como a constante ocorrência de pequenos gastos devoram a fortuna. Os gastos passam sem ser percebidos por que não ocorrem no mesmo momento, e enganam o pensamento como no sofisma que diz “se cada parte é pequena, então o todo é pequeno”.²⁵

²³ ARISTÓTELES, 2007. p. 39.

²⁴ Ibidem. p. 200.

²⁵ Ibidem. p. 195.

Para a constituição de uma sociedade justa, Aristóteles assevera que o governo deve ser exercido sempre com o fim de minimizar as desigualdades sociais e econômicas, assim, a governança deve ser exercida pela Classe Média, para evitar excessos, e desigualdades.

Aristóteles faz menção a três elementos inerentes à todas as Cidades, quais sejam: a deliberação, as magistraturas e o judiciário.

Toda Cidade tem três elementos, cabendo ao bom legislador examinar o que é mais conveniente para cada constituição. Quando essas partes forem bem ordenadas, a constituição será bem ordenada, e conforme diferem umas das outras, as constituições também diferem. A primeira dessas partes concerne à deliberação sobre os assuntos públicos; a segunda, às magistraturas: qual deve ser instituída, qual deve ter sua autoridade específica e como os magistrados devem ser escolhidos; por último, relaciona-se à como deve ser o poder judiciário.²⁶

A deliberação, que é o poder soberano nas Cidades, é o poder atinente às decisões dos assuntos públicos, isto é, às matérias de guerra e paz, dissolução de alianças, sentenças de morte, exílio, confisco, bem como a prestação de contas dos magistrados; este poder deve ser pertencente a um, alguns ou todos os cidadãos, variando conforme o sistema político vigente²⁷.

Quanto as magistraturas, trata-se do poder cujos ocupantes dos cargos têm a função de deliberar sobre certas matérias e agir como juízes e sobretudo comandar; pois a principal função de um magistrado é comandar.²⁸

Considerando que Aristóteles não indica um sistema político ideal, faz-se impossível apontar uma única forma de exercício deste poder, ao passo que o autor elenca algumas variações no exercício da magistratura, sobretudo na sua forma de eleição e exercício dos cargos. Esta multiplicidade de possibilidades foi materializada em forma de indagações pelo autor, como se evidencia no seguinte recorte de sua obra:

²⁶ ARISTÓTELES, 2007. p. 170.

²⁷ Idem.

²⁸ Ibidem. p. 173.

Primeiro: quem elege os magistrados? Segundo: de onde saem os escolhidos? Terceiro: como se faz essa nomeação? Isso pode se apresentar de três modos distintos: a) todos os cidadãos decidem; b) os funcionários escolhidos segundo determinada qualificação (por nascimento, mérito ou alguma razão especial, como em Megara, onde a escolha é feita entre aqueles que retornam do exílio e lutaram juntos contra a democracia) entre os cidadãos decidem; c) o modo de designação é por voto ou por sorteio. Além disso, estes modos podem ser combinados dois a dois, isto é, alguns cidadãos devem indicar; e todos os cidadãos podem ser indicados para certas funções, contudo para outras funções apenas uma determinada classe, e para algumas funções a designação pode ser pelo voto, todavia, por sorteio para outras.²⁹

Quanto à parte judiciária, Aristóteles apresenta a existência de oito espécies de tribunais, quais sejam: 1) tribunal de contas; 2) que julga danos causados à Cidade; 3) que julga ofensas à constituição; 4) que decide disputas entre magistrados e os cidadãos comuns quanto às penas; 5) que decide em relação às matérias atinentes aos contratos entre particulares; 6) os que julgam homicídios; 7) para estrangeiros; e 8) tribunais que julga as pequenas causas. Os integrantes destes tribunais, os cidadãos-juizes, devem ser eleitos por voto ou escolhidos por sorteio, para decidirem as demandas oriundas das relações da sociedade³⁰

Quanto às variações de exercício destes poderes, é certo que, com a aplicabilidade desta divisão de poderes universal a todos os sistemas políticos, cabe ao legislador examinar a conveniência para cada constituição.

Por fim, com este exame da filosofia de Aristóteles, evidencia-se a inclinação do filósofo na predileção por modelos de governo cujo poder do Estado encontra-se descentralizado, assim como praticado atualmente no ordenamento brasileiro. Desta forma, ainda que não tenha sido referência a um modelo específico de governo como sendo ideal, é possível encontrar fortes influências destes filósofos na atualidade.

Outro aspecto a ser observado no desenvolvimento da separação de funções do Estado, é a evolução histórica na qual este conceito foi formado.

O absolutismo, sistema político que vigorava na Europa, no final da Idade Média e início da Idade Moderna, foi caracterizado pela concentração de todo o poder nas mãos de apenas um detentor, de forma que se estabeleceu no Estado uma relação de soberano (monarca) e seus súditos, sendo que este soberano exercia suas vontades sem a imposição de limitações ou sujeição a qualquer outra pessoa.

²⁹ ARISTÓTELES. 2007. p. 175

³⁰ Ibidem. p. 177.

O poder atribuído ao monarca teria sua origem atribuída à Deus e, portanto, não seria passível de questionamentos. O filósofo Jean Bodin, em sua obra *Seis Livros Sobre a República*, defende veementemente o fortalecimento do absolutismo, de forma que, o poder sendo atribuído ao monarca por Deus, não seria possível abdicar ou questionar tal poder, sob pena de autodestruição do soberano, neste sentido, pode-se analisar o seguinte fragmento de sua obra:

Os atributos da soberania são, portanto, peculiares ao príncipe soberano, pois, se transmissíveis ao sujeito, não podem ser chamados de atributos de soberania [...] Assim como Deus Todo Poderoso não pode criar outro Deus igual a Si mesmo, pois Ele é infinito e dois infinitos não podem coexistir, então o príncipe soberano, que é a imagem de Deus, não pode fazer um assunto igual a si mesmo sem autodestruição.³¹

Ainda neste sentido, Bodin assevera:

Nada havendo de maior sobre a terra, depois de Deus, que os príncipes soberanos, e sendo por Ele estabelecidos como seus representantes para governarem os outros homens, é necessário lembrar-se com toda a obediência, a fim de sentir e falar deles com toda a honra, pois quem despreza seu príncipe soberano despreza a Deus, de Quem ele é a imagem na terra.³²

Para Bodin, o poder atribuído aos soberanos estava subordinado apenas à Deus (lei divina) e a lei natural (bem da sociedade), não sendo vinculado às próprias leis ou de seus antecessores.

Essas pessoas podem exercer o direito apenas até que seus cargos sejam revogados ou que suas comissões expirem. O príncipe, a quem Deus não

³¹ Livre tradução do seguinte trecho no idioma original: "The attributes of sovereignty are therefore peculiar to the sovereign prince, for if communicable to the subject, they cannot be called attributes of sovereignty ... Just as Almighty God cannot create another God equal with Himself, since He is infinite and two infinities cannot co-exist, so the sovereign prince, who is the image of God, cannot make a subject equal with himself without self-destruction.", (BODIN, Jean. **Six Books of the Commonwealth**. Oxford: Brasil Blackwell Oxford, s.d. p. 42.)

³² BODIN, Jean. Os Seis Livros Sobre a República. São Paulo: Ícone Editora. 2011. apud. RODRIGUES, Joelza Ester. **O Absolutismo: Teóricos e contextos**. In Ensinar História. Disponível em <<http://www.ensinarhistoriajoelza.com.br/absolutismo/>>. Acesso em 25 de agosto de 2017.

reconhece superior algum. O magistrado, abaixo de Deus, detém os poderes do príncipe e os exercita sujeito ao príncipe e as leis. O cidadão, abaixo de Deus, é, de acordo com seu grau, sujeito ao príncipe, a suas leis, e aos seus magistrados, cada qual em seu próprio âmbito. Devo esclarecer que entendo por magistrado todos aqueles que possuem o direito de jurisdição anexado aos seus domínios, por que tais direitos eles detêm em nome do príncipe, assim como qualquer outro magistrado.³³

No sistema absolutista de governo, o monarca absoluto não se vincula aos conselhos de um órgão legislativo, mesmo que tal órgão servisse para representar as então três classes existentes no Estado francês (o Clero, a Nobreza e a Burguesia), dessa forma, o poder soberano é uno e indivisível, o soberano pode criar leis e não observá-las, ou mudar leis sem o consentimento daqueles em nome de quem é soberano.

A Revolução Francesa (1789) foi um marco para a derrocada do absolutismo, com a instauração da Assembleia Constituinte, após a queda da Bastilha, foram suprimidos os privilégios feudais anteriormente presentes no governo absolutista.³⁴

A Revolução Francesa é comumente associada ao início da predominância do ideário liberal e seu respectivo modelo de Estado, já que ela formatou as linhas mestras da política e da ideologia do século XIX, sendo a revolução de seu tempo.³⁵

Neste contexto, os contratualistas exerceram essencial influência sobre esta marcante reforma social. Com a expansão do movimento iluminista, foram

³³ Livre tradução do seguinte trecho no idioma original: "These persons can exercise the right only until their office is revoked or their commission expired. The prince after God recognizes no superior whatsoever. The magistrate, under God, holds his powers of the prince and exercises them subject to the prince and the laws. The citizen, under God, is each according to his degree subject to the prince, his laws, and his magistrates, each in his proper sphere. I should add that I comprehend under the name of magistrate all those who have rights of jurisdiction annexed to their fiefs, for these rights they hold of the prince just as does any other magistrate." (BODIN, Jean. **Six Books of the Commonwealth**. Oxford: Brasil Blackwell Oxford, s.d., p. 92.).

³⁴ BIGELI, Alexandre. **Revolução Francesa: A Queda da Bastilha e o fim do Regime Absolutista**. In Pesquisa Escolar. Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia/revolucao-francesa-a-queda-da-bastilha-e-o-fim-do-regime-absolutista.htm>>. Acesso em 25 de agosto de 2017.

³⁵ HOBBS, Eric J. **A Era das Revoluções**. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979. Apud. MORAES, Ricardo Quartim de. A Evolução Histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua Relação com o Constitucionalismo Dirigente. 51 ed. São Paulo: **Revista de Informação Legislativa**, 2014. p. 272. Disponível em: Disponível em <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p269.pdf>. Acesso em: 05 de abril de 2018.

desenvolvidos diferentes modelos de governo, o homem passa a ser visto como o centro das relações de governo e não mais a religiosidade como anteriormente no sistema absolutista.

A expansão no movimento iluminista teve suma importância na Revolução Francesa, os filósofos precursores deste movimento, trabalharam para retirar a ideia de religiosidade na atribuição de poderes dentro da sociedade, o homem passa a ser o centro das relações sociais, afasta-se a concepção de poder divino e passa-se discutir a racionalidade na estruturação do Estado.

O contratualista Thomas Hobbes defendeu o sistema absolutista, entretanto, em contraposição ao absolutismo vigente à época, traz a legitimação racional do poder, considerando que o soberano deve fundamentalmente exercer o poder sobre os súditos a fim de evitar a “guerra de todos contra todos”. Segundo Hobbes, a primeira lei natural é a busca pela preservação da vida, isto é, a autopreservação, a ausência de controle dos súditos pelo soberano, confere ao homem, o poder de exercer seu próprio governo, utilizando-se de suas próprias razões, interferindo, desta forma, sobre todas as coisas, inclusive sobre os corpos e dos outros.³⁶

Em sua obra *Leviatã*, escrita como resposta ao caos criado pela guerra civil, Hobbes argumenta que o Estado natural do ser humano é a guerra, e que embora em seu estado de natureza o homem possuísse liberdade, tal liberdade de pouco servia, uma vez que o homem sendo violento por natureza, a usava para matar, roubar e subjugar seu próximo, sendo obrigado a viver portanto em eterna vigilância, uma vez que a qualquer momento poderia ser vítima da violência causada por outro homem.

O homem seria “o lobo do próprio homem”. Sendo assim para que o homem pudesse viver em paz, era necessário que transferisse direitos para o Estado, para que ele pudesse então, através do soberano, agir e salvaguardar seus direitos, mantendo um estado de paz.

Tendo os súditos transferido seus direitos a um soberano, cada súdito também seria autor dos atos de seu soberano, uma vez que seu poder tem origem nos direitos que os súditos lhe transferiram ao escolher viver na segurança de um Estado, abandonando a violência a que estavam sujeitos e a liberdade absoluta que possuíam no Estado de natureza, tal argumento se verifica na seguinte passagem:

³⁶ HOBBS, 2004. p. 101.

A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de defendê-los das invasões dos estrangeiros e das injúrias uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda sua força e poder a um homem, ou a uma assembleia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. O que equivale a dizer: designar um homem ou uma assembleia de homens como representante de suas pessoas, considerando-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que representa sua pessoa praticar ou levar a praticar, em tudo o que disser respeito à paz e segurança comuns; todos submetendo assim suas vontades à vontade do representante, e suas decisões a sua decisão. Isto é mais do que consentimento, ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens, de um modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: Cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembleia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações.³⁷

Ainda neste sentido, Hobbes assevera:

Porque já foi mostrado que nada que o soberano representante faça a um súdito pode, sob qualquer pretexto, ser propriamente chamado injustiça ou injúria. Porque cada súdito é autor de todos os atos praticados pelo soberano, de modo que a este nunca falta o direito seja ao que for, a não ser na medida em que ele próprio é súdito de Deus, e conseqüentemente obrigado a respeitar as leis de natureza.³⁸

Em suma, os indivíduos abrem mão de seus direitos e os transferem ao Estado na figura de um soberano, para que este lhes proteja da violência a que estariam sujeitos no estado de natureza, o soberano, na visão de Hobbes, seria um monarca absoluto, a quem apenas Deus seria capaz de julgar.

Outro contratualista de considerável importância na queda do absolutismo, foi John Locke. Este filósofo iluminista teceu diversas críticas ao sistema absolutista, defendendo a necessária distinção entre a Igreja e o Estado, de forma que o poder não deveria ser atrelado à um conceito divino, em seu entendimento, a soberania deve ser atribuída à população e não ao Estado.

³⁷ HOBBS, 2004. p. 61.

³⁸ Ibidem. p. 74

Locke defende em sua obra *Segundo Tratado sobre o Governo*, a necessidade da divisão dos poderes do governo em legislativo e executivo, sendo que o poder legislativo se encontra acima dos demais. Em relação ao poder judiciário, observa-se sua presença implícita no poder executivo e não como um poder autônomo. Locke aponta ainda, a existência de um outro poder, denominado poder federativo, o qual se refere ao poder natural, advindo do estado natural, seria o poder que existia de forma inerente aos cidadãos antes da convivência em sociedade.

No “Segundo Tratado sobre o Governo” sustentara Locke a supremacia do poder legislativo, que poderia ser exercício por vários órgãos, mas sempre sujeito ao povo. A comunidade conserva perpetuamente o poder supremo de se salvaguardar dos propósitos e atentados de quem quer que seja, mesmo dos legisladores. E quem detiver o poder legislativo ou o poder supremo de qualquer comunidade obriga-se a governa-la mediante leis estabelecidas, promulgadas e conhecidas do povo, e não por meio de decretos que surpreendam o povo. Procurando caracterizar uma democracia, escreve Locke: “tendo a maioria, quando de início os homens se reúnem em sociedade, todo o poder da comunidade naturalmente em si, pode empregalo para fazer leis destinadas à comunidade de tempos em tempos, as quais se executam por meio de funcionários que ela própria nomeia: nesse caso, a forma de governo é uma perfeita democracia”. Em sua opinião, entretanto, quando os poderes executivo e legislativo estiverem em mãos diversas =, como entendia devesse ocorrer nas monarquias moderadas, o bem da sociedade exige que várias questões fiquem entregues à discricção de quem dispõe do poder executivo. Resta assim, uma esfera de poder discricionário, que ele chama de prerrogativa, conceituando-a como poder de fazer o bem público se subordinar a regras.³⁹

Com relação à atribuição do poder legislativo na sociedade, o filósofo contratualista, destaca que, quem tem a tarefa de definir o modo com que se deverá utilizar a força da comunidade para a preservação dela própria e de seus membros é o legislativo⁴⁰, colocando assim, o poder legislativo em posição de superioridade em relação aos demais poderes, em qualquer caso, enquanto vigora o governo, o legislativo é o poder supremo; o que deve fazer leis para os demais deve necessariamente ser-lhe superior.⁴¹

Ainda acerca do poder legislativo, sob uma ótica proeminentemente liberalista, Locke conceitua:

³⁹ DALLARI. Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. Ed. 23. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 148

⁴⁰ LOCKE. 2005. p. 106.

⁴¹ Ibidem. p. 110.

Embora em uma comunidade constituída, erigida sobre a base popular e atuando conforme sua própria preservação, somente possa existir um poder supremo, que é o legislativo, ao qual tudo o mais deve ser subordinado, sendo todavia o legislativo somente um poder fiduciário que entra em ação apenas em certos casos, cabe ainda ao povo o poder supremo para afastar ou modificar o legislativo, se constatar que age contra a intenção do encargo que lhe confiaram. Ora, todo poder concedido como encargo para se obter certo objetivo é limitado por esse mesmo objetivo, e sempre que este for desprezado ou claramente contrariado, perde-se necessariamente o direito a este poder, que retorna às mãos que o concederam, que poderão depositá-lo em quem julguem melhor para garantia e segurança próprias. Por isso a comunidade sempre conserva o poder supremo de se salvaguardar contra os maus propósitos e atentados de quem quer que seja, até dos legisladores, quando se mostrarem levianos ou maldosos para tramar contra a liberdade e propriedades dos cidadãos.⁴²

Ainda neste sentido, Locke afirma:

Embora o poder legislativo possa estar nas mãos de um ou mais de um, quer se reúna permanentemente ou a intervalos, e ser o poder supremo em qualquer comunidade, todavia não pode e nem poderia ser, completamente arbitrário sobre a vida e a fortuna das pessoas. Este é simplesmente o poder do conjunto de todos os membros da sociedade, confiado à pessoa ou grupo de pessoas como legislador, e não poderá ser maior do que tais pessoas tinham no estado de natureza, antes de se constituírem em sociedade e o outorgarem à comunidade; pois ninguém pode transferir a outrem mais poder do que possui, nem para destruir a própria vida ou a propriedade de outrem. [...] O poder do legislativo tem seus limites restritos ao bem geral da sociedade. E não tem outro objetivo senão a preservação e, portanto, não poderá nunca destruir, escravizar ou propositalmente empobrecer os cidadãos. [...].⁴³

Não obstante Locke admitir a existência de poderes distintos na estrutura política do Estado, o autor faz menção à uma hierarquia entre os poderes, de forma que o poder legislativo deve estar sempre em posição superior aos demais, desta análise, extrai-se que, em que pese o sistema desenvolvido por Locke apresente muitas semelhanças com o sistema vigência atualmente no ordenamento brasileiro, apresenta também divergências.

⁴² LOCKE. 2005. p. 109.

⁴³ Ibidem. p. 99 e 100.

Nesta senda, considerando a imprescindibilidade da descentralização dos poderes do Estado, Jean-Jaques Rousseau, desenvolveu o sistema de governo bipartido. Em sua obra, destaca ainda os riscos da concentração do Poder do Estado nas mãos de uma única pessoa, segundo Rousseau, o governo deve ser dividido em dois poderes: o legislativo e o executivo, sendo que o poder legislativo é a manifestação da vontade do soberano [Estado], e o poder executivo é a aplicação desta vontade⁴⁴.

Rousseau, conceitua o governo como sendo um corpo intermédio, estabelecido entre os vassallos e o governo [...], e os membros deste corpo chamam-se magistrados ou reis, isto é, governadores, e o corpo inteiro se intitula príncipe.⁴⁵ Rousseau, defende ainda, que o poder legislativo exerce uma hierarquia sobre o poder executivo, o que seria capaz de causar uma crise no governo, ao passo que, o número de integrantes do poder legislativo deve sempre ser proporcional à quantidade de cidadãos governados, considerando que o número muito elevado de magistrados desencadearia um enfraquecimento do governo, bem como havendo um número abaixo do necessário de magistrados, prevaleceria a vontade dos particulares, caracterizando assim, o tão evitado governo autoritarista.

Para ele, a função do governo é a manutenção da liberdade, tanto civil como política. O governo é a suprema administração, o exercício legítimo do poder executivo pelo Estado, seja por meio do próprio príncipe, magistrado, homem ou corpo incumbido de seu exercício.⁴⁶

2.2A SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES EM MONTESQUIEU

Da análise das teorias e sistemas desenvolvidos pelos filósofos e contratualistas, conforme anteriormente exposto, tem-se que o modelo tripartite de governo vem culminando-se ao longo da história sobre a ótica de inúmeros pensadores e juristas, no entanto, a tripartição dos poderes, tal qual exercida atualmente em nosso ordenamento, é atribuída à Montesquieu.

⁴⁴ ROUSSEAU. 2005. p. 63.

⁴⁵ Ibidem, p. 64.

⁴⁶ Ibidem.

O princípio da separação de poderes já se encontra sugerido em Aristóteles, John Locke e Rousseau, que também conceberam uma doutrina de separação de poderes, que, afinal, em termos diversos, veio a ser definida e divulgada por Montesquieu. Teve objetivação positiva nas Constituições das ex-colônias inglesas da América, concretizando-se em definitivo na Constituição dos Estados Unidos de 17.9.1787. Tornou-se, com a Revolução francesa, um dogma constitucional, a ponto de o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 declarar que não teria constituição a sociedade que não assegurasse a separação de poderes, tal a compreensão de que ela constituiu técnica de extrema relevância para a garantia dos Direitos do Homem, como ainda o é.⁴⁷

Ao contrário de seus antecessores, Montesquieu não foi um contratualista. Desta forma, tratou das leis como realmente são e não como deveriam ser. Em sua obra *O Espírito das Leis*, Montesquieu faz críticas à teoria desenvolvida pelo contratualista, Thomas Hobbes, afirmando que Hobbes desenvolve sua tese acerca do desenvolvimento das sociedades, sob a ideia de estado de natureza como sendo “guerra de todos contra todos”, partindo do pensamento de que o “homem é o lobo do próprio homem”, no entanto, tal teoria só seria possível com a constituição da sociedade positivada, uma vez que o homem encontraria motivos para guerrear somente a partir do estabelecimento das sociedades. Esta crítica evidencia-se no seguinte trecho de sua obra:

Hobbes pergunta: “por que, se não se encontram naturalmente em estado de guerra, os homens andam sempre armados? E por que têm chaves para fechar suas casas?” Mas não percebe que só pode acontecer após este estabelecimento, que fará com que encontrem motivos para atacarem-se e defenderem-se.⁴⁸

Montesquieu apresenta quatro leis naturais que regem as relações da civilização antes mesmo da constituição da sociedade, quais sejam: 1) a paz, tendo em vista que no estado natural, todos se sentem inferiores, sendo que cada um se sente igual aos outros, de modo que não haveria a necessidade de atacarem-se uns

⁴⁷ SILVA, José Afonso da, 2005. p. 109.

⁴⁸ MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. Tradutora Cristina Murachco. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes Editora LTDA., 2000. p. 14.

aos outros; 2) a busca por alimentos, a fraqueza do homem neste estado se soma à necessidade pela busca de alimentação, e esta é a segunda lei natural elencada pelo autor; 3) em terceiro lugar vem “o medo recíproco”, sustenta o autor, que o temor induz o homem ao afastamento do que lhe causa tal sentimento, entretanto, o medo recíproco, os aproxima; 4) o homem se diferencia dos animais em dois aspectos, quais sejam, o sentimento e o conhecimento, e em decorrência deste conhecimento se caracteriza a quarta lei do estado natural elencada pelo autor: “a vontade de viver em sociedade”⁴⁹.

Para Montesquieu, o estado de guerra se instala quando a igualdade entre os homens se finda, de forma que, a guerra decorre da perda do sentimento de fraqueza dos homens, que outrora os unia. Com a divisão entre nações, cada sociedade particular começa identificar sua força e a necessidade de se sobrepôr às outras sociedades, iniciando assim o estado de guerra.⁵⁰

Acerca da liberdade, Montesquieu discorre sobre os diversos tipos de liberdade, sendo que cada povo, dependendo da forma de governo adotada, atribui seu próprio significado à liberdade, a partir da sociedade em que vivem e desenvolveram seu governo.

Nesta senda, no seguinte trecho de sua obra, o autor discorre sobre as diversas acepções do termo liberdade:

Uns a tomaram como a facilidade de depor aquele a quem deram um poder tirânico; outros, como a faculdade de eleger a quem devem obedecer; outros, como o direito de estarem armados e de poderem exercer a violência; estes, como o privilégio de só serem governados por um homem de sua nação, ou por suas próprias leis. Certo povo tomou por muito tempo a liberdade como sendo o costume de possuir uma longa barba. Estes ligaram este nome a uma forma de governo e excluíram as outras.⁵¹

O autor difere a liberdade propriamente dita, da liberdade política. Numa democracia, o povo parece exercer suas vontades plenamente, no entanto, a liberdade política, em um Estado dotado de leis, não leva esta acepção do exercício pleno de vontades, e sim da liberdade de se fazer tudo que a lei permite, sendo que

⁴⁹ MONTESQUIEU. 2000. p. 14 e 15.

⁵⁰ Ibidem. p. 15.

⁵¹ Ibidem. p. 165.

se um cidadão pudesse agir em desconformidade com a lei, já não teria mais liberdade, à medida que os outros também teriam esta faculdade.⁵²

Assim, para que o cidadão possa exercer sua liberdade política com segurança, é necessário que o Estado desempenhe sua função de tal maneira que um cidadão não tema o outro, evitando o famigerado estado de guerra. Desta forma, deve-se reprimir a cumulação de poderes nas mãos de um único indivíduo. Como já exposto, esta concentração de poderes nas mãos de um só governante é veementemente expelida pelos filósofos liberais.

Em sua obra *O Espírito das Leis*, Montesquieu, faz o apontamento da existência de três poderes: o legislativo, o executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo daquelas que dependem do direito civil⁵³.

Em suma, com o poder legislativo, o príncipe ou o magistrado cria as leis, podendo corrigir ou anular aquelas que foram feitas. Com o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, ele faz paz ou a guerra, previne invasões e instaura a segurança. O poder executivo daqueles que dependem do direito civil, é o poder pelo qual o príncipe ou o magistrado castiga crimes e julga as querelas particulares. Os dois últimos, doravante chamados de poder de julgar e poder executivo do Estado, respectivamente.⁵⁴

Quando os poderes legislativo e executivo se concentram em uma só pessoa, ou ainda, num mesmo corpo de magistratura, a liberdade e a segurança do cidadão é posta em xeque, ao passo que o detentor do poder que cria a lei é o mesmo detentor do poder de aplicabilidade desta, possibilitando, desta forma, a criação de leis tirânicas que conseqüentemente seriam aplicadas tiranicamente, assim, prejudicando os particulares.

Com o sistema de governo desenvolvido por Montesquieu, a distribuição de poder limita o próprio poder, evitando assim, abusos e tiranias por parte dos governantes.⁵⁵

⁵² MONTESQUIEU. 2000. p. 166.

⁵³ MONTESQUIEU. 2002. p. 165.

⁵⁴ MONTESQUIEU. 2000. p. 167 e 168.

⁵⁵ SANTANA, Gustavo. **A Separação dos Poderes**. In Politize. 2016. Disponível em <<http://www.politize.com.br/separacao-dos-tres-poderes-executivo-legislativo-e-judiciario/>>. Acesso em 25 de agosto de 2017

Quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo de magistrados, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executa-las tiranicamente.

Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou o dos nobres, ou o do povo, exercesse estes três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares.⁵⁶

Como exposto, na concepção de Montesquieu, o poder legislativo é o poder pelo qual o príncipe ou o magistrado cria leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou ab-roga aquelas que já estão feitas.⁵⁷

Atualmente, manteve-se esta distribuição de poderes idealizada por Montesquieu, sendo que como função típica do poder legislativo, cabe a criação e a fiscalização das leis. No entanto, atipicamente, cabe ao poder legislativo a prerrogativa de alguns controles como: político-administrativo e o financeiro-orçamentário. Pelo primeiro controle, cabe a análise do gerenciamento do Estado, podendo, inclusive, questionar atos do Poder Executivo, pelo segundo controle, aprovar ou reprovando contas públicas.⁵⁸

Na concepção de Montesquieu, o poder executivo, tem atribuição para determinar a paz ou a guerra, enviar ou receber embaixadas, estabelecer a segurança e prevenir possíveis invasões.⁵⁹

Atualmente, ao poder executivo atribuem-se os atos de chefia de Estado, ao exercer a titularidade das relações internacionais e de governo, ao assumir as relações políticas e econômicas assumidas no plano interno, típico do sistema presidencialista adotado no Brasil, isto é, cabe ao executivo a administração do Estado, observando as normas vigentes no país.⁶⁰

⁵⁶ MONTESQUIEU. 2002. p. 166.

⁵⁷ Ibidem. 165.

⁵⁸ SANTANA, Gustavo. **A Separação dos Poderes**. In Politize. 2016. Disponível em <<http://www.politize.com.br/separacao-dos-tres-poderes-executivo-legislativo-e-judiciario/>>. Acesso em 25 de agosto de 2017.

⁵⁹ MONTESQUIEU. 2002. p. 165.

⁶⁰ SANTANA, Gustavo. **A Separação dos Poderes**. In Politize. 2016. Disponível em <<http://www.politize.com.br/separacao-dos-tres-poderes-executivo-legislativo-e-judiciario/>>. Acesso em 25 de agosto de 2017.

O poder judiciário ou “o poder de julgar”, para Montesquieu tem a atribuição de punir crimes ou julgar questões dos indivíduos.

Atualmente, cabe ao judiciário exercer a função jurisdicional, isto é, aplicar a lei a fim de dirimir conflitos, conforme dispõe a lei, exerce também a função de julgamento das causas do poder legislativo, aplicando assim o sistema de freios e contrapesos.

Da análise dos termos da Constituição Federal de 1.988, constata-se que, muito embora um poder não possa interferir nos trabalhos exercidos pelo outro, o próprio texto constitucional atribui formas de controle e, de certa forma, interferências entre poderes. Alguns exemplos desta interferência, são: o poder de veto do Presidente da República, chefe do poder executivo, em relação aos projetos de iniciativa dos congressistas, representantes do Poder Legislativo, e em contrapartida, há a possibilidade do Congresso, por meio de voto da maioria absoluta de seus membros, rejeitar o veto, e, pelo Presidente do Senado, promulgar a lei, caso o chefe do executivo não o faça dentro do prazo previsto em lei, conforme dispõe o artigo 66, da Constituição Federal:⁶¹

Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

§ 2º O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea.

§ 3º Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção.

§ 4º O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 76, de 2013)

§ 5º Se o veto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República.

§ 6º Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

§ 7º Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos dos § 3º e § 5º, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo.⁶²

⁶¹ SILVA, 2005. p. 110 e 111.

⁶² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 08 de março de 2018.

Ainda da análise da Carta Magna, se observa, dentre outros, mais um exemplo desta intervenção de um poder sobre o outro. Quando se considera o texto do artigo 52, inciso III, alínea A, do texto constitucional, é certo que o Presidente da República não interfere nas atribuições jurisdicionais, no entanto, este artigo atribui-lhe a nomeação dos ministros dos superiores tribunais, sob controle do Senado Federal, a que cabe anuir à escolha do chefe do poder executivo.⁶³

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

III - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de:

a) Magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição;⁶⁴

Outro exemplo desta aplicabilidade da limitação do poder pelo poder, autorizando, através do texto constitucional, a interferência de um poder sobre o outro, é a prerrogativa atribuída ao judiciário, por meio de análise incidental, que autoriza aos magistrados a análise da constitucionalidade da lei, quando da aplicação desta em caso concreto, isto é, verificada a incidência de descumprimento de preceito fundamental, o juiz, pode de ofício, declarar a inconstitucionalidade do texto de lei, e, desde que fundamentadamente, deixar de aplicar determinado artigo em decorrência da inconstitucionalidade.

Este sistema desenvolvido por Montesquieu é mantido até os tempos atuais, como imprescindível para a estrutura do Estado.

Montesquieu, com sua filosofia eminentemente iluminista, retira do Estado as interferências religiosas, tece diversas críticas ao clero e sua influência política predominante no sistema absolutista, anteriormente vigente na França.

O princípio da tripartição e harmonia dos poderes afasta a acumulação de funções nas mãos de um só dirigente, o que garante aos governados a segurança necessária que o Estado deve prover para os seus cidadãos.

⁶³ SILVA, José Afonso da, 2005. p. 111.

⁶⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 08 de março de 2018.

Neste sentido, conclui-se que o sistema de governo desenvolvido por Montesquieu representa um grande passo para o desenvolvimento da estrutura estatal até os dias de hoje. Sistema no qual, limita-se o poder pelo poder, ainda que tenham havido diversas adaptações a este sistema conforme a evolução das sociedades, é certo que a essência da ideologia deste autor perdura, mormente no sistema de governo brasileiro.

2.3 A SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DO BEM ESTAR SOCIAL

Na concepção liberalista, a única função do Estado é a garantia da preservação da vida, da liberdade e da propriedade, não cabendo intervenções estatais além disso. Diversos autores discorreram sobre o liberalismo, dentre eles, destacam-se Adam Smith, John Stuart Mill e David Hume. Entretanto, o filósofo mister do liberalismo, foi John Locke.

Precursor do liberalismo, John Locke defendia a intervenção mínima do Estado nas relações particulares, para ele o único objetivo do Estado seria a preservação da vida, da liberdade e da propriedade, de forma que a sociedade é resultado de um pacto entre homens livres e não entre governantes e governados.

Locke apresenta, em confronto com as inteligências de Hobbes, o estado de natureza como sendo àquele em que os cidadãos possuem o direito de propriedade naturalmente, e este direito traz consigo a prerrogativa de proteção, e, na falta do Estado para garantir a preservação, o próprio particular poderia punir seu ofensor ou transgressor de acordo com as suas convicções, dentro da razoabilidade entre ofensa e sanção⁶⁵.

O homem nasce com direito a perfeita liberdade e gozo ilimitado de todos os direitos e privilégios da lei da natureza, tanto quanto qualquer outro homem ou grupo de homens, e tem, nessa natureza, o direito não só de preservar a sua propriedade – isto é, a vida, a liberdade e as posses – contra os danos e ataques de outros homens, mas também de julgar da gravidade da ofensa,

⁶⁵ LOCKE, 2005. p. 23-30.

até mesmo com a própria morte nos crimes em que o horror de culpa o exija, se assim lhe parecer.⁶⁶

Através do pacto social, instaura-se a sociedade política, na qual cada cidadão abdica do seu direito de propriedade em favor da comunidade. Nesta sociedade, seus membros transferem à comunidade o poder de julgar as infrações cometidas, punindo-as conforme disposição em lei, dessa forma, o poder de julgamento e punição passa a ser da comunidade, de forma impessoal e igual para todos, assim, exclui-se todo julgamento privado de cada cidadão.⁶⁷

Vendo por esse ângulo, é fácil distinguir quem está e quem não está em sociedade política. Os que estão unidos em um corpo, com lei comum estabelecida e magistratura para quem possa apelar – com autoridade para decidir controvérsias e punir os ofensores, podemos dizer que estão em sociedade civil entre si; mas os que não têm em comum a quem apelar no mundo, ainda se encontram no estado de natureza, sendo cada um, por falta de outro, juiz e executor para si mesmo, o que constitui, conforme já vimos, o estado perfeito de natureza.⁶⁸

Com a queda do absolutismo, instaura-se o liberalismo, neste momento, após a Revolução Francesa, como já exposto, retira-se a concentração dos poderes do Estado das mãos do monarca. Neste sentido, expõe Carl Schmitt, acerca das constituições liberais:

Dessa liberdade burguesa Carl Schmitt (1934, p. 147) aponta duas consequências básicas presentes em todas as constituições liberais. São elas: (i) o princípio da distribuição, segundo o qual a liberdade do indivíduo é um dado anterior ao Estado, e, em princípio, ilimitada (ao revés, o poder do Estado de invadir a esfera de liberdades individuais está, em princípio, limitado – direitos fundamentais de liberdade); e (ii) o princípio da organização, cuja finalidade é pôr em prática o princípio da distribuição, de modo que o poder do Estado se divida em feixes de competência atribuídos a órgãos diferentes (separação de poderes).⁶⁹

⁶⁶ LOCKE, 2005. p. 69.

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitución**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1934. apud. MORAES, 2014. p. 273.

Até o advento da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), o liberalismo dominava a Europa, no entanto, com a má distribuição de bens na sociedade e a estrutura estatal que privilegiava aos burgueses, levou à uma transformação na estrutura econômica e na estrutura social do estado, pois as massas passaram a reivindicar direitos sociais em geral, trabalhistas, previdenciários.⁷⁰

Foi justamente essa tentativa de manter o modelo liberal que acabou por se tornar um dos principais fatores de sua superação. A admissão da necessidade de intervenção/regulação da economia pelo Estado ampliou os contornos da ordem liberal e deu margem, em um momento de ruptura, à passagem para um modelo de Estado que intervém na ordem social e econômica. A crise do modelo liberal foi engendrada dentro dele e, pior, foi uma tentativa de perpetuá-lo.⁷¹

A Segunda Guerra Mundial abalou fortemente o Estado Liberal, neste momento instaurou-se o Estado do Bem-Estar; a propriedade individual dos meios de produção dá lugar às sociedades por ação:

Até a Primeira Guerra Mundial, o espírito europeu foi dominado pelo liberalismo, com a exceção dos adeptos do marxismo e de outras doutrinas socialistas. As críticas ao liberalismo se centravam na percepção de que ele acabava por garantir à burguesia um domínio quase total dos bens de produção e das riquezas em geral, ao mesmo tempo em que deixava o proletariado com o mínimo necessário para uma magra.⁷²

Não seria correto afirmar que o Estado Social abandonou as conquistas do Estado Liberal, ao passo que o Estado Social se trata de uma segunda fase do constitucionalismo moderno⁷³, isto é, faz parte da formação do constitucionalismo, e foi através deste desenvolvimento que se consolidou o Estado Democrático de Direito tal qual exercido atualmente no ordenamento brasileiro.

⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. Do estado liberal ao estado social. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Apud. MORAES, 2014. p. 273.

⁷¹ Ibidem. p. 274.

⁷² LASKI, Harold J. **O liberalismo europeu**. São Paulo: Mestre Jou, 1973. p. 172. Apud. Ibidem. p. 273.

⁷³ Ibidem. p. 277.

2.4 A SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

O ativismo jurídico instalado no ordenamento brasileiro com a promulgação da Constituição de 1988, traz uma ampliação significativa do rol de legitimidade para propor a ação direta de inconstitucionalidade, anteriormente, desde da Constituição de 1891, o único legitimado detentor da prerrogativa do exercício do controle incidental de inconstitucionalidade era o Procurador-Geral da República. Esta alteração normativa, autoriza ao Judiciário a análise incidental da (in)constitucionalidade do texto normativo, o que por vezes, pode representar uma certa “ponderação” do Princípio da Autonomia dos Poderes, ao passo que permite ao julgador, utilizar-se de uma hermenêutica mais ativa quando da análise do caso concreto.

Acerca da legitimidade para propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, leciona Cristiane Moraes Queiroz:

A partir da nossa Constituição Federal/88 são legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa, o Governador de Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, de acordo com o art. 103 da Constituição Federal, quando a lei ou ato normativo violar diretamente a Constituição Federal, Estadual ou Municipal. Anteriormente essa ação só poderia ser impetrada pelo Procurador-Geral da República.⁷⁴

De acordo com Barroso, cabe ao Judiciário, no desempenho de sua função de aplicar o Direito, afirmar tal supremacia [da norma constitucional], negando validade à lei inconstitucional.⁷⁵

⁷⁴ QUEIROZ, Cristiane Moraes. **Controle Difuso e Concentrado de Constitucionalidade**. In Webartigos.com. Disponível em: <<https://www.webartigos.com/artigos/controlado-difuso-e-concentrado-de-constitucionalidade/11295/>>. Acesso em: 12 de novembro de 2017.

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **THEMIS - Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará**. Rio de Janeiro: Themis. 2005. p. 56. Disponível em: <<http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/view/241/232>>

(ii) Quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.⁷⁶

Os controles de constitucionalidade previstos no ordenamento jurídico brasileiro são exercidos de duas formas: o controle difuso e o concentrado.

O controle difuso é exercido por qualquer órgão do judiciário, desde o juiz de primeiro grau até o Superior Tribunal Federal, e tem por finalidade analisar a violação a preceito constitucional quando da apreciação do caso concreto.

Já o controle concentrado é exercido exclusivamente pelo órgão competente, o STF, que analisa a (in)constitucionalidade da norma abstrata, sem a necessidade de aplicação específica em um caso concreto, esta análise possui efeito erga omnes, isto é, atinge toda a coletividade e não apenas os integrantes de uma demanda judicial específica.

Controle de constitucionalidade significa a verificação da compatibilidade de uma norma infraconstitucional ou de ato normativo com a Constituição. Este controle acontece a partir da verificação dessa adequação através de seus requisitos formais e materiais. No plano dos requisitos formais, verifica-se se a norma foi produzida conforme o processo legislativo disposto na Constituição. No plano dos requisitos materiais, verifica-se a compatibilidade do objeto da lei ou ato normativo com a matéria constitucional.⁷⁷

O controle de constitucionalidade concentrado é exercido por meio de três ações específicas, quais sejam: 1. ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade), que se subdivide na modalidade por Ação (ADI) ou por Omissão (ADO); 2. ADC (Ação Direta de Constitucionalidade); e 3. ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental).

O Poder Judiciário brasileiro, conforme já referido, desde a Constituição Republicana de 1891, pode realizar o controle (difuso) da constitucionalidade.

⁷⁶ BARROSO, 2005. p. 26.

⁷⁷ QUEIROZ. Cristiane Moraes. **Controle Difuso e Concentrado de Constitucionalidade**. In Webartigos.com. Disponível em: <<https://www.webartigos.com/artigos/control-e-difuso-e-concentrado-de-constitucionalidade/11295/>>. Acesso em: 12 de novembro de 2017.

Qualquer magistrado, desde o recém-ingresso na carreira (juiz substituto), até o mais experiente Ministro do Supremo Tribunal Federal podem, no caso concreto, verificar se a lei ou o ato normativo está em consonância com a Constituição. Pelo princípio da supremacia da Constituição, nenhuma lei e, assim, nenhum ato administrativo pode ferir a Constituição, sob pena de carecer de validade e merecer a censura judicial.⁷⁸

Muito embora, haja independência entre os poderes, como exposto anteriormente, por vezes um poder pode exercer função de controle sobre o outro, como uma forma de “frear o poder com o poder”.

Para fins de análise, observam-se as ações julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, as quais tem por finalidade analisar a inconstitucionalidade parcial ou total de uma lei ou norma.

Considerando a atuação do Poder Judiciário como em sua função atípica de fiscalização do Poder Legislativo através do controle concentrado de inconstitucionalidade, a ADPF 378 MC / DF, traz em seu corpo, colocações pertinentes à análise concreta.

Apenas para fins de possibilitar a melhor análise da referida Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional, coloca-se a ementa, redigida pelo Ministro Roberto Barroso, em sua parte essencial:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. PROCESSO DE IMPEACHMENT. DEFINIÇÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RITO PREVISTO NA LEI Nº 1.079/1950. CABIMENTO DA AÇÃO E CONCESSÃO DE MEDIDAS CAUTELARES. I. CABIMENTO DA ADPF E DAS MEDIDAS CAUTELARES INCIDENTAIS 1. A presente ação tem por objeto central analisar a compatibilidade do rito de impeachment de Presidente da República previsto na Lei nº 1.079/1950 com a Constituição de 1988. A ação é cabível, mesmo se considerarmos que requer, indiretamente, a declaração de inconstitucionalidade de norma posterior à Constituição e que pretende superar omissão parcial inconstitucional. Fungibilidade das ações diretas que se prestam a viabilizar o controle de constitucionalidade abstrato e em tese. Atendimento ao requisito da subsidiariedade, tendo em vista que somente a apreciação cumulativa de tais pedidos é capaz de assegurar o amplo esclarecimento do rito do impeachment por parte do STF. 2. A cautelar incidental requerida diz respeito à forma de votação (secreta ou aberta) e tipo de candidatura (indicação pelo líder ou candidatura avulsa) dos membros da Comissão Especial na Câmara dos Deputados. A formação da

⁷⁸ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocedimentalismo. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**. Bahia: Revista 2008.2 – 17 – Professor Luiz de Pinho Pedreira. 2008. p. 99. Disponível em: <https://vitorfreitas.goias.ufg.br/up/662/o/Eduardo_Cambi_Neoconstitucionalismo_e_Neoprocedimentalismo.pdf> Acesso em: 05 de abril de 2018.

referida Comissão foi questionada na inicial, ainda que sob outro prisma. Interpretação da inicial de modo a conferir maior efetividade ao pronunciamento judicial. Pedido cautelar incidental que pode ser recebido, inclusive, como aditamento à inicial. Inocorrência de violação ao princípio do juiz natural, pois a ADPF foi à livre distribuição e os pedidos da cautelar incidental são abrangidos pelos pleitos da inicial. [...] ⁷⁹

Esta ação foi proposta com o intuito de analisar a compatibilidade do rito do *impeachment* de Presidente da República, regulamentado pela Lei nº 1.079/1950 à luz dos preceitos constitucionais da Constituição Federal de 1988.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional (ADPF), é pertinente às situações em que se discute a (in)constitucionalidade de normas subsidiariamente às outras modalidades de Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade.

Neste sentido, esta ação discute a forma de instauração e o procedimento a ser seguido quando do processo de *impeachment*. É discutida a forma de votação uma vez que não seria plausível que o Presidente da Câmara alterasse a modalidade de votação para secreta, considerando que quando do processo de *impeachment* do então presidente Fernando Collor, muito embora o silêncio do ordenamento jurídico quanto a isso, a votação foi aberta, devendo haver a manutenção do mesmo rito, a fim de garantir a segurança jurídica do ato; além disso, a votação aberta permite o maior controle popular sobre o tema, viabilizando ainda mais o exercício da democracia.

Neste sentido, destaca-se o trecho da ementa redigida pelo Ministro Roberto Barroso:

[...]

1.2. Há três ordens de argumentos que justificam esse entendimento. Em primeiro lugar, esta é a única interpretação possível à luz da Constituição de 1988, por qualquer enfoque que se dê: literal, histórico, lógico ou sistemático. Em segundo lugar, é a interpretação que foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal em 1992, quando atuou no *impeachment* do então Presidente Fernando Collor de Mello, de modo que a segurança jurídica reforça a sua reiteração pela Corte na presente ADPF. E, em terceiro e último lugar, trata-se de entendimento que, mesmo não tendo sido proferido pelo STF com força vinculante e erga omnes, foi, em alguma medida, incorporado à ordem jurídica brasileira. Dessa forma, modificá-lo, estando em curso denúncia contra a Presidente da República, representaria uma violação ainda mais grave à segurança jurídica, que afetaria a própria exigência democrática de

⁷⁹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Primeira Turma. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378 MC. Relator: Ministro Roberto Barroso. Acórdão, DJ 08 de março de 2016.

definição prévia das regras do jogo político. 1.3. Partindo das premissas acima, depreende-se que não foram recepcionados pela CF/1988 os arts. 23, §§ 1º, 4º e 5º; 80, 1ª parte (que define a Câmara dos Deputados como tribunal de pronúncia); e 81, todos da Lei nº 1.079/1950, porque incompatíveis com os arts. 51, I; 52, I; e 86, §1º, II, todos da CF/1988 [...]⁸⁰

Esta ação versou ainda acerca da instauração do processo de *impeachment* e a forma de deliberação a ser adotada pelo senado, de forma que restou decidido, assim como o item anterior, a manutenção do rito seguido quando do julgamento do processo do então presidente Collor, em 1992. Tudo em prol de viabilizar a segurança jurídica ao rito, tendo em vista o grau de relevância que este representa para toda democracia.

Após o Voto dos Ministros foi proferida a seguinte decisão:

[...] Em interpretação conforme à Constituição do art. 38 da Lei nº 1.079/1950, que é possível a aplicação subsidiária dos Regimentos Internos da Câmara e do Senado ao processo de impeachment, desde que sejam compatíveis com os preceitos legais e constitucionais pertinentes; quanto ao item C, por maioria, deferiu parcialmente o pedido para (1) declarar recepcionados pela CF/88 os artigos 19, 20 e 21 da Lei nº 1.079/1950, interpretados conforme à Constituição, para que se entenda que as “diligências” e atividades ali previstas não se destinam a provar a improcedência da acusação, mas apenas a esclarecer a denúncia; e (2) para declarar não recepcionados pela CF/88 o artigo 22, caput, 2ª parte [que se inicia com a expressão “No caso contrário...”], e §§ 1º, 2º, 3º e 4º, da Lei nº 1.079/1950, que determinam dilação probatória e segunda deliberação na Câmara dos Deputados, partindo do pressuposto que caberia a tal casa pronunciar-se sobre o mérito da acusação, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Dias Toffoli e Gilmar Mendes; quanto ao item D, por unanimidade, indeferiu o pedido, por reconhecer que a proporcionalidade na formação da comissão especial pode ser aferida em relação aos partidos e blocos partidários [...]

Neste trecho da decisão, observa-se a atuação do Supremo Tribunal ao ratificar a força normativa do Texto Constitucional, analisando a compatibilidade deste com o restante do ordenamento brasileiro. Se observa ainda claramente o teor político do objeto em análise, demonstrando a atuação eminentemente ativista da decisão deste Tribunal.

⁸⁰ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Primeira Turma. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378 MC. Relator: Ministro Roberto Barroso. Acórdão, DJ 08 de março de 2016.

[...] quanto ao item G, por maioria, deferiu parcialmente o pedido para dar interpretação conforme a Constituição ao art. 24 da Lei nº 1.079/1950, a fim de declarar que, com o advento da CF/88, o recebimento da denúncia no processo de impeachment ocorre apenas após a decisão do Plenário do Senado Federal, vencidos, nessa parte, os Ministros Edson Fachin (Relator), Dias Toffoli e Gilmar Mendes, e declarar que a votação nominal deverá ser tomada por maioria simples e presente a maioria absoluta de seus membros, vencidos, nesse ponto, os Ministros Edson Fachin (Relator), Gilmar Mendes e Marco Aurélio; [...]⁸¹

Neste momento, mais uma vez se observa o Tribunal declarando e ratificando a constitucionalidade do texto normativo infraconstitucional, ao passo que o Supremo Tribunal reconhece a constitucionalidade do texto previsto no artigo 24 da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950⁸².

[...] quanto ao item H, por maioria, deferiu parcialmente o pedido para declarar constitucionalmente legítima a aplicação analógica dos arts. 44, 45, 46, 47, 48 e 49 da Lei nº 1.079/1950 – os quais determinam o rito do processo de impeachment contra Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República – ao processamento no Senado Federal de crime de responsabilidade contra Presidente da República, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Dias Toffoli e Gilmar Mendes; quanto ao item I, por maioria, deferiu integralmente o pedido para declarar que não foram recepcionados pela CF/88 os arts. 23, §§ 1º, 4º e 5º; 80, 1ª parte; e 81, todos da Lei nº 1.079/1950, porque estabelecem os papéis da Câmara e do Senado Federal de modo incompatível com os arts. 51, I; 52, I; e 86, § 1º, II, da CF/88, vencidos, em menor extensão, os Ministros Edson Fachin (Relator), Dias Toffoli e Gilmar Mendes; quanto ao item J, por unanimidade, indeferiu o pedido para afirmar que os senadores não precisam se apartar da função acusatória; quanto ao item K, por unanimidade, indeferiu o pedido para reconhecer a impossibilidade de aplicação subsidiária das hipóteses de impedimento e suspeição do CPP relativamente ao Presidente da Câmara dos Deputados. Quanto à cautelar incidental (candidatura avulsa), por maioria, deferiu integralmente o pedido para declarar que não é possível a formação de comissão especial a partir de candidaturas avulsas, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello. Quanto à cautelar incidental (forma de votação), por maioria, deferiu integralmente o pedido para reconhecer que a eleição da comissão especial somente pode se dar por voto aberto, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Teori Zavascki, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello. O Tribunal, por maioria, resolveu questão de ordem suscitada da tribuna para reafirmar o quorum de maioria simples para deliberação do Senado quanto ao juízo de instauração do processo, vencidos os Ministros Edson Fachin e

⁸¹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Primeira Turma. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378 MC. Relator: Ministro Roberto Barroso. Acórdão, DJ 08 de março de 2016.

⁸² Esta Lei define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Art. 24. Recebido no Senado o decreto de acusação com o processo enviado pela Câmara dos Deputados e apresentado o libelo pela comissão acusadora, remeterá a Presidente cópia de tudo ao acusado, que, na mesma ocasião e nos termos dos parágrafos 2º e 3º do art. 23, será notificado para comparecer em dia prefixado perante o Senado. Parágrafo único. Ao Presidente do Supremo Tribunal Federal enviar-se-á o processo em original, com a comunicação do dia designado para o julgamento.

Marco Aurélio, que estabeleciam o quorum de 2/3. Ausente, nesta deliberação, o Ministro Gilmar Mendes. Ao final, o Tribunal, por unanimidade, converteu o julgamento da medida cautelar em julgamento de mérito. Ausente, nesta questão, o Ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 17.12.2015.⁸³

Esta ação demonstra efetivamente a atuação atípica do Poder Judiciário face ao Poder Legislativo, ao passo que, não obstante a função do judiciário consistir em dirimir conflitos, nestes autos evidencia-se que o STF atuou em conformidade com a competência atribuída pela Lei de nº 9.882 de 1999, que dispõe acerca do procedimento do julgamento das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental, em observância aos termos do artigo 102, § 1º da Constituição Federal de 1988.

Outro caso pertinente à análise da atuação atípica do Poder Judiciário é o julgamento da ADI 3367/STF. A fim de demonstrar efetivamente a atuação atípica do Poder Judiciário quando da análise de (in)constitucionalidade das leis vigentes, faz-se oportuno o exame também da ADI 3367/ STF.

Ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, esta Ação Direta de Inconstitucionalidade foi declarada improcedente pelo plenário, trata-se da análise da reforma do Judiciário instituída pela Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual, dentre outras inovações prevê a criação de um órgão supostamente destinado a controle externo do Poder Judiciário.

Ao ajuizar a ação, a AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros) arguiu a violação do princípio da separação dos poderes, tendo em vista a intervenção incisiva do Poder Legislativo no Poder Judiciário, o que poderia quebrar a harmonia existente entre eles (os três Poderes da República). Neste sentido, o Relator da ação, Ministro Cezar Peluso, rebateu os argumentos da autora, como se evidencia no seguinte trecho de seu voto:

O argumento radical da autora vem da regra da separação, com os corolários da independência e harmonia entre os três Poderes da República (art, 2º da Constituição Federal). Segundo a AMB, a instituição de órgão funcionalmente voltado ao “controle da atuação dos deveres funcionais” dos magistrados, mas composto por membros na origem alheios do mesmo Poder – dois dos quais

⁸³ Idem.

indicados pelo Legislativo -, violaria a dita cláusula pétrea da separação dos Poderes, em cujo ventre reside a garantia da independência do Judiciário.

Essa postura da autora já desvela toda a preocupação – muito legítima, diga-se – de que o advento do Conselho Nacional de Justiça traduza sério risco à independência do Poder Judiciário, no exercício de sua função típica, a jurisdicional. É que, apenas para adiantar o que me parece o ponto nevrálgico da causa, ninguém tem dúvida de que não pode a independência do Poder Judiciário, seja a externa, assim a interna, a dos magistrados entre si, estar sob nenhum risco próximo nem remoto, porque, em resguardo da ordem jurídica e, ao cabo, da liberdade do povo, tal predicado constitui a fonte, o substrato e o suporte de todas as condições indispensáveis a que a atividade judicante seja exercida com imparcialidade do tertius, sem a qual já se não concebe a jurisdição em nenhum Estado civilizado e, muito menos, no Estado democrático de direito.

[...]

A independência suporta, na sua feição constitucional, teores diversos de autonomia administrativa, financeira e disciplinar. Na verdade, ela só pode [ser] considerada invulnerável, como predicado essencial do sistema da separação, quando concreta redução de seu âmbito primitivo importe, em dano do equilíbrio e estabilidade entre os Poderes, transferência de prerrogativas a outro deles, ainda que não chegue a caracterização submissão política. Ou, no que concerne ao Judiciário, quando outra forma de supressão de atribuição histórica, mediante reorganização orgânica e redistribuição de competências no âmbito da estrutura interna do Judiciário, sem perda nem deterioração das condições materiais de imparcialidade dos juízes.⁸⁴

O Ministro Cezar Peluso, entendeu pela improcedência da Ação de Inconstitucionalidade, por entender que a criação de um órgão fiscalizador dos magistrados, ainda que composto por membros do poder Legislativo, não representa quebra na harmonia entre os Poderes, tampouco poderia representar violação ao Pacto Federativo, uma vez que o Conselho, com a prerrogativa de fiscalização, não detém competência jurisdicional, portanto, não é capaz de interferir na função típica do Judiciário.

Sob o prisma constitucional brasileiro do sistema da separação dos Poderes, não se vê a priori como possa ofendê-lo a criação do Conselho Nacional de Justiça. À luz da estrutura que lhe deu a Emenda Constitucional nº 45/2004, trata-se de órgão próprio do Poder Judiciário (art. 92, I-A), composto, na maioria, por membros desse mesmo Poder Judiciário (art. 103-B), nomeados sem interferência direta dos outros poderes, dos quais o Legislativo apenas indica, fora de seus quadros e, pois, sem laivos de representação orgânica, dois dos quinze membros.⁸⁵

⁸⁴ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Primeira Turma. Ação direta de inconstitucionalidade 3.367-1 Distrito Federal. Relator: Ministro Cezar Peluso. Acórdão, DJ 17 de março de 2006.

⁸⁵ Ibidem.

Ao fundamentar sua posição, o Relator citou a doutrina de Montesquieu, a qual se faz oportuna transcrever a medida em que demonstra a harmonia na coexistência dos três Poderes, de forma que, desde os primórdios do desenvolvimento do ordenamento brasileiro tal qual exercido atualmente, evidencia-se a derradeira contribuição mutua necessária entre os Poderes da República, isto é, a necessidade do exercício do controle de um poder sobre o outro, como já exposto, num sistema de controle no qual freia-se o poder, pelo poder.

A matriz histórica da separação dos Poderes há de ser, pois, reconduzida, no contexto da causa, ao alcance de instrumento político que lhe emprestava o autor que a consagrou como teoria: conter o poder, para garantir a liberdade. E esta a razão por que, em coerência com seus pressupostos teóricos e objetivos práticos, MONTESQUIEU jamais defendeu a ideia de uma separação absoluta e regida entre os órgãos incumbidos de cada uma das funções estatais. Antes, chegou a fazer referência a mecanismos de relacionamento mútuo entre os poderes, a fim, precisamente, de lhes prevenir abusos no exercício. Contra a natural tendência de expansão do poder, era mister a criação de instrumentos que garantissem a subsistência do esquema tripartite de funções, impedindo que os representantes de uma delas se sobrepusessem aos demais. Doutro modo, o poder incontido sacrificaria a liberdade. E exemplo significativo de relações dessa espécie, colhido à obra do grande pensador francês, é a intervenção do Executivo no processo legislativo mediante o veto.⁸⁶

Perluso, considerou que a EC 45/2004 não feriu ou quebrou os limites constitucionais da independência do Poder Judiciário, ao revés, agiu nos limites de sua competência reformadora o poder constituinte derivado, sendo que o Conselho Nacional de Justiça exerce função unicamente fiscalizadora, isto é, função proeminentemente jurisdicional, cujo papel é de fiscalizar as atividades administrativas e financeiras do Judiciário, sem, no entanto, interferir na atuação deste Poder.

Após o voto dos Ministros, foi proferida a seguinte decisão:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, afastou o vício formal de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 45/2004, como também não conheceu da ação quanto ao § 8º do artigo 125. No mérito, o Tribunal, por maioria, julgou totalmente improcedente a ação, vencidos o Senhor Ministro Marco Aurélio, que a julgava integralmente procedente; a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Carlos Velloso, que julgavam parcialmente procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade dos incisos X, XI, XII e XIII do artigo 103-B, acrescentado

⁸⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Primeira Turma. Ação direta de inconstitucionalidade 3.367-1 Distrito Federal. Relator: Ministro Cezar Peluso. Acórdão, DJ 17 de março de 2006.

pela emenda constitucional; e o Ministro Sepúlveda Pertence, que a julgava procedente, em menor extensão, dando pela inconstitucionalidade somente do inciso XIII do caput do artigo 103-B. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim. Falaram, pela requerente, o Dr. Alberto Pavie Ribeiro, pela Advocacia-Geral da União, o Dr. Cláudio Lemos Fonteles, Procurador-Geral da República. Plenário, 13.04.2005⁸⁷.

Esta decisão se apresenta robustamente pertinente à análise do desempenho da função atípica do judiciário, não apenas objetivamente quando da análise do exercício controle de (in)constitucionalidade, mas pelo próprio conteúdo dos votos e colocações dos Ministros.

Por fim, a Constituição Brasileira, com forte influência norte-americana, apresenta um modelo híbrido de controle de constitucionalidade, de modo que afere a prerrogativa de todo e qualquer juiz realizar a análise incidental de inconstitucionalidade das leis e atos normativos, quando da aplicação do controle difuso de constitucionalidade; neste julgado se evidencia o a atuação do Supremo Tribunal Federal no efetivo exercício do controle concentrado de constitucionalidade.

⁸⁷ Ibidem.

3 EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO PRÓ-ATIVA

O ativismo judicial brasileiro, tem forte influência do sistema jurídico “common law”, sistema jurídico norte-americano, no qual a atuação do judiciário na produção das leis é evidentemente mais ativa.

Neste sentido, pontua Eduardo Cambi:

O pós-positivismo jurídico, ao resgatar a força normativa dos princípios constitucionais, bem como a moderna hermenêutica jurídica, que ressalta sempre o papel criativo do intérprete, reforçado pelas técnicas legislativas que cada vez mais adotam cláusulas gerais (como as da boa-fé e das funções sociais do contrato e da propriedade), permitem concluir que o juiz, ao atribuir sentido o texto da Constituição ou da lei, constrói a norma jurídica no caso concreto.⁸⁸

A jurisdição pró-ativa decorre de uma hermenêutica mais ativa do judiciário quando da aplicação da análise do caso concreto, de modo que se desvincula a mera subsunção do fato à norma, autorizando ao aplicador (juiz) exercer uma atividade interpretativa e argumentativa ampla no momento da aplicação da lei.⁸⁹

Outro marco que possibilitou a expansão da jurisdição mais ativa foi a ampliação dos controles de constitucionalidade com a promulgação da constituição de 1988, embora houvesse a previsão deste controle desde a constituição de 1891, ainda era de aplicabilidade deveras restrita, uma vez que somente o Procurador Geral da República tinha legitimidade para se utilizar desta prerrogativa.

No Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891. A denominada ação genérica (ou, atualmente, ação direta), destinada ao controle por via principal – abstrato e concentrado –, foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965. Nada obstante, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988. A causa determinante foi a ampliação do direito de propositura. A ela somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de

⁸⁸ CAMBI, 2008. p.105.

⁸⁹ DORST. Daeane Zulian. GAGLIETTI. Mauro José. SALVADOR. Cassio Contarato. **A Postura Proativa do Poder Judiciário: Ativismo Judicial**. Brasília: Revista do Mestrado em Direito. 2015. p. 69.

constitucionalidade e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental.⁹⁰

A partir desta alteração, os juízes, desde o recém investido no cargo, até o mais antigo Ministro dos Superiores Tribunais, pode exercer o controle de constitucionalidade da norma de forma incidental, isto é, ao deparem-se com inconstitucionalidades, no momento da aplicação, o aplicador pode reconhecer sua inconstitucionalidade e deixar de aplica-la, sem a necessidade da propositura de ação específica para isto.

3.1 ATIVISMO JUDICIAL: CONCEITO

O termo “ativismo judicial” surgiu a partir da análise do jornalista Arthur Schlesinger Júnior acerca da atuação dos juízes na Suprema Corte Americana, o jornalista estabeleceu uma classificação aos juízes daquela corte, sendo subdivididos em três grupos, quais sejam: os juízes ativistas, os juízes “campeões da autocontenção”, e ainda, os juízes que atuavam de forma mitigada entre as duas modalidades.⁹¹

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Ear Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais.⁹²

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Ceará: THEMIS - Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, S.d. pg. 23. Disponível em < <http://www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf>>. Acesso em: 05 de abril de 2018.

⁹¹ DORST. GAGLIETTI. SALVADOR. 2015. p. 54.

⁹² BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Apud. FELLET, André Luiz Fernandes. PAULA, Daniel Giotti de. NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPODIVM, 2013. Apud. Idem.

Entende-se como ativismo judicial, a prerrogativa atribuída ao Poder Judiciário de intervir, em certa medida, nos demais competência do Estado, mormente na Política, por meio de decisões pautadas numa hermenêutica mais ativa quando da análise do caso concreto.

Neste sentido, Luís Roberto Barroso descreve a função do juiz no Estado, atribuindo-lhe a competência de não somente aplicar piamente a lei, mas de atribuir-lhe, ou não, constitucionalidade, como forma de complementação ao trabalho do legislador.

(ii) Quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis⁹³

Ainda neste sentido:

Diante de tais situações, é o juiz que realiza esse processo de individualização, cabendo a ele valorar o sentido para as cláusulas abertas e optar entre soluções possíveis. Passará o intérprete (juiz), então, a ser co-participante do processo de criação do Direito, na medida em que completa o trabalho do legislador.

Esse processo de criação do juiz, o qual rompe com a divisão clássica dos poderes preconizada por Montesquieu, é chamado de ativismo judicial.

Podemos definir o ativismo judicial como sendo aquele movimento que propõe a legitimidade das decisões judiciais que impõem obrigações, sem, contudo, haver previsão legal expressa.⁹⁴

Esta postura adotada pelo Poder Judiciário advém de profundas transformações e se estabeleceu juntamente com a instauração do Estado Democrático de Direito. Tudo isso em conjunto com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que representou um divisor de águas no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que amplia as possibilidades de o cidadão comum exercer efetivamente os seus direitos.

⁹³ BARROSO, 2005. p. 26.

⁹⁴ TOLETO. Maurício Moreira. REIGOTA. João Manoel dos Santos. **Neoconstitucionalismo e Ativismo Judicial no Brasil**. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie. p. 11.

3.1.1 Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana

O ativismo judicial, tal qual prevalente no ordenamento brasileiro atualmente, teve sua origem nos Estados Unidos, pouco tempo após a obtenção de sua independência, como uma república ainda recém estabelecida, era necessário que se fizesse claro o papel da Suprema Corte Norte-Americana, assim como a extensão de seu poder para julgar e interpretar conforme a também recente Constituição dos Estados Unidos.

O poder para reconhecer a inconstitucionalidade de leis e atos que confrontem com o texto constitucional, embora previsto na constituição americana, encontra sua primeira aplicação no caso *Marbury vs. Madison*, no ano de 1803, no qual a Suprema Corte Americana afirmou sua competência para considerar leis como inconstitucionais, neste mesmo caso, a Corte reconheceu que, embora os membros do Poder Legislativo fossem democraticamente eleitos, estes não poderiam legislar em contraste com o teor da Constituição, assim, ficariam vinculados ao permitido por ela.

À época, John Marshall, então presidente da Suprema Corte, questionou o juramento conferido aos magistrados quando do ingresso em seus cargos, tendo em vista que juravam manter e agir de acordo com a constituição diante de eventuais inconstitucionalidades constantes nas leis infraconstitucionais ou nos inúmeros atos do Estado como um todo. Assim, em sua decisão, a Corte defendeu a supremacia da Constituição perante todas as demais fontes de direito, juntamente com a prerrogativa de liberdade hermenêutica dos magistrados, a fim de auferir a máxima efetividade da norma, conforme se evidencia no seguinte trecho da referida decisão:

Por que motivo um juiz jura desempenhar seus deveres de acordo com a Constituição dos Estados Unidos se tal Constituição não compõe norma para seu governo? Se é fechada para ele a por ele não pode ser inspecionada? Se dessa forma é o real estado das coisas, isso seria pior do que zombaria solene. Prescrever ou tomar tal juramento se tornaria igualmente um crime.⁹⁵

⁹⁵ Livre tradução do seguinte trecho no idioma original: "Why does a judge swear to discharge his duties agreeably to the Constitution of the United States if that Constitution forms no rule for his government? if it is closed upon him and cannot be inspected by him? If such be the real state of things, this is worse

Ainda acerca da experiência norte-americana, tal poder para considerar a inconstitucionalidade das leis é chamado de *Judicial Review*, que, segundo Eduardo Cambi, se trata da aproximação do Direito à Política, permitindo que ações governamentais sejam contestadas perante o Poder Judiciário⁹⁶.

Desta maneira, constitui verdadeira peça de museu o artigo 126 do Código de Processo Civil ao asseverar que o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei e que no julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. A referida regra jurídica não resiste às interpretações evolutiva do direito e teológica do papel do juiz, na medida em que a norma jurídica, enquanto resultado do processo hermenêutico, não mais se enquadra na arcaica visão da decisão enquanto um silogismo jurídico (premissa maior: a regra jurídica; premissa menor: os fatos; e conclusão), seja porque se adota no Brasil, desde a Constituição Republicana de 1891, o *judicial review* (isto é, o controle difuso da constitucionalidade), nos moldes norte-americanos, decorrente do caso *Marbury v. Madison* (1803), com a possibilidade de se negar – no plano formal e/ ou material – validade à regra jurídica por se opor a um princípio constitucional, seja porque a técnica legislativa se ampara cada vez mais nas cláusulas gerais (p. ex., art. 421/CC, ao tratar da função social do contrato; art. 1.228/CC, par. 1º, ao prever a função social da propriedade; art. 113/CC, prevendo que os contratos devem ser interpretados à luz da boa-fé etc.), sendo os textos legislativos polissêmicos, a possibilitar mais de uma interpretação possível.⁹⁷

O ativismo judicial norte-americano representa um grande marco na história da formação do Estado, influenciando diretamente o desenvolvimento da hermenêutica e aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais, tal qual se observa atualmente no ordenamento brasileiro.

than solemn mockery. To prescribe or to take this oath becomes equally a crime.” (U.S. Supreme Court, **Marbury v. Madison**, 5 U.S. 137, 1803. p. 180).

⁹⁶ CAMBI, 2008. p. 99.

⁹⁷ Ibidem. p. 97.

3.1.2 Ativismo Judicial no Ordenamento Brasileiro

O advento da Constituição de 1988 foi determinante para a redemocratização do Brasil. O país vinha de um período ditatorial (1964 – 1985) bastante conturbado e necessitava de mudanças em seu ordenamento jurídico.

No Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891. A denominada ação genérica (ou, atualmente, ação direta), destinada ao controle por via principal – abstrato e concentrado –, foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965. Nada obstante, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988. A causa determinante foi a ampliação do direito de propositura. A ela somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental.⁹⁸

O ativismo jurídico instalado no ordenamento brasileiro, com a promulgação da Constituição de 1988, traz uma ampliação significativa do rol de legitimidade para propor a ação direta de inconstitucionalidade. Anteriormente, desde da Constituição de 1891, o único legitimado detentor da prerrogativa do exercício do controle incidental de inconstitucionalidade era o Procurador-Geral da República. Esta alteração normativa autoriza ao Judiciário a análise incidental da (in)constitucionalidade do texto normativo.

Como destacado por Rubio Llorente, a teoria da interpretação é hoje o núcleo central da teoria da constituição. Acresce que, na medida em que o Estado contemporâneo evoluiu do Estado legislativo em direção ao Estado constitucional, o problema da interpretação é também o problema central da teoria do Estado e da própria teoria do Direito. Com efeito, com a constitucionalização da ordem jurídica, em que os diversos ramos, tradicionalmente conhecidos pelos estudiosos do Direito (Direito Civil, Comercial, Penal, Processual, etc.), encontram suas diretrizes fundadoras na Lei Fundamental, a própria Teoria geral do Direito vê-se influenciada, porquanto a obtenção de normas *in concreto* não se logra singelamente pela aplicação de textos codificados (visão essa tributária de concepção do Direito como sistema fechado). Na época atual a criação da norma reporta-se cada vez mais à Constituição. Não se consegue mais interpretar os enunciados

⁹⁸ BARROSO, S.d. p. 23.

normativos dos variados setores jurídicos sem lançar olhos sobre os princípios e valores constitucionais que os iluminam.⁹⁹

Ainda neste sentido, o Ministro Enrique Ricardo Lewandowski assevera:

No passado apenas o procurador-geral da República podia ingressar em Juízo no controle concentrado de constitucionalidade para eventualmente questionar alguma lei ou ato administrativo, o no passado recente nós sabemos, vivíamos no regime militar, e o procurador-geral da República era diretamente nomeado pelo presidente da República, que era o representante do alistamento militar;; obviamente só eram declarados inconstitucionais, ou o Supremo só era provocado, quando interessava aos próprios detentores do poder. Temos, portanto, um avanço extraordinário. O protagonismo do Poder Judiciário deve-se a isso, à explosão de litigiosidade e aos instrumentos que a nova Constituição colocou à disposição do homem comum para ingressar em juízo.¹⁰⁰

Nesta passagem vislumbra-se a submissão da criação de normas infraconstitucionais à observância dos preceitos constitucionais compilados no ordenamento jurídico brasileiro, de forma que a criação de uma lei nova está intimamente condicionada ao texto constitucional, sendo que àquelas normas tidas como inconstitucionais estão sujeitas ao controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, cujo controle pode ser exercido pelos juízes desde o magistrado recém nomeado, até o mais alto escalão de Ministros nos Tribunais Superiores.

Para que o Ativismo Judicial tenha continuidade e prospere no ordenamento brasileiro, o operador do direito deve manter-se sempre em desenvolvimento de sua hermenêutica, buscando a melhor interpretação da norma, sempre observando mormente os preceitos fundamentais da Constituição, considerando que, ainda que haja a ampliação das possibilidades de interpretação da norma, os princípios não podem ser ponderados, de forma a garantir a segurança jurídica a toda estrutura estatal.

Neste sentido, Cambi, conclui sua tese com o seguinte trecho:

⁹⁹ DANTAS, David Diniz. **Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo – Teoria e Casos Práticos**. 2 ed. São Paulo: Mandras, 2005. p. 197-198.

¹⁰⁰ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O Protagonismo do Poder Judiciário na Era dos Direitos. **Revista de Direito Administrativo**. Volume 251. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo. 2009. p. 81. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/7529/6043>>. Acesso em: 05 de abril de 2018.

Portanto, o neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo não são tendências que devem ficar apenas no plano teórico, exigindo do operador jurídico novas práticas para que, assim, seja possível resistir, sempre com apego na Constituição, a toda a forma de retrocessos, o que servirá – e isto, por si só, não é pouco – para a concretização da consciência constitucional e para a formação de uma silenciosa cultura democrática de proteção dos direitos e garantias fundamentais¹⁰¹

Evidencia-se desta forma, a importância da ampliação das possibilidades de o legislador aplicar a norma a partir de uma hermenêutica mais ativa.

Nesta senda, discorre Ronald Dworkin:

[...]

Para Dworkin, quanto maior a sofisticação do direito e, portanto, da própria sociedade, mais provável tornar-se uma efetiva (e legítima) capacidade de resposta do sistema jurídico às demandas sociais, mesmo que a discussão sobre qual a melhor resposta se mantenha em aberto.

Corroborando isso, Dworkin menciona especificamente os casos dos Estados Unidos e da Grã Bretanha como exemplos de sistemas jurídicos em que seria extremamente raro verificar casos concretos a serem apreciados pelo direito sem nenhuma possibilidade de resposta, sob uma base de convicção certa. Isso ocorreria também, em virtude da maturidade institucional e de arraigado senso social de debate de direitos que tais países já teriam alcançado. [...] ¹⁰²

Por meio desta ampliação na possibilidade de interpretação por parte do magistrado, houve uma expressiva expansão do direito, a partir da consolidação do Estado Democrático de Direito no Brasil, acarretando assim o fortalecimento do Poder Judiciário para discutir matérias e dirimir conflitos, pondo fim às querelas ajuizadas pela sociedade, com uma garantia de aplicação da lei da forma que melhor atende às necessidades da sociedade.

¹⁰¹ CAMBI, 2008. p. 130.

¹⁰² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 175-2016. apud. CADEMARTORI. Luiz Henrique Urquhart. DUARTE. Francisco Carlos. **Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional**. São Paulo: Atlas S.A. 2009. p. 121 e 122.

3.2 PROTAGONISMO JUDICIÁRIO

Com o advento da Constituição de 1988, além dos diversos avanços anteriormente já colacionados, houve uma significativa expansão da litigiosidade no país, isto porquê, com a superação do regime militar, que perdurou do ano de 1964 até 1985, expandiram-se os instrumentos jurídicos à disposição do homem comum, de modo que o cidadão comum tomou conhecimento de seus direitos e passou a exercê-los de forma mais efetiva.

Esta expansão da litigiosidade no Brasil resultou no protagonismo do Poder Judiciário, isto é, o Poder Judiciário encontra-se em evidência quando da análise da função do Estado na sociedade.

O estudo da jurisdição constitucional nunca esteve tão em voga quanto agora e isto se explica, primeiro, pelo fenômeno da expansão de litigiosidade, vivenciada nas últimas décadas, decorrente da ampliação do acesso à justiça. A simplificação do acesso ao Poder Judiciário, após os Juizados de Pequenas Causas, transformados pela Constituição Federal de 1988 em Juizados Especiais Cíveis e ampliados para a esfera criminal e federal, dispensando, inclusive, a presença de advogado foi um fator importante para que os cidadãos fossem buscar os seus direitos.¹⁰³

Da análise histórica do desenvolvimento do Estado, observa-se que o século XIX foi o século do protagonismo do Poder Legislativo, devido à concepção do Estado não intervencionista, um Estado mínimo. Lado outro, o século XX deu vez ao protagonismo do Poder Executivo, no qual o Estado era compelido a dar respostas rápidas aos estímulos, este foi o período da globalização econômica, em que o Estado, através do Poder Executivo tinha sua atuação mais evidente.¹⁰⁴

Com o Poder Judiciário em evidência nas funções do Estado, o cidadão comum passa a exercer seus direitos e reivindicá-los de forma mais incisiva, de forma que o Estado, ao ser confrontado com a explosão litigiosa que se instaura com a promulgação da Constituição Federal de 1988, passa a tomar uma postura mais ativa perante os conflitos que lhe são postos, ampliando as possibilidades de aplicação da

¹⁰³ CAMBI, 2008. p. 99.

¹⁰⁴ Ibidem. p. 78.

norma, dando mais liberdade ao aplicador (juiz) para interpretá-la e aplicá-la de forma que atenda melhor as necessidades dos querelantes e da sociedade como um todo.

3.3 PROCEDIMENTALISMO VERSUS SUBSTANCIALISMO

Há duas vertentes que direcionam a postura do Poder Judiciário brasileiro, quais sejam, o procedimentalismo e o substancialismo.

O procedimentalismo, por vezes é tido até mesmo como uma crítica ao ativismo judicial, pois tem como preceito a necessidade da fundamentação moral de princípios do direito, sob esta ótica, fica vedada a atuação ativista do judiciário, de forma que todos os atos dos aplicadores do direito ficam rigorosamente submissos à norma, mormente à Constituição Federal, baseada em Kant, esta linha interpretativa é intimamente positivista.

De outro lado se observa a linha substancialista de interpretação da norma, na qual se defende o ativismo judicial e o fortalecimento constitucional por meio de processos judiciais¹⁰⁵

A principal discussão que envolve estas duas formas distintas de solucionar conflitos jurídicos, o procedimentalismo e o substancialismo, diz respeito, sobretudo, à divergência teórica sobre o papel do Poder Judiciário e da Justiça constitucional em relação ao novo trato conferido aos direitos e princípios após o advento da Constituição de 1988, tendo em vista que, a partir de então, compromissos éticos-comunitários passaram a ser cobrados de modo incisivo, o que fez gerar o debate entre os defensores de ambas as correntes.

Isto porque a compreensão de um Estado democrático de Direito não pode estar desarticulada da noção de efetivação de direitos fundamentais, tais como justiça social e igualdade, proclamados desde a Modernidade. No entanto, a partir do momento em que os princípios ganham uma forma privilegiada no texto constitucional, passando a ser reconhecido seu caráter normativo, começam a ser interpretados como instrumentos de ação estatal, conferindo, deste modo, conteúdo material às Constituições.¹⁰⁶

¹⁰⁵ LIMA, Newton Oliveira. **Substancialismo Versus Procedimentalismo Discussões sobre a Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Diritto e Diritti, Ragusa, 2009. p. 13. Apud. LEAL JÚNIOR, João Carlos. **Sobre Procedimentalismo e Substancialismo na Promoção de Políticas Públicas da Área da Saúde**. Brasília: Revista CEJ. 2011.

¹⁰⁶ Ibidem. Apud. STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma Nova Crítica do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 13.

Na perspectiva substancialista, defende-se que o Poder Judiciário, por meio de suas decisões atua como afirmador dos direitos fundamentais e valoriza a Constituição como instrumento vinculante e programático. Nesta senda, a Constituição tem por derradeiro a conservação do Estado Democrático de Direito, resguardando ainda, a ordem e a liberdade, não admitindo a politização do Direito, sendo que se mostra uma garantia, no sentido de uma promessa de construção de um Estado Social livre e independente.¹⁰⁷

¹⁰⁷ MADERS, Angelita Maria. DUARTE, Isabel Cristina Brettas. Procedimentalismo e Substancialismo: Diferentes Perspectivas sobre a Jurisdição Constitucional Brasileira na Atualidade. **Orbis: Revista Científica**. Rio Grande do Sul: ISSN 2178-4809 Latindex Folio 19391, S.d. p. 101. Disponível em: <<http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/view/61/61>>. Acesso em: 05 de abril de 2018.

4 O FENÔMENO DO “NECONSTITUCIONALISMO”

O Estado de Direito, vigente no sistema brasileiro até o final do Século XX, em que, ao analisar as querelas da sociedade, o aplicador da norma preocupava-se unicamente na aplicação automática do direito nos casos concretos, o exame da norma se dava apenas em função de sua formação, promovendo uma aplicação conforme o método dedutivo, utilizando puramente do silogismo da norma e o caso concreto.

Após a Segunda Guerra Mundial, o direito toma um papel diferente no Estado, a análise da validade da norma não mais se submete apenas à critérios de forma de produção, a criação e aplicação de normas passa a submeter-se à Constituição, a Carta Maior passa a ter força normativa e perde o status de mera carta política. Assim, se instala o Estado Constitucional de Direito, o qual confere a supremacia à Constituição, sendo que todas as normas, para serem aplicadas, devem se submeter a esta Lei Maior, resultando, portanto, numa constitucionalização do direito.¹⁰⁸

A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª. grande guerra e ao longo da segunda metade do Século XX, redefiniu o lugar da constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das idéias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático.¹⁰⁹

Antes desta referida reconstitucionalização, a norma era tida como um documento unicamente político de aplicabilidade deveras restrita. Com a quebra deste preceito de verificação da norma apenas sob o silogismo dedutivo, isto é, aplicação seca da norma aos casos que eram postos perante o judiciário, o aplicador passa a ter um papel interpretativo mais ativo da norma, devendo analisa-la à luz mormente da constituição.

¹⁰⁸ BARROSO, S.d. p. 16.

¹⁰⁹ Ibidem. p. 17.

Evidencia-se esta alteração axiológica da Constituição em relação às normas infraconstitucionais, nas palavras do autor Luís Roberto Barroso, na seguinte passagem:

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.¹¹⁰

É a partir da formação do Estado constitucional de direito, que se instala o neoconstitucionalismo, com isso, há um expressivo fortalecimento do texto constitucional.

Este fortalecimento constitucional sempre esteve presente no Sistema estadunidense, sendo que a Constituição americana, desde o primeiro momento previu um documento de caráter jurídico dotado aplicabilidade direta e imediata pelo Poder judiciário, assim, toda interpretação à luz da constituição, tem sua origem atribuída ao Sistema norte-americano.¹¹¹

Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição.¹¹²

No Brasil, esta alteração na aplicação da norma constitucional veio algum tempo depois. Somente com a Constituição de 1988, o Estado de direito passa a Estado democrático de direito. Com esta significativa mudança no papel axiológico da

¹¹⁰ BARROSO, S.d. p. 21

¹¹¹ Ibidem. p. 32.

¹¹² Ibidem. p. 23.

Constituição, vem se verificando uma estabilidade institucional, jamais vista na história brasileira.

Nesta senda, Luís Roberto Barroso, discorre acerca da evolução histórica do Estado brasileiro:

Mais que isso: a Carta de 1988 tem propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país. E não foram tempos banais. Ao longo da sua vigência, destituiu-se por *impeachment* um Presidente da República, houve um grave escândalo envolvendo a Comissão de Orçamento da Câmara dos Deputados, foram afastados Senadores importantes no esquema de poder da República, foi eleito um Presidente de oposição e do Partido dos Trabalhadores, surgiram denúncias estridentes envolvendo esquemas de financiamento eleitoral e de vantagens para parlamentares, em meio a outros episódios. Em nenhum desses eventos houve a cogitação de qualquer solução que não fosse o respeito à legalidade constitucional. Nessa matéria, percorremos em pouco tempo todos os ciclos do atraso.¹¹³

Assim, entende-se por Neoconstitucionalismo, esta prevalência da constituição sobre as normas infraconstitucionais. A constituição toma seu papel como norma suprema e as normas infraconstitucionais passam a subordinarem-se à ela.

Este fenômeno, decorrente da evolução do direito e da transformação do Estado de direito para o Estado democrático de direito, retira a visão puramente positivista da norma, superando assim o positivismo jurídico, dando lugar à uma tendência pós-positivista, que coloca a constituição acima das demais normas e amplia a aplicabilidade da norma através de uma hermenêutica mais ativa do aplicador.

4.1 NEOCONSTITUCIONALISMO E ATIVISMO

O neoconstitucionalismo influenciou e possibilitou o ativismo judicial instalado no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que houve a retirada do silogismo atribuído à aplicação da norma no Estado de direito, que limitava o juiz à aplicação

¹¹³ BARROSO, S.d. p.18.

pura da norma aos casos que lhes eram impostos, superando assim, o positivismo jurídico. Após a constitucionalização do direito e a ampliação da possibilidade hermenêutica do aplicador ao analisar as querelas judiciais, este limite foi alterado e aumentado, considerando que o juiz, assim como todo o ordenamento jurídico, fica rigorosamente subordinado apenas às normas e aos princípios constitucionais.

Partindo desta análise, é de fácil observância a motivação da explosão de litigiosidade abordada alhures, vez que, com a resolução das demandas sujeitas aos critérios, de certa forma, individuais do aplicador, os querelantes veem no judiciário uma forma de terem suas pretensões atendidas, com a garantia da aplicação dos princípios constitucionais, somados ao olhar imparcial e analítico do juiz. Diante disto, chegam ao Poder Judiciário questões que antes eram dirimidas em outras esferas de atuação do Estado.

O ativismo judicial teve seu início na Corte Americana, com a atuação dos juízes mitigando a atuação do judiciário à Política, parte dos juízes daquela Corte assumem uma atuação intrínseca do Direito com a Política, de forma que o Tribunal não pode negar sua atuação em questões político-sociais, ampliando a competência do Poder Judiciário às resoluções de matérias eminentemente políticas.¹¹⁴

Com efeito, o judiciário, com o ativismo, passa a ter a competência de, ainda que afete outras áreas do Estado, dar respostas às querelas da sociedade, considerando suas necessidades e analisando as possibilidades mínimas de subsistência que o Estado deve garantir aos seus governados.

Nesta questão, é atual a questão da tutela dos direitos fundamentais sociais (art. 6º, CF: educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, bem como a assistência aos desamparados). Tais direitos não são verdadeiros direitos subjetivos, dotados de conteúdo líquido e certo, mas também não são meros instrumentos jurídicos para a luta política, dando ensejo à atuação positiva do Estado – e, portanto, conferindo legitimidade individual ou coletiva para demandar judicialmente – quando tais direitos, ainda que gerem custos à sua implementação, forem indispensáveis à concretização do valor constitucional da dignidade humana. Exemplo emblemático deste ativismo judicial se deu na elogiável e sempre citada decisão do Supremo Tribunal Federal para a concessão de medicamentos aos aidéticos.

[...]

“Paciente com HIV/AIDS – Pessoa destituída de recursos financeiros – Direito à vida e à saúde – Fornecimento gratuito de medicamentos – Dever do Poder Público (CF., arts. 5º, caput, e 196) – Precedentes (STF) – Recurso de agravo improvido. O direito à saúde representa consequência constitucional

¹¹⁴ DORST. GAGLIETTI. SALVADOR. 2015. p. 69.

indissociável do direito à vida. – O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. – O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. – A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. – O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. – Distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes. – O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF”.¹¹⁵

Nesta decisão indicada por Eduardo Cambi, fica evidenciada a atuação do judiciário objetivando concretizar a aplicação dos princípios constitucionais, ainda que tal determinação [de fornecer remédios gratuitamente aos aidéticos] influencie diretamente na atividade estatal em seus demais ramos. Assim, fica robustamente demonstrado o ativismo presente na atuação do Poder Judiciário.

Esta atividade do Poder Judiciário, é possível por conta de toda modificação sofrida pelo Estado e pelo Direito, conforme exposto anteriormente.

Com o fim do positivismo houve uma reaproximação do Direito à filosofia, sem, contudo, retroagir à interpretação jusnaturalista e sem retomar a visão utopista outrora vinculada à aplicação da norma e regulação das relações sociais.

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Extraordinário: RE 271286 RS Relator: Ministro Celso de Mello. Acórdão, DJ 20 de agosto de 2000. Apud. CAMBI, 2008. p. 104.

No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.¹¹⁶

Este distanciamento do Direito do positivismo jurídico, deu espaço ao pós-positivismo, que culminou no afastamento da mera subsunção da norma ao caso, trazendo à tona uma concepção mais ampla do Direito, embora a norma apresente aplicabilidade perante os casos impostos ao judiciário, esta submete-se à Constituição. Trazendo ao cidadão que busca a tutela jurisdicional, segurança jurídica e a garantia de que sua pretensão será analisada pelo juiz, sob uma perspectiva mais elástica, obtendo prestações estatais, ainda que as matérias pleiteadas extrapolem a estrita competência do Poder Judiciário, possibilitando ao aplicador, a análise de matérias extra jurídicas, envolvendo demandas atinentes a assuntos sociais e políticos, a serem dirimidos através do judiciário.

A todo esse novo contexto interpretativo que vem sendo analisado, estaria subjacente o que, segundo alguns autores, configuraria uma matriz epistemológica do direito, batizada como pós-positivismo ou neoconstitucionalismo, o qual apresenta como um dos seus principais desafios, no campo estritamente jurídico, o equacionamento entre as dimensões do Direito, Moral e Política. Isso se daria ao estabelecer as suas formas de entrelaçamento, o que pressupõe o desenvolvimento de padrões de racionalidade baseados mas na razoabilidade prudencial do que no cientificismo formal, típico do positivismo jurídico.

Entretanto, o neoconstitucionalismo é um fenômeno que transcende a dimensão puramente jurídica, encontrando também os seus fundamentos a partir de uma concepção própria de Estado de Direito e uma nova forma de focar o papel da Constituição, por parte dos poderes públicos e da própria sociedade.¹¹⁷

Com o neoconstitucionalismo, o Estado percebe a necessidade de implementação de um Estado de atuação mais positiva, capaz de ampliar as garantias e direitos capazes de assegurar a subsistência dos governados, com isso, houve uma significativa alteração na postura do estado perante as necessidades da população.

¹¹⁶ BARROSO, S.d. p. 20

¹¹⁷ CADEMARTORI. DUARTE, 2009. p. 29.

Foram implementados na Constituição, direitos de ordem assistencial, trabalhista, securitária¹¹⁸, e demais direitos decorrentes de cláusulas pétreas e princípios que foram implementados e tutelados pelo Estado por meio do texto constitucional, que passa a ter força normativa suprema.

O neoconstitucionalismo ou pós-positivismo, provocou três alterações evidentes no ordenamento brasileiro, quais sejam: 1. A alteração da primazia de princípios, anteriormente a lei era a fonte de direito, pela qual o juiz deveria se basear ao analisar o caso concreto, após, a constituição passa a ocupar o mais alto grau, determinando princípios a serem seguidos por todo o ordenamento; 2. Deslocamento da reserva da lei à reserva constitucional; 3. O controle jurisdicional, que antes analisava a legalidade da norma, passa a examinar a constitucionalidade desta.¹¹⁹

Desta forma, se evidencia o fortalecimento acentuado do texto constitucional, bem como a atribuição de outras competências ao Judiciário, vez que o juiz, aplicador da norma, agora faz um exame de constitucionalidade da norma, o que amplia significativamente suas possibilidades de hermenêutica ao aplicar a lei ao fato concreto, considerando a gama de princípios cuja interpretação permite ao julgador, realizar um estudo mais aberto em relação às querelas que lhe são apresentadas.

4.2 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES ESTÁ SENDO VIOLADO?

O Princípio da Separação dos Poderes, desenvolvido ao longo da história, a partir dos ensinamentos de Montesquieu, foi sintetizado no ordenamento brasileiro no artigo 2º da Constituição Federal, o qual prevê a divisão dos Poderes da União em: Legislativo, Executivo e Judiciário; estes poderes devem ser exercidos de forma harmônica e independente.

Conforme o sistema desenvolvido por Montesquieu, os três poderes devem ser independentes, sendo que um não pode intervir nas competências do outro.

Ainda que tenha desenvolvido o sistema de freios e contrapesos, a ideia originária não é a intervenção propriamente dita de um poder sobre o outro, e sim a

¹¹⁸ CADEMARTORI. DUARTE, 2009. p. 30.

¹¹⁹ Ibidem. p. 31.

fiscalização, de forma a evitar abusos e arbitrariedades de qualquer um dos três poderes.

A intervenção além dos parâmetros determinados por Lei Constitucional, de uma Função sobre a outra, causa um desequilíbrio no Estado, gerando um descompasso nas atividades estatais, o que inevitavelmente causaria um enfraquecimento do Estado democrático de direito, conforme exposto por diversos autores, filósofos e juristas no decorrer da história.

Para que seja considerada a violação ou ponderação de um Princípio, é necessário que este Princípio perca, mesmo em parte, sua eficácia. Ao realizar uma análise aprofundada acerca das matérias aqui expostas, por uma perspectiva histórico-evolutiva, ao examinar os modelos estatais elucubrados, evidencia-se que, ainda que em pequena escala, o Poder Judiciário está prevalecendo sobre os demais, o que pode representar uma quebra no Princípio constitucional da separação e independência dos poderes do Estado.

Além dos exemplos já expostos, houve, recentemente, em decisão proferida pelo Juízo da Quarta Vara Federal da Seção Judiciária de Niterói/RJ, o qual suspendeu liminarmente a posse da deputada federal Cristiane Brasil Francisco no cargo de Ministra do Trabalho, sob o fundamento de, com a posse da referida deputada ao cargo, haveria o desrespeito à norma constitucional, mormente à moralidade administrativa, prevista no caput do artigo 37, da Carta Maior, que prevê em seu texto: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”. Tal decisão foi objeto de recurso dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, que ratificou a suspensão da posse e posteriormente foi objeto de recurso também de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, o qual teve a decisão deferida parcialmente em sede liminar.

Da decisão proferida pelo Juízo da Quarta Vara Federal da Seção Judiciária de Niterói/RJ, extraem-se trechos pertinentes à análise da atuação pró-ativa do judiciário a luz do pós-positivismo, conforme extrai-se do seguinte recorte:

É bem sabido que não compete ao Poder Judiciário o exame do mérito administrativo em respeito ao Princípio da separação dos Poderes. Este mandamento, no entanto, não é absoluto em seu conteúdo e deverá o juiz agir sempre que a conduta praticada for ilegal, mais grave ainda, inconstitucional, em se tratando de lesão a preceito constitucional

autoaplicável. Vale ressaltar que a medida ora almejada é meramente cautelar, precária e reversível, e, caso seja revista somente haverá um adiamento de posse. Trata-se de sacrifício de bem jurídico proporcional ao resguardo da moralidade administrativa, valor tão caro à coletividade e que não deve ficar sem o pronto amparo da tutela jurisdicional.¹²⁰

Diante desta análise, observa-se que o Princípio da Separação dos poderes vem sendo violado paulatinamente, à medida em o Poder Judiciário vem cada vez mais tomando a frente em matérias que antes eram privativas de outros Poderes. O ativismo judicial trata exatamente desta intervenção maior do Poder Judiciário nas matérias atinentes ao Poder Legislativo, por meio de decisões estritamente políticas, como se observa nesta sucessão de decisões pelos tribunais federais em suas variadas instâncias.

Muito embora as decisões tenham sido proferidas pautadas em preceitos constitucionais, a princípio em consonância com o que vem sendo implantado desde o advento da Constituição de 1988, e em conformidade com o que prevê as diretrizes neoconstitucionais, amplamente abordadas, fica evidente o caráter estritamente e evidentemente político destas decisões.

Oportuno mencionar a informação que na decisão da atual presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Cármen Lúcia, não fora analisado o mérito da questão, qual seja, a validade ou não do ato de nomeação realizada pelo Presidente da República ao nomear no cargo de Ministra do Trabalho a deputada Cristiane Brasil, ante a informação de que esta teria sido condenada em processos trabalhistas; tendo em vista que ao interpor o recurso à Suprema Corte, o autor apenas abordou matérias de competência, o que impediu o aprofundamento da análise ao mérito da questão.

Examinando a fundo o Princípio e considerando a atuação dos Poderes nos Estado, resta cristalino que houve a violação do princípio da Separação dos Poderes, tendo em vista a deturpação da prerrogativa de fiscalização, ocasionando uma interferência mais incisiva de um Poder sobre o outro.

¹²⁰ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar na Reclamação 29508 MC – Distrito Federal. Relator: Ministra Cármen Lúcia. DJ 21 de janeiro de 2018. p. 02.

4.3 RUMOS DO PRINCÍPIO DA HARMONIA ENTRE OS PODERES

Extrai-se do texto constitucional, em seu Título I, artigo 2º: “Dos Princípios Fundamentais”; “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Este Princípio foi sistematizado a partir das inteligências expressadas pelo filósofo Montesquieu, a harmonia entre os poderes abordada pelo autor, refere-se ao seu sistema de freios e contra pesos, uma vez que, cada Função do Estado, além de sua competência típica de exercício do Poder, exerce também suas competências atípicas que visam a garantia de controle de um poder sobre o outro, no sentido de evitar abusos e excessos nas funções do Estado.

Mormente, cabe ao Poder Judiciário a aplicação das normas, conforme as determinações constitucionais, e, conforme amplamente elucubrado, cabe a análise incidental de constitucionalidade das normas quando da aplicação ao caso concreto.

Em relação à harmonia e autonomia dos poderes, discorre o autor, Norberto Bobbio:

Contra estes perigos ou limitações da eficácia concreta de suas decisões, o Sistema judiciário tem escassos meios de defesa. Na verdade, ele pode cumprir sua função com tanto maior serenidade, imparcialidade e adesão às normas quanto mais estiver institucionalmente separado do resto do sistema político, constituindo, dentro dele, um subsistema autônomo. Tal autonomia tem duas faces: de uma parte, consiste nas múltiplas garantias necessárias para que o sistema possa funcionar corretamente segundo os ditames da “função judiciária”, sem instruções ou coações de fora nem perspectivas de sanções (e/ou recompensas) devidas ao conteúdo das suas decisões; da outra, requer que o Sistema judiciário não tenha meios de intervenção espontânea e direta na execução de tais decisões (e, em geral, na concretização de suas orientações interpretativas) e tenha de depender da colaboração de outros setores do sistema político. Só no equilíbrio destas duas condições se realiza a autonomia: se se enfraquece a primeira, tende-se à subordinação do Sistema judiciário ao resto do sistema político; se se enfraquece a segunda, tende-se ao seu domínio (o “Governo dos juízes”). É caso para observar que, em quase todos os sistemas sociais, o equilíbrio foi alterado muito mais frequentemente e mais gravemente no sentido da subordinação do que no sentido do domínio.

De um modo geral, nos sistemas normativos, multiplicam-se as cautelas – escritas e não escritas – relativas à possibilidade da interferência do Sistema judiciário. Além da limitação da decisão coativa ao litígio singular e do fato de que, em cada caso, é necessário um certo grau de colaboração de órgãos estranhos ao Sistema judiciário para executar tal decisão, existe a vinculação ao objeto reclamado pela parte em contenda; existe a proibição – importantíssima, mesmo que a maior parte das vezes não esteja escrita por ser auto-imposta pelos órgãos judiciários – de decidir “questões políticas”, ou

seja, pertencentes à organização do sistema político; existem todos os “ônus” da imparcialidade própria da “função judiciária”, antes de tudo, o de que uma questão não pode ser levantada autonomamente por um órgão judiciário, mas deve ser-lhe submetida como disputa em que uma parte privada tem um interesse pessoal, direto e não fictício (o que, juntamente com a proibição de “questões políticas”, compromete as possibilidades de intervenção em vasto setor de normas que não tocam diretamente aos interesses privados); depois, também, o fato de que os juízes são geralmente obrigados a não discutir publicamente as questões de que são incumbidos; e muitas vezes se espera que evitem contatos não profissionais que possam colocar em dúvida sua imparcialidade. Na Europa continental, na Ásia e na América do Sul, isto trouxe sempre consigo uma visível reserva dos juízes em empenhar-se na política mesmo como cidadãos.¹²¹

Ainda que em texto antigo (1986), Norberto Bobbio, descreve o risco da desestabilidade em caso de o Poder Judiciário e a Política encontrarem-se em desarmonia. É colocado pelo autor, o perigo da subordinação de uma Função à outra.

Atualmente, com o ativismo judicial, está se encaminhando para o que o autor nomeia como “o governo dos juízes”, com o neoconstitucionalismo e a ampliação dos direitos e garantias previstas na Carta Magna, houve uma expansão das prerrogativas de atividade do judiciário, mormente ao analisar a atuação dos Tribunais ao decidirem matérias estritamente políticas, conforme amplamente exemplificado nos itens anteriores.

Na história do desenvolvimento do Estado, observa-se um ciclo de protagonismos dos poderes. Ainda nos primórdios os filósofos e pensadores já analisavam a Funções do Estado como divisíveis e delegáveis, a grande problemática encontrada era como seria feita esta distribuição de poderes, podendo ser concentrada nas mãos de um, uns, ou muitos governantes, conforme amplamente elucubrado em capítulos anteriores.

Não raro, uma das Funções Estatais se destaca perante a outra, assim como ocorreu com o Poder Legislativo no momento pós Revolução Francesa, podendo-se afirmar que o século XIX foi o século do protagonismo do Poder Legislativo, devido à concepção do Estado não intervencionista, difundindo-se um Estado mínimo. Posteriormente o século XX deu vez ao protagonismo do Poder Executivo, no qual o Estado era compelido a dar respostas rápidas aos estímulos, este foi o período da globalização econômica, em que o Estado, através do Poder Executivo tinha sua

¹²¹ BOBBIO, Norberto. Matteuci, Nicola. PASUINO. Gianfranco. **Dicionário de Política**. 2 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986. p. 1162 – 1163.

atuação mais evidente.¹²² Atualmente, o Estado Neoconstitucional, isto é, pós-positivista, encontra-se num momento de Protagonismo do Poder Judiciário, em que a sociedade passa a litigar com mais efetividade, dando destaque e realçando o Poder Judiciário em face das demais Funções do Estado.

Por vezes, o Estado se depara com situações de conflito entre os Poderes. Como se observa, por exemplo, nas Emendas Constitucionais 94 de 2016 e 99 de 2017, as quais versaram acerca da utilização de depósitos judiciais no pagamento de precatórios, permitindo aos Estados, Distrito Federal e Municípios a utilização destes valores nos pagamentos de precatórios em atraso até março de 2015. A EC 94/2016, previa o pagamento destas precatórias até o ano de 2020, com utilização de 75% dos recursos oriundos deste fundo. O Procurador-Geral da República, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade registrada sob o nº 5.679, julgada em 07 de junho de 2017, arguiu a inconstitucionalidade da Emenda. Esta ação foi parcialmente deferida, apenas com o intuito de ratificar e explicitar as condições em que os recursos decorrentes de depósitos judiciais seriam utilizados¹²³.

Menos de um ano após a inserção desta Emenda, foi novamente alterado o mesmo Texto Constitucional (artigos 101, 102, 103 e 105 do ADCT da Constituição de 1988), modificando a previsão de utilização dos depósitos judiciais, passando a serem autorizados pagamentos até dezembro de 2024, utilizando-se deste referido fundo.

Este caso mostra-se curioso a medida que demonstra uma “queda de braço” entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, sendo que o Judiciário, exercendo suas prerrogativas de controle, interferiu no primeiro texto normativo inserido pela EC 94/2016, em resposta a esta dita interferência o Poder Legislativo aprovou nova Emenda sobre o mesmo dispositivo.

Estes conflitos observados entre as Funções do Estado, evidenciam um certo incômodo de um Poder em relação à interferência excessiva do outro. Analisando

¹²² CAMBI, 2008. p. 78.

¹²³ Ementa: DIREITO DE PROPRIEDADE. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL QUE AUTORIZA O USO DE DEPÓSITOS JUDICIAIS PARA O PAGAMENTO DE PRECATÓRIOS EM ATRASO. CAUTELAR INDEFERIDA. [...]5. Cautelar parcialmente deferida, apenas para explicitar as condições a serem atendidas pelos entes públicos para a utilização dos recursos oriundos dos depósitos judiciais, tal como enunciado no item anterior: (i) destinação exclusiva para precatórios; (ii) prévia constituição de fundo garantidor; e (iii) não trânsito dos recursos pela conta do Tesouro. (BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Primeira Turma. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.679 – Distrito Federal. Relator: Ministro Roberto Barroso. DJ 07 de junho de 2017. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/liminar-barroso-uso-depositos-judiciais.pdf>>. Acesso em: 05 de abril de 2018)

historicamente este cenário, tem-se que a desregulação do Estado condena toda uma sociedade ao fracasso iminente. Nesta senda, o Estado Democrático de Direito fica posto em xeque, considerando que a distribuição de funções fica à mercê da vontade de detentores de uma parcela de poder que se sobrepõe à outra, inibindo o controle, tal qual deveria ser exercido, do Poder sobre o Poder.

Conforme extrai-se dos capítulos anteriores, mormente da análise histórica desenvolvida, esta desigualdade e desarmonia entre os poderes gera enfraquecimento do Estado e consequentes desvios de Poder.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o fim da 2ª Guerra Mundial houve uma evidente alteração na estruturação do Estado. O Poder Judiciário passa a se demonstrar cada vez mais evidente na atuação face às querelas que lhe são postas, o cidadão passa a exercer seus direitos de forma mais ostensiva.

No Brasil esta ampliação da atuação do Judiciário surge com a promulgação da Constituição de 1988. A norma constitucional passa à condição de norma jurídica e deixa sua natureza de mero instrumento político como se observava até então.

Esta pesquisa se desenvolveu a partir do sistema de separação de poderes idealizado por Montesquieu, que conta com uma estrutura de freios e contrapesos, sendo que o próprio Estado se regula através de suas atribuições, limitando o poder pelo poder.

Como exemplo desta aplicabilidade da limitação do poder pelo poder, observa-se a prerrogativa constitucional, que autoriza ao aplicador da norma, por meio de análise incidental, a análise da constitucionalidade da lei, quando da aplicação desta em caso concreto, isto é, verificada a incidência de descumprimento de preceito fundamental, o juiz pode de ofício declarar a inconstitucionalidade do texto de lei, e, desde que fundamentadamente, deixar de aplicar determinado artigo em decorrência da inconstitucionalidade.

A partir desta possibilidade de o julgador analisar a (in)constitucionalidade da norma, quando da aplicação ao caso concreto, se inicia um processo de ampliação das possibilidades de interpretação das normas conforme os princípios constitucionais, o magistrado passa a julgar sob uma hermenêutica mais ativa, ainda que fortemente vinculada ao texto constitucional.

Esta atribuição de o magistrado realizar a análise quanto a constitucionalidade da norma, é decorrente do ativismo judicial, que se instalou no ordenamento brasileiro.

O ativismo judicial, tal qual prevalente no ordenamento brasileiro atualmente, teve sua origem nos Estado Unidos, pouco tempo após a obtenção de sua independência, como uma república ainda recém estabelecida, era necessário que se fizesse claro o papel da Suprema Corte Norte-Americana, assim como a extensão de seu poder para julgar e interpretar conforme a também recente Constituição dos Estados Unidos. Sendo que sua primeira aplicação, foi no caso *Marbury vs. Madison*,

no ano de 1803, no qual a Suprema Corte Americana afirmou sua competência para considerar leis como inconstitucionais, neste mesmo caso, a Corte reconheceu que, embora os membros do Poder Legislativo fossem democraticamente eleitos, estes não poderiam legislar em contraste com o teor da Constituição, assim, ficariam vinculados ao permitido por ela.

A partir do estudo aprofundado quanto à origem desta nova postura adotada pelo Estado brasileiro, foi possível se observar a forte influência sofrida pela Constituição de 1988 por parte do sistema jurídico Norte-Americano *Common Law*.

Mais recentemente os Tribunais brasileiros vem tomando uma postura mais ativa, não somente na análise dos casos concretos que lhe são impostos, mas também em relação às demais matérias atinentes ao funcionamento do Estado. Esta postura pode ser cada vez mais observada nas decisões referentes à Política.

Durante o desenvolvimento desta pesquisa, foram analisadas diversas decisões do Poder Judiciário neste sentido. Todo encaminhamento da obra foi no sentido da análise acerca da possível descaracterização do Princípio da Separação de Funções no Estado Democrático de Direito, à luz da jurisdição pró-ativa, isto é, foram realizados exames de obras de inúmeros autores e variados posicionamentos a fim de concluir, se as práticas mais ativas do Poder Judiciário podem ou não caracterizar uma ponderação deste Princípio, ao ponto de considerar-se a interferência de um poder sobre o outro.

Para a busca da resposta deste questionamento, foi utilizado o método científico indutivo de pesquisa, isto é, da análise isolada dos fatos, extrai-se uma conclusão, que, apesar de não ser absoluta, revela um padrão de reações e comportamentos através da observação e comparação.

Com a promulgação da Constituição de 1988, o cidadão passa a ter mais acesso aos seus direitos, conseqüentemente, reivindica-los; deste comportamento resultou uma explosão litigiosa no país, o Poder Judiciário passa a ocupar um espaço de evidência nas relações estatais, quando antes se evidenciava o Poder Legislativo, uma vez que a Constituição não passava de um documento político e sem aplicabilidade efetiva no âmbito jurídico. Com isto, a quantidade de querelas levadas ao judiciário ampliou-se exponencialmente, conseqüentemente, houve um aumento na qualidade das matérias que eram levadas ao juízo.

Com esta ampliação de qualidade [matérias] e quantidade das pretensões postas perante o judiciário, o Poder Judiciário passa a se colocar à disposição para

resolução de matérias atinentes às outras atribuições do Estado, mormente às questões Políticas estatais.

Assim, o Poder Judiciário torna-se cada vez mais atuante, esta atuação se evidencia nas decisões colacionadas no corpo desta pesquisa.

Esta alteração na postura do Poder Judiciário brasileiro se dá por várias hipóteses de ocorrência.

A partir da presente pesquisa, pode-se concluir que por diversas vezes houve sim a violação do princípio da Separação dos Poderes, tendo em vista a inversão da prerrogativa de fiscalização, ocasionando uma interferência mais incisiva de um Poder sobre o outro. No entanto, mais do que constatar esta violação, faz-se necessário o estudo acerca dos motivos que levam à esta ocorrência. Com o desenvolvimento deste estudo, pode-se concluir que as causas se desdobram em algumas hipóteses, dentre elas, destacam-se: 1. O repentino aumento de demandas atinentes às matérias políticas, resultantes também da explosão de litigiosidade que assola o país desde a redemocratização decorrente da promulgação da Constituição de 1988; 2. O possível descrédito do poder legislativo, que ao se deparar com as questões sociais que deveria dar conta, se abstém, ou às soluciona de forma não satisfativa à população, obrigando-a a utilizar-se do Poder Judiciário para ter sua pretensão analisada e com isso, sua necessidade atendida pelo Estado que antes não o fizera; 3. Há também a possibilidade de o Poder Judiciário ter aderido completamente ao ativismo judicial norte-americano, ampliando o papel do Poder Judiciário, assumindo uma função estatal eminentemente de “proteção à Constituição”.

De qualquer forma, da análise deste fenômeno que vem ocorrendo no Estado, extrai-se que a criação de princípios abertos e deveras abrangentes, amplia a possibilidade de interpretação e aplicação destes preceitos nos casos concretos que são postos perante o judiciário.

Conclui-se, portanto, que diante da violação do referido Princípio, a manutenção da eficácia do Princípio da Harmonia entre os Três Poderes fica condicionada à regulação do Estado a fim de garantir um funcionamento efetivo às atividades estatais. Isto é, se o Estado cumpre sua função de prover aos seus governados as condições mínimas de subsistência, dando real cumprimento ao texto constitucional, não seria necessária a intervenção de um poder no outro, salvo nas prerrogativas de controle, conforme o sistema inicialmente desenvolvido por Montesquieu.

Assim, se cada Função do Estado funcionar corretamente dentro das suas funções (típicas e atípicas), não será necessário sobrecarregar um dos Poderes, nem tampouco a prevalência de um sobre o outro.

A ponderação deste Princípio, assim como qualquer outro, interfere no funcionamento e desenvolvimento do Estado negativamente, e para que seja possível a manutenção do Estado democrático de direito em suas premissas mais evidentes, é necessário o reestabelecimento dos Princípios da Separação dos Poderes, dentro dos parâmetros determinados pelo texto constitucional, assim como determinam as bases do Estado Constitucional de Direito.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Política**. Tradutor Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. Rio de Janeiro: Themis: 2005.

_____. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Ceará: THEMIS - Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, S.d.

BIGELI, Alexandre. **Revolução Francesa: A Queda da Bastilha e o fim do Regime Absolutista**. In Pesquisa Escolar. Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia/revolucao-francesa-a-queda-da-bastilha-e-o-fim-do-regime-absolutista.htm>>.

BLACKBURN, Simon. **A República de Platão**. Rio de Janeiro: Zahar: 2006.

BOBBIO, Norberto. Matteuci, Nicola. PASUINO. Gianfranco. **Dicionário de Política**. 2 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

RODRIGUES, Joelza Ester. **O Absolutismo: Teóricos e contextos**. In Ensinar História. Disponível em <<http://www.ensinarhistoriajoelza.com.br/absolutismo/>>.

MORAES, Ricardo Quartim de. A Evolução Histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua Relação com o Constitucionalismo Dirigente. 51 ed. São Paulo: Revista de Informação Legislativa, 2014. Disponível em: Disponível em <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p269.pdf>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Primeira Turma. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.679 – Distrito Federal. Relator: Ministro Roberto

Barroso. DJ 07 de junho de 2017. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/liminar-barroso-uso-depositos-judiciais.pdf>>

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Primeira Turma. Ação direta de inconstitucionalidade 3.367-1 Distrito Federal. Relator: Ministro Cezar Peluso. Acórdão, DJ 17 de março de 2006.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Primeira Turma. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378 MC. Relator: Ministro Roberto Barroso. Acórdão, DJ 08 de março de 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar na Reclamação 29508 MC – Distrito Federal. Relator: Ministro Cármen Lúcia. DJ 21 de janeiro de 2018.

CADEMARTORI. Luiz Henrique Urquhart. DUARTE. Francisco Carlos. **Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional**. São Paulo: Atlas S.A. 2009.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocedimentalismo. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**. Bahia: Revista 2008.2 – 17 – Professor Luiz de Pinho Pedreira. 2008. Disponível em: <https://vitorfreitas.goias.ufg.br/up/662/o/Eduardo_Cambi_Neoconstitucionalismo_e_Neoprocessualismo.pdf>

COUCEIRO, Julio Cezar da Silveira. **Princípio da Separação de Poderes em Corrente Tripartite Couceiro**. Rio Grande: Âmbito Jurídico, 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura>.

DALLARI. Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. Ed. 23. São Paulo: Saraiva. 2002.

DANTAS, David Diniz. **Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo – Teoria e Casos Práticos**. 2 ed. São Paulo: Mandras, 2005.

DORST. Daeane Zulian. GAGLIETTI. Mauro José. SALVADOR. Cassio Contarato. **A Postura Proativa do Poder Judiciário: Ativismo Judicial**. Brasília: Revista do Mestrado em Direito. 2015.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret. 2004.

MADERS, Angelita Maria. DUARTE, Isabel Cristina Brettas. Procedimentalismo e Substancialismo: Diferentes Perspectivas sobre a Jurisdição Constitucional Brasileira na Atualidade. **Orbis: Revista Científica**. Rio Grande do Sul: ISSN 2178-4809 Latindex Folio 19391, S.d. Disponível em: <<http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/view/61/61>>.

MORAES, Ricardo Quartim de. A Evolução Histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua Relação com o Constitucionalismo Dirigente. 51 ed. São Paulo: **Revista de Informação Legislativa**, 2014. Disponível em: Disponível em <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p269.pdf>.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O Protagonismo do Poder Judiciário na Era dos Direitos. **Revista de Direito Administrativo**. Volume 251. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/7529/6043>>.

LEAL JÚNIOR. João Carlos. **Sobre Procedimentalismo e Substancialismo na Promoção de Políticas Públicas da Área da Saúde**. Brasília: Revista CEJ. 2011.

STRECK. Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma Nova Crítica do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo**. Tradutor Alex Martins. 89 ed. São Paulo: Martin Claret, 2005.

MADERS. Angelita Maria. **Procedimentalismo e Substancialismo: Diferentes Perspectivas sobre a Jurisdição Constitucional Brasileira na Atualidade**. Rio Grande do Sul: Orbis: Revista Científica. S.d.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Tradutor Roberto Leal Ferreira. 9 ed. São Paulo: Martin Claret. 2002.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. Tradutora Cristina Murachco. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes Editora LTDA., 2000.

PLATÃO. **A República**. Tradutor J. Guinburg. São Paulo. Difusão Europeia do Livro: 1965.

QUEIROZ. Cristiane Moraes. **Controle Difuso e Concentrado de Constitucionalidade**. In Webartigos.com. Disponível em: <<https://www.webartigos.com/artigos/controle-difuso-e-concentrado-de-constitucionalidade/11295/>>. Acesso em: 12 de novembro de 2017.

RAMOS, Flamarion Caldeira. MELO, Rúrion. FRATESCHI, Yara. **Manual de Filosofia Política**. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 38.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradutor Pietro Nassetti. 46 ed. São Paulo: Martin Clarent, 2005. p. 63.

SANTANA, Gustavo. **A Separação dos Poderes**. In Politize. 2016. Disponível em <<http://www.politize.com.br/separacao-dos-tres-poderes-executivo-legislativo-e-judiciario/>>. Acesso em 25 de agosto de 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. São Paulo: Melheiros Editores LTDA, 2005.

TOLETO. Maurício Moreira. REIGOTA. João Manoel dos Santos. **Neoconstitucionalismo e Ativismo Judicial no Brasil**. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie.