

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO**

**ATIVISMO JUDICIAL E A SUA INFLUÊNCIA NA DESARMONIA DOS  
PODERES**

**WALLACE FERREIRA MONTEIRO**

**Rio de Janeiro**

**2020.2**

**WALLACE FERREIRA MONTEIRO**

**ATIVISMO JUDICIAL E A SUA INFLUÊNCIA NA DESARMONIA DOS  
PODERES**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Roberto Monteiro Litrento**

**Rio de Janeiro**

**2020.2**

Monteiro, Wallace Ferreira

- Ativismo Judicial e a sua Influência na Desarmonia dos Poderes /  
Wallace Ferreira Monteiro. - - Rio de Janeiro, 2020. 67 f.

Orientador: Roberto Monteiro Litrento.

Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do  
Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2020.

1. Ativismo judicial. 2. Judicialização da política. 3. Constitucional. 4.  
Separação de poderes. 5. Judicialização. I. Litrento, Roberto Monteiro,  
orient. II. Ativismo Judicial e a sua Influência na Desarmonia dos  
Poderes.

**WALLACE FERREIRA MONTEIRO**

**ATIVISMO JUDICIAL E A SUA INFLUÊNCIA NA DESARMONIA  
DOS PODERES**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Roberto Monteiro Litrento**.

Data da Aprovação: 11/11/2020.

Banca Examinadora:

**Roberto Monteiro Litrento**

---

Orientador

**Daniel Capecchi Nunes**

---

Membro da Banca

**Rio de Janeiro  
2020.2**

Dedico este trabalho a Deus, aos meus pais, a minha esposa aos meus familiares sem esquecer dos amigos e amigas.

Minha homenagem a toda sociedade brasileira, principalmente aos mais pobres e deixo claro meu compromisso eterno em contribuir com uma sociedade livre, igualitária e fraterna.

Minha eterna gratidão aos profissionais em geral da; Escola Municipal Armando de Oliveira, Ciep 378 Municipalizado Thereza Peixoto Gonçalves, Escola Municipal Telêmaco Gonçalves Maia, Colégio Estadual Hilton Gama de São Joao de Meriti e Universidade Federal do Rio de Janeiro.

“Quando dou comida aos pobres, me chamam de santo. Quando pergunto por que eles são pobres, chamam-me de comunista”.

Dom Helder Câmara

## RESUMO

O presente trabalho refere-se à análise de como o Ativismo Judicial tem sido a principal fonte para o desequilíbrio e desarmonia dos poderes no Brasil e como esse desequilíbrio pode acarretar a quebra da ordem constitucional estabelecida. Propõe-se uma discussão acerca dos efeitos colaterais que o ativismo judicial tem provocado e quais seus efeitos durante o curso do tempo. A relevância dessa pesquisa está no fato de haver uma possível ingerência na vontade popular, a partir existência e da tolerância do ativismo judicial e político, o que pode gerar uma série de ações que contribuem para a desvalorização dos Poderes Legislativo e Executivo, tendo como possíveis consequências a eclosão de distúrbios sociais e políticos, bem como a institucionalização da insegurança jurídica e da crise dos pilares que sustentam a República Federativa do Brasil. A metodologia da pesquisa caracteriza-se como do tipo qualitativa e bibliográfica, com apoio do raciocínio dedutivo com viés crítico-reflexivo. Espera-se compreender a importância do adequado foro de discussão a fim de se estimular uma reflexão, de toda sociedade, sobre como o ativismo, mesmo envolvendo causas nobres, pode ser suscetível a uma quebra da ordem constitucional estabelecida.

**Palavras-chave:** Ativismo judicial. Judicialização da política. Constitucional. Separação de poderes. Supremo Tribunal Federal.

## ABSTRACT

The present work refers to the analysis of how Judicial Activism has been the main source for the imbalance and disharmony of powers in Brazil and how this imbalance can lead to the breaking of the established constitutional order. A discussion is proposed about the side effects that judicial activism has caused and what its effects are over the course of time. The relevance of this research is in the fact that there is a possible interference in the popular will, starting from the existence and tolerance of judicial and political activism, which can generate a series of actions that contribute to the devaluation of the Legislative and Executive Powers, having as possible Consequences are the outbreak of social and political disturbances, as well as the institutionalization of legal uncertainty and the crisis of the pillars that sustain the Federative Republic of Brazil. . The research methodology is characterized as a qualitative type of bibliographic type, supported by deductive reasoning with a critical-reflexive bias. It is hoped to understand the importance of the appropriate forum for discussion in order to stimulate a reflection, of the whole society, on how activism, even involving noble causes, can be susceptible to a breach of the established constitutional order.

**Key words:** Judicial activism. Regulatory Jurisprudence. Constitutional. Separation of Powers. Supremo Tribunal Federal.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>DESENVOLVIMENTO.....</b>	<b>11</b>
<b>2. A SEPARAÇÃO DOS PODERES .....</b>	<b>11</b>
2.1 A evolução histórica do princípio da separação dos poderes .....	19
<b>3. O ATIVISMO JUDICIAL.....</b>	<b>29</b>
3.1 Conceito e origem .....	29
3.2 O ativismo judicial nos Estados Unidos da América .....	31
3.3 Ativismo judicial brasileiro .....	35
3.4 A diferença entre ativismo judicial, judicialização da política e autorrestrição .....	38
<b>4. CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL .....</b>	<b>41</b>
4.1 Da Segurança Jurídica .....	41
4.2 A ilegitimidade do Poder Judiciário.....	42
4.3 A interseção dos sistemas político e jurídico .....	45
<b>5. ATIVISMO JUDICIAL E A ORDEM DEMOCRÁTICA .....</b>	<b>47</b>
5.1 O Caso do Habeas Corpus 126.292/SP .....	49
5.2 O MS nº32326 e a legitimidade para cassar um mandato.....	54
<b>6. CONCLUSÃO.....</b>	<b>57</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>59</b>



## INTRODUÇÃO

Segundo a obra clássica "A Política" de Aristóteles, era de vital importância a separação dos poderes, tendo esses poderes funções bem claras e definidas de forma a evitar a usurpação de um poder sobre o outro. A existência do Poder Deliberativo, do Poder Executivo e do Poder Judiciário era defendida por Aristóteles, sendo ele o primeiro pensador a admitir uma tripartição dos poderes.

O francês Charles Montesquieu, entre o final da idade moderna e o início da contemporânea, surge como expoente da tripartição dos poderes, tendo formulado sua obra mais importante intitulada "O Espírito das Leis". A obra do autor iluminista é uma reflexão sobre a natureza humana, representando uma nova abordagem da necessidade do equilíbrio político e das limitações de um Governo Republicano.

Observa-se que algumas decisões no país estão sendo permeadas pelas consequências do desequilíbrio do sistema de freios e contrapesos dos três poderes e, dessa forma, vive-se um momento atípico que merece uma reflexão acerca da temática em questão. Isto porque, há, nesse sentido, diversas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais que podem levar o Brasil a um desequilíbrio da ordem constitucional, desvelando um contexto de insegurança jurídica que pode conduzir o país a prejuízos em campos econômicos, sociais e, principalmente, políticos. Diante de um quadro de instabilidades constitucionais que pode vir assolar a República Federativa do Brasil, se faz necessário discutir como o ativismo judicial tem se tornado o poder moderador da contemporaneidade e se tal ordem pode vir a ferir o princípio da separação dos poderes, colocando em risco a ordem democrática vigente.

Visto isto, o **objetivo geral** desse estudo é discutir o ativismo judicial como principal fonte de desequilíbrio institucional, buscando alertar para os efeitos colaterais que as usurpações de poderes podem causar, ainda que a concepção da supremacia do interesse público seja utilizada como justificativa para esses atos. Sendo assim, a ideia é compreender como o ativismo jurídico político vem influenciando, desequilibrando e contribuindo para o mal estar da democracia representativa brasileira, no sentido de se refletir como este processo pode afetar a ordem constitucional estabelecida.

Para tanto, os **objetivos específicos** são analisar o desequilíbrio dos três

poderes no Brasil, investigando as causas e refletindo sobre as consequências dessa desarmonia na ordem constitucional estabelecida. Também será discutida a questão da judicialização dos vencidos e como essa situação deslegitima o Poder Legislativo e Executivo, inflando e hipertrofiando a importância do Poder Judiciário, em diversas as regiões do país, gerando, destarte, a possibilidade dessa prática usurpar a ordem constitucional estabelecida. Ademais, será discutida a importância da separação dos poderes durante a história ocidental, bem como serão analisados alguns sintomas do ativismo jurídico político na política partidária e representativa, suas implicações e os efeitos colaterais na democracia. Por fim, será compreendido de que forma o desequilíbrio dos Poderes pode causar a deslegitimação nas instituições, bem como a possibilidade dessa prática colaborar para a instalação de governos autoritários, que vão de encontro com a ordem democrática vigente.

A **justificativa** para a realização dessa pesquisa se dá na possibilidade de um órgão composto por não eleitos sobrepor-se a decisões dos outros poderes, cujos agentes foram eleitos por votação popular, uma vez que a legitimidade dos não eleitos pode se apresentar na forma de um poder moderador, existência não compatível com o ordenamento jurídico pátrio contemporâneo. É importante frisar que a reflexão acerca do tema não se resume a um único poder, qual seja, o poder judiciário, mas sim a tríade dos poderes constituídos.

Já a **relevância** dessa pesquisa se dá no fato de haver uma possível ingerência na vontade popular, a partir existência e da tolerância do ativismo judicial e político, o que pode gerar uma série de ações que contribuem para a desvalorização dos Poderes Legislativo e Executivo, tendo como possíveis consequências a eclosão de distúrbios sociais e políticos, bem como a institucionalização da insegurança jurídica e da crise dos pilares que sustentam a República Federativa do Brasil.

A **metodologia** da pesquisa se baseia na pesquisa qualitativa, do tipo bibliográfica, com apoio do raciocínio dedutivo com viés crítico-reflexivo. Será adotada a interpretação dedutiva, pois se mostra o meio mais acessível e compreensível no desenvolvimento do raciocínio lógico, tendo em vista que parte de uma análise do tema geral, restringindo o assunto até alcançar o tema principal do trabalho, qual seja, o ativismo judicial e seu papel no desequilíbrio jurídico político.

Os **resultados esperados** são compreender a importância do adequado foro de discussão a fim de se estimular uma reflexão, de toda sociedade, sobre como o

ativismo, mesmo envolvendo causas nobres, pode ser suscetível a uma quebra da ordem constitucional estabelecida.

## DESENVOLVIMENTO

### 2. A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Antes de se traçar um breve histórico acerca da separação de poderes, cabe, num primeiro momento, explicar o advento do Estado compreendido como moderno. Nicolau Maquiavel foi um músico, historiador, poeta, filósofo e diplomata de origem florentina do Renascimento.<sup>1</sup> É reconhecido como fundador do pensamento e da ciência política moderna, em sua célebre Obra “O Príncipe” e o primeiro a usar a expressão Estado, uma palavra que possui origem no Latim Status, como nos detalha Norberto Bobbio:

É fora de discussão que a palavra “Estado” ser impôs através da difusão e pelo prestígio do Príncipe de Maquiavel. A obra começa, como se sabe, com estas palavras: “Todos os estados, todos os domínios que imperaram e inspiram sobre os homens, foram e são ou repúblicas ou principados”.<sup>2</sup>

Existe um debate na contemporaneidade sobre em qual momento passaram a existir os Estados. Dalmo Dallari<sup>3</sup> ensina que o grupo que defende que o Estado surgiu antes do século XVII entende a existência do Estado desde os primórdios da civilização; já o segundo grupo entende que a formação e o surgimento do Estado só se deram após o século XVII, com o aparecimento, nesse período, de grandes desafios em diversas áreas, necessitando uma grande movimentação que se tornou organizada em diversas regiões geográficas, surgindo assim o Estado.

Thomas Hobbes, em sua celebre obra intitulada *Leviatã*<sup>4</sup>, no primeiro parágrafo da parte 2, se dedica a elucidar a motivação para a criação do Estado:

A causa final, fim ou desígnio dos homens (que apreciam, naturalmente, a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir a restrição a si mesmos

<sup>1</sup> OLIVEIRA, Marco. "Maquiavel"; Brasil Escola. Disponível em: <<https://brasilescola.uol.com.br/filosofia/maquiavel-seu-pensamento-politico.htm>>. Acesso em: 30 set. de 2020.

<sup>2</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 51.

<sup>3</sup> BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade*. São Paulo: Paz e Terra, 2012, p. 65

<sup>4</sup> Anderson Schreiber aduz que “em sua obra mais difusa, o *Leviatã*, Hobbes associa o Estado a um monstro bíblico, poderoso e invencível, cuja presença se faz necessária para controlar a natural tendência dos homens ao conflito. Sem o Estado, os homens viveriam, segundo o filósofo inglês, em uma “guerra permanente de todos contra todos”. (*bellum omnia omnes*), o que acabaria por conduzir à morte” (SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 03).

que os leva a viver em Estados, é a preocupação com sua própria conservação e a garantia de uma vida mais feliz. Ou seja, a vontade de abandonar a miséria condição de guerra, consequência necessária (conforme dito anteriormente) das paixões naturais dos homens, se não houver um poder visível que os mantenha em atitude de respeito, forçando-os, por temor à punição, a cumprir seus pactos e a observar as leis naturais [...]<sup>5</sup>.

Entende-se a evolução do Estado, predominantemente, como dividida por período antigo, Estado Medieval e Estado Moderno, baseando-se no entendimento de que o surgimento do Estado só se concretizou a partir do século XVII, com o advento do Tratado de Westfalia.<sup>6</sup>

Com o descontentamento com altos impostos e com um sistema de guerra permanente para conquistas territoriais, bem como a crise no sistema feudal, surge o ideal de um Estado Moderno. Com arrimo novamente em Dallari<sup>7</sup>, pode-se concluir que os senhores feudais não toleravam mais as tributações indiscriminadas de monarcas. Diante da grande necessidade de um poder supremo com bases territoriais bem definidas, nasce o Estado Moderno, inicialmente absolutista.<sup>8</sup>

Se mostra importante frisar que o Estado moderno surge com o absolutismo, consolidando a monarquia como autoridade territorial suprema. Vale destacar que o Estado estava ligado à pessoa do governante. O Estado era o monarca e seu reconhecimento vinha da crença de que ele era o ungido divino e, com as teorias contratualistas, passa a ter um papel de protetor da ordem social, um representante estatal diplomático e menos atuante.<sup>9</sup>

O advento das revoluções que ocorriam no mundo, tendo a revolução francesa como principal expoente de um novo ideal que mudaria para sempre a forma de como a sociedade encarava o absolutismo, fez não somente cair a Bastilha, símbolo do Absolutismo, mas também fez cair algumas e estremecer inúmeras bastilhas por todo mundo. Com a rigidez e o abuso do sistema político e a hipertrofia do poder do monarca, se inflamou na sociedade a indignação quanto aos abusos cometidos por esse modelo governamental da época<sup>10</sup>.

Platão, em seus remotos escritos, teorizava que a separação de funções no

---

<sup>5</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã*. 2 ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

<sup>6</sup> CARNEIRO, Henrique. "Guerra dos Trinta Anos". In: MAGNOLI, Demétrio (org.) *História das Guerras*. São Paulo: Contexto, 2006. p. 184-187.

<sup>7</sup> DALLARI, 2005. p. 70 - s/s.

<sup>8</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 136.

<sup>9</sup> PORFÍRIO, Francisco. "*Thomas Hobbes*". Brasil Escola. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/filosofia/thomas-hobbes.htm>>. Acesso em 09 de out. 2020.

<sup>10</sup> BONAVIDES, 1996.

Estado era necessária, tendo com isso tecido pensamentos e críticas ao que seria a cidade ideal para atender o bem comum e aos anseios sociais.<sup>11</sup>

Aristóteles, discípulo de Platão, mais tarde, foi quem esboçou e teorizou o que seriam as distribuições de funções e como seriam aplicadas, realizando estudos e pesquisas quanto à constituição do Estado com o objetivo de encontrar a melhor forma assegurar a felicidade de todos.<sup>12</sup>

Ao se refletir sobre o conceito evolutivo da Separação dos Poderes e a limitação do poder político, observa-se uma doutrina, adotada no Brasil e em muitos países do mundo, que remonta ao objetivo central da doutrina adotada no Brasil e em muitos países no mundo.

Conforme acentua o jurista português Nuno Piçarra, esta doutrina remonta à Grécia e Roma antigas. O lusitano expõe as origens do pensamento de separação dos poderes no conceito de Constituição mista de Aristóteles em sua obra *Política*, segundo o qual:

[...] Constituição mista, para Aristóteles, será aquela em que os vários grupos ou classes sociais participam do exercício do poder político, ou aquela em que o exercício da soberania ou o governo, em vez de estar nas mãos de uma única parte constitutiva da sociedade, é comum a todas. Contrapõem-se-lhe, portanto, as constituições puras em que apenas um grupo ou classe social detém o poder político.<sup>13</sup>

Em grandes momentos históricos, a separação dos poderes tem sido debatida, ela surge com o principal objetivo de limitação do poder do homem e tem por finalidade medir desproporções e desigualdades aos poderes.

Quando pensamos em separação dos poderes, nos deparamos com as ideias de Charles – Louis de Secondat<sup>14</sup>, o Barão de Montesquieu (1689-1755). Nota-se ser unânime a afirmação que a Teoria da Separação de Poderes tem como nome mais

---

<sup>11</sup> LARA, Tiago Adão. *Caminhos da razão no Ocidente: a filosofia nas suas origens gregas*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1989, p. 114.

<sup>12</sup> ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 93.

<sup>13</sup> PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p.3 3.

<sup>14</sup> Montesquieu foi filósofo iluminista, escritor, jurista e político francês. Sendo um crítico do absolutismo, elaborou a sua tese de separação dos poderes do Estado em três – Executivo, Legislativo e Judiciário. Fez com que seu livro *Do Espírito das Leis* se tornasse um clássico, lido e relido pelos séculos seguintes a sua publicação. Suas ideias encontraram ressonância na redação da Constituição Francesa de 1791, como nas constituições de muitos outros países (PORFÍRIO, Francisco. *"Thomas Hobbes"*. Brasil Escola. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/filosofia/thomas-hobbes.htm>>. Acesso em: 09 out. 2020).

importante o do Barão de Montesquieu.

As primeiras bases teóricas para a “tripartição dos Poderes” foram lançadas na Antiguidade grega por Aristóteles, em sua obra *Política*, em que o pensador vislumbra a existência de três funções distintas exercidas pelo poder soberano, quais sejam, a função de editar normas gerais a serem observadas por todos, a de aplicar as referidas normas ao caso concreto (administrando) e a função de julgamento, dirimindo os conflitos oriundos da execução das normas gerais nos casos concretos.<sup>15</sup>

Aristóteles, na obra “*A política*”, lançou os fundamentos básicos da separação das funções de Estado, na Grécia antiga, idealizando a necessidade do governo dividir-se em três partes: a deliberativa, no que tange aos negócios públicos; a que exerce a magistratura (espécie de função executiva); e a terceira, que administra a justiça. Nesse sentido:

Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas.<sup>16</sup>

A contribuição do pensamento aristotélico em relação à separação dos poderes é sintetizada por Ferreira no seguinte trecho:

Já se apontou que a separação de poderes tem raízes na Antiguidade. Nesta, aparece claramente a ideia de freios e contrapesos, combinada com a divisão do exercício do poder. [...] É verdade que alguns, na política de Aristóteles, uma contribuição específica incorporada pela doutrina da separação dos poderes. Trata-se de uma classificação das funções desempenhadas pelo Estado, que transparece da sistematização das tarefas desempenhadas pelo Estado, que transparece da sistematização das tarefas desempenhadas pelos diferentes órgãos que entre si se dividiam o poder em Atenas. Na República Ateniense, com efeito, havia uma Assembleia, a qual era deferida, numerosos magistrados, que detinham o poder executivo, e juízes independentes que compunham o tribunal, os helenistas. Essa separação identifica três espécies: deliberação, execução e justiça. Em uma generalização. Haveria três funções inerentes à cidade-Estado: a deliberativa, a executiva e a judicial.<sup>17</sup>

O pensador e cidadão da Grécia Antiga<sup>18</sup> explicitou o que seriam esses três poderes e o primeiro deles é o que hoje conhecemos como poder legislativo, chamado

<sup>15</sup> LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 433.

<sup>16</sup> ARISTÓTELES. *A Política*. Trad.: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 127.

<sup>17</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional*. 2 edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 251-252.

<sup>18</sup> ARISTÓTELES, 2000, p. 127.

por ele de Poder Deliberativo. Suas funções versavam decidir sobre conflitos ou não conflitos, alianças ou não alianças, fazer leis ou suprimi-las, decretar penas de mortes, banimento ou confisco. Vale destacar que o Poder Deliberativo tinha o dever de prestar contas aos governantes.

O Segundo Poder era formado por todas as magistraturas e poderes constituídos, chamamos hoje de Poder Executivo. Era um poder que necessitava seguir as deliberações da Assembleia. Aristóteles usava o termo “magistraturas governamentais” para defini-lo. Já como Terceiro dos poderes essenciais, temos os cargos da jurisdição.

O Poder Judiciário, na visão aristotélica, é o terceiro órgão constitucional no qual os juízes seriam escolhidos por sorteios ou até de forma eletiva dentro dos tribunais. Segundo o filósofo:

O bem político é a justiça, da qual é inseparável o interesse comum, e muitos concordam em considerar a justiça, como dissemos em nossa Ética, como uma espécie de igualdade. Se há, dizem os filósofos, algo de justo entre os homens é a igualdade de tratamento entre as pessoas iguais.<sup>19</sup>

A eternidade do absolutismo se mostrava cada dia mais real, tendo como prevalência a vontade do Monarca, sendo este a definição concentrada dele, ou seja, o próprio princípio tripartite em si, ainda que por motivos óbvios ele delegasse a outros, segundo sua vontade e interesse, conforme afirma Celso Ribeiro Bastos.<sup>20</sup>

Celso Ribeiro Bastos também nos ensina que o monarca detinha toda a soberania do poder nas mãos e governava segundo suas convicções sem compartilhamento de poderes. Diante da necessidade de descentralização do poder para o exercício político, se tornou necessário estudos que foram realizados, no século XVII, tendo a proposta sido aprofundada por John Locke e, depois, por Montesquieu.<sup>21</sup>

Compreender o que era a ideia de Constituição mista nas obras aristotélicas se mostra fundamental para uma boa compreensão do que viria a se tornar o que chamamos de sistema tripartite de poder.

As constituições mistas buscavam, segundo Nuno Piçarra, a diversidade no que tange à participação e ao equilíbrio no poder político da sociedade, porém era uma forma de governo que alternava oligarquia com democracia, sendo nada mais

<sup>19</sup> ARISTÓTELES, 2000, p. 127-146.

<sup>20</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 342.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

que um sistema “político Social puramente estruturado”.<sup>22</sup>

A politeia mista buscava o bem comum, a inclusão, a estabilidade alcançada pela via do equilíbrio e um governo moderado, observando o quão pode ser perigoso vícios éticos. Francisco Chagas sintetiza, neste sentido:

A função principal de todo governo é proporcionar a realização da eudaimonia coletiva, que o Estagirita chama de bem comum. Este-o bem comum será possível de ser realizado na forma de governo que se baseia no princípio do meio termo. O filósofo diz que a “virtude consiste em uma mediania” e visa o meio termo. Assim sendo tanto uma vida social quanto coletiva, a virtude estará no equilíbrio e na moderação, que mantém as coisas equidistantes dos extremos, ora por carência e ora por excesso. Portanto, se os extremos são maléficos aos indivíduos, da mesma forma serão maléficos à sociedade.<sup>23</sup>

No mesmo sentido, Ferreira Filho destaca:

O Realismo da Antiguidade tem como uma de suas manifestações mais patentes o reconhecimento da divergência entre os estamentos sociais: ricos, pobres e classe média. Disto, extrai o pensamento antigo de uma primeira consequência, observada no plano dos fatos, a de que hora um deles, ora outro, prevalece na organização política. E uma segunda que, é uma lição: a prevalência de uma classe sobre as outras acarreta graves inconvenientes. Tudo isso aparece claramente na obra de Aristóteles. Daí a proposta de atenuar o conflito, impedindo o abuso de um dos estamentos, por meio de um governo misto, que ensejasse um certo equilíbrio entre os três. [...] Tal forma seria a melhor em termos do possível.<sup>24</sup>

Outro pensador que devemos destacar é Políbio<sup>25</sup> (200-118 a.C), entusiasta do governo misto, além de principal expoente, historiador e geógrafo grego de grande influência nos estudos da Constituição dos romanos e suas variadas formas de governo.

Para o autor da obra clássica “Histórias”, a concorrência entre os três poderes

<sup>22</sup> PIÇARRA, Nuno. *A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 35.

<sup>23</sup> CHAGAS, Francisco Aluzie Barbosa. A definição da politeia mista e a aplicação do princípio da justa medida ao problema da organização política em Aristóteles. *Pensar-Revista Eletrônica da FAJE*, v.3 n.1 2012, p. 70.

<sup>24</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. Saraiva Educação SA, 2017.

<sup>25</sup> Vale a ressalva de Norberto Bobbio. Segundo o autor, o tema de equilíbrio de poderes no governo misto de Políbio não se confunde com a teoria da separação e equilíbrio de poderes de Montesquieu, apesar de as teorias possuírem uma conectividade (BOBBIO, N. *A Teoria das Formas de Governo*. Trad. Sérgio Bath. 1º ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 103-126).



era necessária para obtenção de estabilidade, pesos e contra pesos da antiguidade. Para ser bem específico, Políbio entendia que o rei seria controlado pelo povo e esse povo seria controlado pela a Aristocracia do Senado, sendo assim, três formas de governo no modelo misto, sendo essa forma muito bem aceita por variadas correntes de pensamento político.<sup>26</sup>

Pesquisando sobre a Constituição na antiguidade, Antonio Carlos Pojo do Rego<sup>27</sup> entende já ocorrer uma compreensão de Constituição mista nas obras de Platão, porém compreende ser Políbio <sup>28</sup> o sistematizador da temática na antiguidade. No mesmo sentido, salienta Ferreira Filho:

A Grande consagração da ideia de governo misto é devida à Políbio, que a aplicou a Roma na história desta que a escreveu. Nela, descreve a república romana como um governo misto: o elemento monárquico estaria no consulado; o aristocrático, no Senado; e o popular, na participação popular nas votações nos comitia.<sup>29</sup>

Políbio<sup>30</sup> entendia que o sucesso ou não sucesso de uma sociedade depende de sua Constituição e, influenciado pelas obras de Platão e Aristóteles, viveu em um momento no qual o mundo grego passava por modificações, sendo ele um representante da reflexão política helenista.

Para Políbio, os governos eram ou justos ou corrompidos, tendo como fundação dos corrompidos<sup>31</sup> o pilar central da arbitrariedade; e os governos justos teriam como pedra angular o consenso e a legalidade. Inspirado em Platão, Políbio compreende a ocorrência desses governos a partir de ordens cíclicas, processos naturais e inevitáveis:

Talvez a teoria da transição natural de um tipo de Constituição para outra esteja exposta de forma mais completa nas obras de Platão e nas de alguns

<sup>26</sup> KURY, Mário da Gama. *Políbios*. História. Trad. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1985, p. 325.

<sup>27</sup> REGO, Antonio Carlos Pojo. *Equilíbrio e Contradição: a Constituição Mista na obra de Políbio*. Brasília, Revista de Informação Legislativa, ano 18, n. 71, jul-set 1981, p. 97.

<sup>28</sup> Bobbio destaca que a tese fundamental de Políbio é a do governo misto. Assim, Políbio visaria um sistema de balanceamento entre Cônsules, patrícios e plebeus a partir da atribuição de iguais direitos e da neutralização de um poder pelo outro (BOBBIO, Noberto. *A Teoria das Formas de Governo*. Brasília: Editora da UnB, 1997).

<sup>29</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.13.

<sup>30</sup> Políbio viveu entre 201-112 a.c. Era grego de nascimento, embora tenha vivido em Roma. Sua obra é intitulada História da Conquista Românica no Mundo Helênico (KURY, *op. cit.*).

<sup>31</sup> Os governos corrompidos são a tirania, a oligarquia e a oclocracia (substituto da demagogia de Aristóteles) e os governos justos são o reino, a aristocracia e a democracia (BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 208).

outros filósofos. Todavia, como a Teoria aparece em tais fontes de uma forma muito complexa, e se fazem discussões por demais longa sobre elas, é acessível a poucos leitores.<sup>32</sup>

A Constituição mista tem como objetivo central alcançar a estabilidade, combinada com a coexistência dos princípios aristotélicos, democráticos e monárquicos com o controle do rei, pelo povo e pelo senado.<sup>33</sup>

Importante frisar que, para Políbio, a Constituição mista não é eterna e sim estável, estando esse estado sujeito à lei natural. Em sua obra, Políbio<sup>34</sup>, nos parágrafos XII A XIV, livro VI, visa encontrar o equilíbrio por meio de controles recíprocos, fazendo sempre um poder depender do outro para operar.

O ideal de um governo sem vencedores faz da Constituição Mista uma fórmula histórica equânime na busca da estabilidade, tendo Aristóteles, Políbio e Cícero como empreendedores desse ideal.<sup>35</sup>

Um dos grandes colaboradores para a idealização do que conhecemos como repartição equilibrada de poderes entre os órgãos de Estado foi Maquiavel, em sua obra clássica “O Príncipe”<sup>36</sup>, escrita no século XVI, tendo assim participando da formatação ideal de Separação de Poderes, tendo inclusive elogiado a forma de separação existente na França, destacando a importância da não concentração de algumas funções nas mãos do Príncipe, para que esse fosse preservado.

A França contava com três poderes bastante distintos: a) Legislativo, que era representado pelo Parlamento; b) Executivo, materializado na figura do Rei; c) Judiciário, por fim, autônomo.

Na lição de Dalmo de Abreu Dallari, temos que:

É curioso notar que Maquiavel louva essa organização porque dava mais liberdade ao rei. Agindo em nome próprio o Judiciário poderia proteger os mais fracos, vítimas de ambições e das insolências dos poderosos, poupando

<sup>32</sup> POLÍBIO. *História da Conquista Românica no Mundo Helênico*. Parte da obra traduzida encontra-se no anexo no artigo de Antonio Carlos Pojo Rego. In: REGO, Antônio Carlos Pojo. *Equilíbrio e Contradição: a Constituição Mista na obra de Políbio*. Brasília, Revista de Informação Legislativa, ano 18, n. 71, jul-set 1981.

<sup>33</sup> MACIEL, Marcelo Costa. A contribuição do pensamento antigo e medieval para o desenvolvimento da Ciência Política. In: FERREIRA, Iler Pires; GUANABARA, Ricardo; LOMBARDO, Jorge Vladimyr. (Org.). *Curso de Ciência Política: Grandes autores do pensamento político moderno e contemporâneo*. 3 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 15.

<sup>34</sup> POLÍBIO, *op. cit.*, 1981.

<sup>35</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; GOMES, David Francisco Lopes. *Novas Contribuições para a teoria do Poder Constituinte e o Problema da Fundação Moderna*. Belo Horizonte, *Revista da Faculdade de Direito*, n. 53, jul-dez de 2008, p. 240.

<sup>36</sup> MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Trad.: Pietro Nasseti. 2. Ed. São Paulo: Martin Claret, 2007.

o rei da necessidade de interferir nas disputas e de, em consequência, enfrentar o desagrado dos que não tivessem suas razões acolhidas.<sup>37</sup>

Maquiavel deixa claro sua intenção em proteger o Rei da hipertrofia do Poder e de uma grande concentração, por isso via com bons olhos a separação dos poderes e entendia não ser função do Rei resolver conflitos ou editar leis, sua intenção era poupar o soberano do desgaste de sua imagem.<sup>38</sup>

Neste capítulo, foi visto sobre a questão da teoria histórica da separação dos poderes. Já no capítulo a seguir, será discutido acerca da Revolução gloriosa a fim de se compreender sua importância diante do cenário histórico.

## 2.1 A evolução histórica do princípio da separação dos poderes

Diante de um momento histórico político jurídico na Inglaterra, ocorrido entre os séculos XVI e XVII, Locke e Montesquieu escreveram suas obras que seriam as pedras fundamentais da doutrina da separação dos poderes. Precisamente no séc. XVII, ocorreu a Revolução Constitucional da Inglaterra, mais conhecida como Revolução Gloriosa, entre os anos de 1.688 e 1.689. Devido a um golpe de estado orquestrado pelo Parlamento Inglês, ocorreu a assinatura de uma declaração, limitando o poder real. A declaração foi denominada de “*Bill of Rights*”. Com relação ao momento histórico, tem-se a lição de Trentin:

Essa declaração de direitos estipulou que o Rei não tinha o poder de revogar as leis feitas pelo parlamento ou de impedir a sua execução e mais, proibiu a exigência de fianças excessivamente elevadas para que alguém fosse processado em liberdade, bem como a imposição de penas cruéis ou iníquas. Ao lado dessas conquistas, o *Bill of Rights* declarava como fundamentais o direito de liberdade de palavra, de imprensa e de reunião, o direito de não ser privado da vida, liberdade ou bens sem processo legal.<sup>39</sup>

Ainda sobre o tema, temos a lição de Comparato:

O essencial do documento foi a instituição da separação de poderes, com a declaração de que o Parlamento é um órgão precipuamente encarregado de defender os súditos perante o Rei, e cujo funcionamento não pode ficar sujeito ao arbítrio deste. Ademais, o *Bill of rights* veio fortalecer a instituição

<sup>37</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 216.

<sup>38</sup> MAQUIAVEL, 2007.

<sup>39</sup> TRENTIN, Lorivan Antônio Fontoura. *A Importância do Constitucionalismo na Realização dos Direitos Fundamentais*. Dissertação de Mestrado, UNISINOS, 2003, p. 18.

do júri e reafirmar alguns direitos fundamentais dos cidadãos, os quais são expressos até hoje, nos termos, pelas Constituições modernas, como o direito de petição e a proibição de penas inusitadas ou cruéis.<sup>40</sup>

Com a separação de competências e atribuições entre as instituições governamentais, passavam a se tornar descentralizadas as decisões políticas. Ainda falando sobre a *Bill of Rights*, Dalmo de Abreu Dallari<sup>41</sup> ensina que:

Essa declaração inspirou a edição de declarações e leis semelhante nas colônias inglesas da América do Norte, tendo como resultado final aprovação de um conjunto de dez emendas que foram incorporadas à Constituição dos Estados Unidos da América do Norte. Tal providência atribuiu maior eficácia no tocante, às garantias de liberdade e, dos demais direitos fundamentais nos Estados Unidos.<sup>42</sup>

Ao separar os poderes, a famosa *Bill of Rights* influenciou muitas sociedades por todo o globo, mostrando eficácia somada à otimização e à modernização na administração que era exercida pelo Estado Inglês.

Já John Locke, o "pai do liberalismo", considerado por muitos um dos grandes teóricos do contrato social e importante nome do empirismo, além de grande defensor da liberdade e da tolerância religiosa, tendo estudado e escrito sobre a tripartição dos poderes em sua obra intitulada "O Segundo Tratado do Governo Civil"(15) (2003), publicado dois anos após o fim da "Revolução Gloriosa", serviu de base ideológica e intelectual para os revolucionários.

Em seus escritos, Locke traz a reflexão sobre a existência de poderes que se dividiriam em três para o exercício das funções de governo, são eles: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Federativo. O autor inglês concentra-se em relatar sobre a condição natural do homem, versando sobre o ideal de um Estado em que a liberdade seja ampla e alcançável a todos, respeitando-se os limites naturalmente impostos pelo direito natural.

Segundo Locke, o Poder Legislativo era o mais importante, sendo esse um "Poder Supremo", possuindo uma característica tão peculiar que os demais poderes seriam subordinados a ele. Entretanto, o Poder Legislativo não seria um poder absoluto e teria limitações entre as quais a de que as leis deveriam beneficiar a todos

---

<sup>40</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2019, p. 80 – 81.

<sup>41</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 205-206.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

de forma igualitária, proibindo benefícios a si próprio. Em outras palavras, as leis deveriam beneficiar a sociedade e, de nenhum modo, o poder de legislar deveria ser dado a quem não tivesse sido escolhido pelo povo.<sup>43</sup>

O Fundador do Empirismo entendia o Poder Executivo como aquele competente para a execução interna das leis. Locke não se furta de discorrer sobre um terceiro poder, que chama de Federativo que, mesmo sendo autônomo, não poderia ser separado do Executivo, sendo responsável pela relação com o estrangeiro e pela administração da comunidade, buscando a formação de alianças e decisões no âmbito militar.<sup>44</sup>

O Rei, segundo o autor inglês, teria nas mãos os Poderes Executivo e Federativo, visto que ambos exigiam o controle sobre as forças militares. Todavia, conforme vimos, eram distintos entre si, conforme lição de Locke:

Estes dois poderes, executivo e federativo, embora sejam realmente distintos em si, o primeiro compreendendo a execução das leis internas da sociedade sobre todos aqueles que dela fazem parte, e o segundo implicando na administração da segurança e do interesse do público externo, com todos aqueles que podem lhe trazer benefícios ou prejuízos, estão quase sempre unidos.<sup>45</sup>

John Locke buscou compreender e resolver conflitos políticos, religiosos e sociais, baseando sua proposta de separação de poderes como uma forma ideal e eficaz para todos esses desequilíbrios.<sup>46</sup>

Já “O espírito das leis”, obra publicada em 1748 pelo Barão de Montesquieu, vem aprimorar as ideias de separação de poderes, trazendo a concepção de que os poderes devem ser independentes e harmônicos entre si, sendo eles: o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário.

Nas palavras de Montesquieu, para se extrair o melhor das instituições governamentais e para que não ocorram abusos, somente poderes em pé de igualdade podem estabelecer limites um para com o outro. Isso seria fundamental para compreender seu pensamento que foi o grande sistematizador da teoria, o que se mostra se essencial no ideal da separação dos poderes:

---

<sup>43</sup> LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Trad. Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 75-76.

<sup>44</sup> LOCKE, *op. cit.*

<sup>45</sup> *Ibidem.*

<sup>46</sup> *Ibidem.*

Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. Uma Constituição pode ser de tal modo, que ninguém será constrangido a fazer coisas que a lei não obriga e a não fazer as que a lei permite.<sup>47</sup>

Para Montesquieu, a manifestação por parte estatal se dá por órgãos constitucionalmente previstos e devido à separação das atividades em legislativo, executivo e judiciário, conforme ensina de José Afonso da Silva:

O governo é, então, o conjunto de órgãos mediante os quais a vontade do Estado é formulada, expressada e realizada, ou o conjunto de órgãos supremos a quem incumbe o exercício das funções do poder político. Este se manifesta mediante suas funções que são exercidas e cumpridas pelos órgãos do governo. Vale dizer, portanto, que o poder político, uno, indivisível e indelegável, se desdobra e se compõe de várias funções, fato que permite falar em distinção das funções, que fundamentalmente são três: a legislativa, a executiva e a jurisdicional. A função legislativa consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas leis. A função executiva resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis; não se limita à simples execução das leis, como às vezes se diz; comporta prerrogativas, e nela entram todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal; por isso, é cabível dizer que a função executiva se distingue em função de governo, com atribuições políticas, co-legislativas e de decisão, e função administrativa, com suas três missões básicas: intervenção, fomento e serviço público. A função jurisdicional tem por objeto aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflitos de interesse.<sup>48</sup>

Pedro Lenza também nos ensina que:

O grande avanço trazido por Montesquieu não foi a identificação do exercício de três funções estatais. De fato, partindo desse pressuposto aristotélico, o grande pensador francês inovou dizendo que tais funções estariam intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Cada função corresponderia a um órgão, não mais se concentrando nas mãos únicas do soberano. Tal teoria surge em contraposição ao absolutismo, servindo de base estrutural para o desenvolvimento de diversos movimentos como as revoluções americana e francesa, consagrando-se na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e Cidadão, em seu art. 16.<sup>49</sup>

A teoria, dessa forma, funda que cada um dos poderes atuava uma função denominada típica, peculiar à sua natureza, representando de forma independente e autônoma. Logo, constata-se que cada órgão (Poder) exercia unicamente sua função típica, ou seja, não era mais competência de apenas um órgão legislar, aplicar a lei,

---

<sup>47</sup> MONTESQUIEU, *Do Espírito Das Leis, Os Pensadores*, vol.1, Editora Nova Cultural, Livro XI, p. 205.

<sup>48</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16 ed. São Paulo: Malheiros. 1999, p. 112.

<sup>49</sup> LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 433.

além de julgar, de modo unilateral, conforme se via no absolutismo. Para o Professor Pedro Lenza:

[...] a teoria apresentada por Montesquieu fora adotada por grande parte dos Estados Modernos, todavia, de maneira abrandada. Dentro de um contexto de realidades sociais e históricas, passou-se a permitir que houvesse uma maior interpenetração entre os Poderes, atenuando a teoria que pregava a separação pura dos poderes.<sup>50</sup>

De acordo com a lição de Marcelo Novelino:

[...] a teoria da Separação de Poderes proposta pelo filósofo Montesquieu redefiniu o poder do Estado, de forma que este passasse a ser limitado. Para ele, o poder do Estado deveria dividir-se em funções específicas, atribuídas a órgãos independentes, possibilitando a limitação do poder em razão da sua incompletude.<sup>51</sup>

Montesquieu, no livro “Do Espírito das Leis”, se inspirou no sistema jurídico e político inglês, uma vez que a obra, em referência, inicia-se teorizando de forma ampla sobre as leis, que futuramente viriam a ser a base de sua filosofia política.<sup>52</sup>

John Locke, observava que a tentação ao poder é forte demais diante da fragilidade humana e afirmava que o poder de legislar não pode ser somado ao de julgar ou executar as leis: “Não convém que as mesmas pessoas que detêm o poder de legislar tenham também em suas mãos o poder de executar as leis, pois elas poderiam se isentar da obediência às leis que fizeram, e adequar à lei a sua vontade”<sup>53</sup>.

Assim como Locke, Montesquieu, muito influenciado pelas ideias do liberalismo, trouxe à luz o efeito colateral que pode ocorrer caso um órgão concentre todos os poderes do Estado. Segundo o precursor do sistema tripartite, os poderes deveriam ser divididos em funções distintas, tendo pluralidade de órgãos estatais, com clara divisão de funções, com a finalidade de se obter uma plena e equilibrada separação de funções.

Neste contexto, o parlamento teria privilégios em relação aos demais poderes, devido a sua função ser a de legislar, além da edição de normas gerais e abstratas

---

<sup>50</sup> LENZA, 2011.

<sup>51</sup> NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Método, 2014, p. 356.

<sup>52</sup> HUISMAN, Denis (dir): *Dicionário dos Filósofos*. Tradução de Cláudia Berliner et alli. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 705.

<sup>53</sup> LOCKE, 2003, p. 75.

em favor do povo que elegera seus membros.<sup>54</sup>

O Poder Executivo tinha como função a administração do Estado, tendo também a responsabilidade de executar questões relacionadas à esfera pública; destacando que a função do Poder Judiciário deveria ser a aplicação das leis em casos conflitantes. Sobre o Poder Executivo, discorre Montesquieu:

O poder executivo deve estar nas mãos de um monarca porque essa parte do governo, que quase sempre requer uma ação instantânea, é melhor administrada por um, do que por muitos, enquanto o que depende do poder legislativo é frequentemente melhor ordenado por muitos, do que por uma única pessoa.<sup>55</sup>

Vista como uma função secundária e de menor relevância, não se podia impor qualquer limitação aos poderes por parte dos que desempenhavam a função jurisdicional, conforme elucida Marcelo Novelino:

Montesquieu reputou o poder de julgar 'de certo modo nulo', e tal juízo exige esclarecimentos. É que ele reservava ao Juiz uma função restrita e rígida; ele o conceituava como 'a boca que pronuncia as palavras da lei', ao passo que considerava os juízes seres inanimados e incompetentes para moderar quer a força, quer o rigor da lei.<sup>56</sup>

Ao expandir o sistema de descentralização previamente estabelecido por Locke, Montesquieu acreditava que, para alienar o governo autoritário e evitar a criação de normas autoritárias, era necessário estabelecer a autonomia e a restrição de cada poder como o legislativo, o executivo e o judiciário.

Diante da separação e independência de funções desenvolvidas, Montesquieu criou o Sistema de Freios e Contrapesos, significando a limitação de poder pelo próprio poder; ou seja, cada poder deve ser autônomo e desempenhar a função que lhe é atribuída, enquanto o exercício de uma função deve ser controlado pelo outro.<sup>57</sup> Para Montesquieu:

O Sistema de Freios e Contrapesos é formado pela "faculdade de estatuir" e pela "faculdade de impedir", possibilitando a influência mútua e o controle recíproco entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo. A "faculdade de

---

<sup>54</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 193.

<sup>55</sup> *Ibidem*.

<sup>56</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 4ª ed. Método: São Paulo, 2010, p. 333.

<sup>57</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 176.



estatuir” deve ser interpretada como o poder de ordenar ou corrigir o que foi por outro ordenado; enquanto a “faculdade de impedir” consiste no poder de tornar nula a ação efetuada por outrem.<sup>58</sup>

Alexandre de Moraes<sup>59</sup>, ao explicar a aplicação dos departamentos, oferece a possibilidade de legislar para que o legislador possa rever a implementação da lei por ele elaborada, para que o órgão administrativo possa ou tenha o poder de coibir as iniciativas que terão impacto na lei. Poder legislativo absoluto.

Para Montesquieu, o Judiciário tinha uma competência restrita, não havendo nem no autor uma definição fechada quanto à forma mais adequada no que tange a Separação dos Poderes.

Porém, após a edição do Espírito das Leis, os estados aceitaram sua corrente tripartite como garantia das liberdades individuais, de forma que a separação tripartite ainda aparecesse nos textos constitucionais dos países democráticos.

Como bem lembra Marcelo Novelino:

A Constituição de 1988, além de consagrar expressamente o princípio da separação dos Poderes (CF, art. 2º) e protegê-lo como cláusula pétrea (CF, art. 60, §4º, III), estabeleceu toda uma estrutura institucional de forma a garantir a independência entre eles, matizada com atribuições de controle recíproco. Por não haver uma ‘fórmula universal apriorística’ para este princípio, é necessário extrair da própria Constituição o traço essencial da atual ordem para fins de controle de constitucionalidade.<sup>60</sup>

A independência entre eles visa estabelecer um sistema de "freios e contrapesos" para evitar abusos e arbitragem por parte de qualquer grande potência. Expresse harmonia, respeitando privilégios e poder.

O princípio da separação de poderes foi confirmado pela primeira vez no Virginia *Bill of Rights*, uma das 13 colônias britânicas nos Estados Unidos em 1776, conforme se verifica em seu inciso V:

Que os poderes legislativo, executivo e judiciário do Estado devem estar separados e que os membros dos dois primeiros poderes devem estar conscientes dos encargos impostos ao povo, deles participar e abster-se de impor-lhes medidas opressoras; que, em períodos determinados devem voltar à sua condição particular, ao corpo social de onde procedem, e suas vagas se preenchem mediante eleições periódicas, certas e regulares, nas quais possam voltar a se eleger todos ou parte dos antigos membros (dos

---

<sup>58</sup> MONTESQUIEU, 1998.

<sup>59</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 3ª ed. Saraiva: São Paulo, 2003.

<sup>60</sup> NOVELINO, p. 334.

mencionados poderes); segundo disponham as leis.<sup>61</sup>

Nas palavras de Comparato, que é comentado por Alexandre de Moraes: “A Declaração da Virgínia expressa com nitidez os fundamentos democráticos, reconhecimento de direitos natos de toda a pessoa humana, os quais não podem ser alienados ou suprimidos por uma decisão política.”<sup>62</sup>

Esta Declaração de Direitos, composta por quatorze parágrafos, versava sobre direitos fundamentais. Ensina Sarlet, comentado por Marcelo Novelino:

As declarações americanas incorporaram virtualmente os direitos e liberdades já, reconhecidos pelas suas antecessoras inglesas do século XVII, direitos estes que também tinham sido reconhecidos aos súditos das colônias americanas, com nota distintiva de que, a respeito da virtual identidade de conteúdo, guardavam as características da universalidade e supremacia dos direitos naturais, sendo-lhes reconhecida a eficácia inclusive em relação à representação popular, vinculando, assim todos os poderes públicos.<sup>63</sup>

Assim, desde que foi instituída como norma formal, a Tripartição de Poderes já era considerada um princípio fundamental dos direitos humanos. Isso porque, para Pedro Lenza:

O poder é uno e indivisível. O poder não se triparte. O poder é um só, manifestando-se através de órgãos que exercem funções. Assim, temos: a) poder: uno e indivisível, um atributo do Estado que emana do povo; b) função: a função constitui, pois, um modo particular e caracterizado de o Estado manifestar-se a sua vontade; c) órgão: os órgãos são, em consequência, os instrumentos de que se vale o Estado para exercitar suas funções, descritas na Constituição, cuja eficácia é assegurada pelo Poder que a embasa.<sup>64</sup>

Portanto, é claro que todas as ações realizadas pelo Estado vêm de um único poder indivisível. Essas ações assumem diferentes formas, dependendo das funções desempenhadas por diferentes órgãos. Portanto, além de desempenhar funções atípicas, os legislativos também desempenham funções típicas inerentes a sua natureza, ou seja, órgãos administrativos e órgãos judiciais têm as mesmas funções.

<sup>61</sup> EUA. *Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia*, de 16 de junho de 1776. Declaração de direitos formulada pelos representantes do bom povo de Virgínia, reunidos em assembleia geral e livre. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>>. Acesso em: 02 out. 2020.

<sup>62</sup> MORAES, 2003, p. 98.

<sup>63</sup> NOVELINO, 2010, p. 335.

<sup>64</sup> LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 435.

Em 17 de setembro de 1787, os Estados Unidos anunciaram as funções contidas nos grandes poderes da Carta, declarando assim a divisão de poderes em nível constitucional. Para eliminar o modelo europeu da época, a Constituição dos Estados Unidos deu um equilíbrio entre poderes e atribuiu funções específicas a cada poder. Pode ser observado abaixo que:

Poder Legislativo - tipificado no artigo 1º, seção 1, da Constituição Norte - Americana de 1787: Todos os poderes legislativos conferidos por esta Constituição serão confiados a um Congresso dos Estados Unidos, composto de um Senado e de uma Câmara de Representantes. (EUA, 1787). Poder Executivo - tipificado no artigo 2º, seção 1, da Constituição Norte Americana de 1787: O Poder Executivo será investido em um Presidente dos Estados Unidos da América. Seu mandato será de quatro anos, e, juntamente com o Vice-Presidente, escolhido para igual período [...]. (EUA, 1787). Poder Judiciário - tipificado no artigo 3º, seção 1 da Constituição Norte Americana de 1787: O Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido em uma Suprema Corte e nos tribunais inferiores que forem oportunamente estabelecidos por determinações do Congresso. Os juízes, tanto da Suprema Corte como dos tribunais inferiores, conservarão seus cargos enquanto bem servirem, e perceberão por seus serviços uma remuneração que não poderá ser diminuída durante a permanência no cargo.<sup>65</sup>

A divisão de poderes, na Constituição americana de 1787, tinha como principal característica a independência e o controle entre os três poderes, de forma que cada um deles tinha uma função constitucional de controle sobre os demais. E, nas ideias filosóficas da Revolução Francesa, surge na França a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, adotada pela Assembleia Constituinte Francesa. Conforme ensina Lenza:

Em 26 de agosto de 1789, a Assembleia Nacional francesa aprovou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, com 17 artigos, servindo de padrão para influenciar a constituição dos povos do ocidente ao oriente. A Declaração Francesa representou um notável progresso na afirmação de valores fundamentais da pessoa humana que vem com toda a sua força até os dias de hoje.<sup>66</sup>

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão incluiu a Separação dos Poderes em seu artigo 16: “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos

---

<sup>65</sup> EUA. *Constituição dos Estados Unidos da América de 1787*. Dispõe sobre normas constitucionais. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constitu%C3%A7%C3%A3o-dos-estados-unidos-da-am%C3%A9rica-1787.html>>. Acesso em: 02 out. 2020.

<sup>66</sup> LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 436.

direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição".<sup>67</sup>

Porém, apenas os poderes Legislativo e Executivo foram mencionados em seu preâmbulo. Ademais, cumpre salientar que foi ratificada, por pressão da Assembleia e do povo que se dirigiu a Versalhes, como documento que expõe claramente os ideais prezados pela Revolução Francesa, definindo como sendo universais os direitos individuais e coletivos dos homens.

Nos ensinamentos de Alexandre de Moraes, esta Declaração teve como objetivo:

Proteger os Direitos do Homem contra os atos do Governo e é expressa a menção ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo e o objetivo imediato é de caráter pedagógico: instruir os indivíduos de seus direitos fundamentais.<sup>68</sup>

Tamanho é a sua importância, que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão serviu de preâmbulo à primeira Constituição da Revolução Francesa, promulgada em setembro de 1791. Na concepção de Sarlet:

Tanto a declaração francesa quanto as americanas tinham como característica comum sua profunda inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens, e não de uma casta ou estamento.<sup>69</sup>

Assim, verifica-se que, mais uma vez, a separação de poderes se consagra como preceito fundamental para o exercício de um governo não absolutista.

A Constituição Francesa de 1791 resumiu as conquistas da Revolução Francesa, bem como afirmou todas as propostas já defendidas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Entre as principais conquistas, esta Constituição estabeleceu uma monarquia constitucional e criou uma separação efetiva entre os poderes legislativo, executivo e judiciário.

A Constituição em apreço foi a primeira da França e teve extrema importância ao consolidar, no constitucionalismo moderno, os direitos do homem, uma vez que teve incorporada a seu preâmbulo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

---

<sup>67</sup> FRANÇA. *Declaração de direitos do homem e do cidadão*, de 26 de agosto de 1789. Versa sobre os direitos naturais. Disponível em: <<https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao#:~:text=e%20a%20dura%C3%A7%C3%A3o.-,Art.,dos%20poderes%20n%C3%A3o%20tem%20Constitui%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 03 out. 2020.

<sup>68</sup> MORAES, 2003, p. 98

<sup>69</sup> SARLET. Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 48.

de 1789.<sup>70</sup>

Neste capítulo, foi visto sobre a questão da implementação e a didática dos conceitos do sistema tripartite. Já no capítulo a seguir, será discutido acerca do ativismo judicial a fim de se compreender sua história e implementação.

### 3. O ATIVISMO JUDICIAL

#### 3.1 Conceito e origem

O ativismo judiciário pode ser conceituado como a forma mais forte de o judiciário aplicar os preceitos constitucionais na concretização dos valores constitucionais, e termina com maior interferência no espaço de expressão dos outros dois poderes, conforme pode ser observado nas palavras do famoso professor Elival Ramos ao definir ativismo judicial:

[...] o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflito de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com inclusão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.<sup>71</sup>

Barroso explica que tal fenômeno se manifesta por meio de diferentes maneiras, que incluem:

(i) a aplicação direta da a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva

---

<sup>70</sup> REGALLA, Jussara da Silva Gatto. *A declaração dos direitos do Homem e do cidadão de 1789 e sua influência nos direitos individuais das constituições liberais portuguesas (1822-1911)*, 2019. 135 f. Dissertação (Mestrado em História Contemporânea). Faculdades de Ciências Sociais e Humanas. Universidade Nova de Lisboa, 2019. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10362/96122>>. Acesso em: 07 out. 2020.

<sup>71</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetro dogmáticos*. 2 ed. São Paulo. Saraiva, 2015, p. 27.

violação da constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas.<sup>72</sup>

Quanto ao conceito de ativismo judicial, Oscar Valente Cardoso<sup>87</sup> preceitua que:

O ativismo judicial (ou judicialização da política) pode ser resumido na atitude dos juízes de interpretar as normas jurídicas sem se limitar às restrições formais e objetivas, e levando em conta que a aplicação das leis é variável, no tempo e em cada caso concreto. Isso pode causar a extensão de direitos não expressamente previstos em lei ou na Constituição, motivo pelo qual se afirma que essa postura judicial importa na “criação” de direitos, a partir de uma interpretação ampliativa de normas escritas, ou com fundamento em princípios jurídicos genéricos (igualdade, razoabilidade, dignidade da pessoa humana etc.).<sup>73</sup>

Vale destacar a lição do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, sobre o conceito de ativismo judicial:

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 Earl 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 [...] Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.<sup>74</sup>

Sobre a formação do ativismo no Poder Judiciário, Marco Aurélio Romagnoli Tavares entende que:

Dentro das relações de poder, intrínsecas ao Estado, surge a figura proeminente do Judiciário, hoje o poder em voga no Brasil, já que está em curso uma gradativa execução de uma forma de ativismo judicial, capitaneado pelo STF, ou seja, diante da clara impossibilidade da existência de vácuo de poder, decorrente diretamente de um legislativo inoperante, dominado por escândalos de corrupção, bem como de um executivo anabolizado, que busca dominar politicamente todas as esferas de poder. Surge a figura protagonista dos tribunais e de magistrados que aos poucos

<sup>72</sup> BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Revista Atualidades Jurídicas. *Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*. Ed. 4. janeiro/fevereiro 2009, p. 8. Disponível em: <[http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf.pdf)>. Acesso em: 18 out. 2020.

<sup>73</sup> CARDOSO, Oscar Valente. Ativismo judicial ou inativismo parlamentar? *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2865, 6 maio 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/texto/19047>>. Acesso em: 12 out. 2020.

<sup>74</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. 2010. Disponível em: <<http://www.slideshare.net/chlima/constituicoedemocracia-e-supremacia-judicial-direito-e-politica-nobrasil-contemporaneo>>. Acesso em: 17 out. 2020.

buscam limitar os excessos praticados pelas administrações, assim como suprir a ausência de definições legislativas que deveriam acompanhar os avanços econômicos, sociais e científicos.<sup>75</sup>

Para Luiz Roberto Barroso, o ativismo judicial surge com a decisão da Suprema Corte Norte Americana sobre a segregação racial<sup>64</sup>, no momento em que ela desafiou as leis federais vigentes que apoiavam a discriminação e, então, as confrontou com um posicionamento progressista.

Em sentido contrário, Carlos Eduardo de Carvalho<sup>76</sup> assevera que a expressão surgiu pela primeira vez na imprensa belga, no século XIX, mas que só ganhou repercussão no século XX, nos Estados Unidos, quando a Suprema Corte deu-lhe efeito mais abrangente.

### 3.2 O ativismo judicial nos Estados Unidos da América

Doutrinadores são majoritariamente taxativos em dizer que a origem do ativismo judicial estaria em casos norte-americanos que repercutiram muito na mídia e influenciaram politicamente, por via judicial, temas de grande relevância.

A tradição jurídica do Brasil é uma tradição de direito civil, diferente da realidade do direito consuetudinário norte-americano. Mas esse fato não impede o contato próximo entre os sistemas brasileiro e americano, que está intimamente relacionado às tradições jurídicas de cada país.<sup>77</sup>

Diante do passar dos anos, os juízes passaram a adentrar em matérias de ações coletivas ou de classe, tendo em vista que os primeiros casos de controle de constitucionalidade norte-americanos tratavam acerca de aspectos econômicos e trabalhistas.

Realizado esse brevíssimo esboço do ativismo judicial da Suprema Corte Norte-americana, verifica-se que o ativismo ali praticado, durante os períodos estudados, pode ser classificado em três fases: 1) a da contenção do poder legiferante dos Estados membros (ativismo de fortalecimento do Governo Federal); 2) a da contenção do poder de regulamentação da economia, de

---

<sup>75</sup> TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. *Ativismo Judicial e políticas públicas: direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011, p. 105.

<sup>76</sup> CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. Ativismo judicial em crise. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2137, 8 maio 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12781>>. Acesso em: 15 out. 2020.

<sup>77</sup> TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

acordo com determinada política econômica (a do liberalismo político); e 3) a da contenção da atividade legislativa – estadual e federal – no que se refere a limitações de direitos e garantias individuais previstos na Constituição (*Bill of Rights*).<sup>78</sup>

Diante da mudança em relação ao comportamento da Suprema Corte norte-americana, ocorreu o início de alguns reflexos a partir do *New Deal*, de como o Poder Judiciário buscou intervir de forma mais sensível nas relações sociais: “suas decisões eram marcadas por um forte componente político – embora de caráter não-intervencionista – que, ao final, invadia o âmbito de produção legislativa”.<sup>79</sup>

Com o período descrito como *New Deal*, tem-se um momento marcado por várias mudanças políticas, mas principalmente econômicas. Neste período, “fundamentando mudanças em termos constitucionais, como bem-estar, o comércio e o devido processo, amplia-se a competência do governo federal, que passa a ser admitida pela Suprema Corte”<sup>80</sup>

A escritora Wilba Lucia Maia insiste em descrever a época do *New Deal* como uma base para “fomentar a colaboração entre a União e Estados-Membros e fala-se em federalismo cooperativo, mas com grande predominância dos poderes federais, principalmente para tornar eficazes medidas de intervenção social”<sup>81</sup>.

Franklin Roosevelt, presidente dos Estados Unidos da América, no ano de 1933, realizou uma série de mudanças intervencionistas na economia americana. No entanto, a composição da suprema corte americana tentou barrar essas mudanças propostas pelo chefe do Estado americano. Porém, ocorreu um aumento de vagas na corte americana, levando a uma concordância com o então chefe do poder executivo americano.<sup>82</sup>

O ativismo judicial positivo nasce da interferência em âmbitos que não competem ao Poder Judiciário, mudando entendimentos, inovando criativamente

<sup>78</sup> TASSINARI, 2013

<sup>79</sup> RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; OLIVEIRA JUNIOR, Jorge Ferraz de. Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil. Um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana e um paralelo com o recente ativismo judicial da Suprema Corte Brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, v. 51, n. 204, p. 25-42, out./dez. 2014. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/509926>>. Acesso em: 8 jan. 2020.

<sup>80</sup> TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n. 53, p. 139-140, 2011. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30764>>. Acesso em: 8 set. 2020

<sup>81</sup> BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. *Federação e federalismo*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010. p. 213-214.

<sup>82</sup> ESCOLA, Equipe Brasil. "New Deal". Brasil Escola. Disponível em: <<https://brasilescola.uol.com.br/historiag/new-deal.htm>>. Acesso em: 10 out. de 2020.



para além da moldura do ordenamento jurídico. Desta forma, “inseridos na tradição da *common law*, os juízes deixaram de simplesmente interpretar as leis e passaram a reescrevê-las”<sup>83</sup>

O momento de grande importância do ativismo judicial naquele país se deu com o julgamento do caso “Brown” *versus* “Board Education”, em 1954, em que se discutiu o fim da segregação racial em escolas estatais do sul dos Estados Unidos da América. Foi autorizado que negros ingressassem em escolas públicas majoritariamente compostas por brancos, pondo um ponto final na ideia doutrinária que dizia “iguais, mas separados” (*equal, but separate*), revogando assim o precedente anterior utilizado no caso “Plessy” *versus* “Ferguson”, em que os negros teriam locais pré definidos e em alas separadas<sup>84</sup>. Nesse sentido, tem-se:

A Suprema Corte norte-americana entendeu que era inconstitucional a admissão de estudantes em escolas públicas americanas com base num sistema de segregação racial. Ao determinar a aceitação da matrícula de estudantes negros numa escola pública até então dedicada à educação de pessoas brancas, a Suprema Corte deu início a um processo amplo de mudança do sistema público de educação naquele país, fazendo surgir o que se chamou de *structural reform*.<sup>85</sup>

O ativismo judicial, no cenário jurídico norte-americano, cresceu exponencialmente desde a década de 1960, devido a famosos julgamentos de casos com mudança de precedentes. O que havia de específico no judiciário norte-americano, com seus precedentes definitivos, passou a seguir uma nova orientação com atos extremamente ativistas de apoio à inovação decisiva. Muitos julgamentos, considerados uma quebra de paradigmas que mudam a natureza deliberativa do tribunal americano, acabaram por influenciar as decisões dos tribunais brasileiros com julgamentos semelhantes quando seguem o mesmo padrão americano.

---

<sup>83</sup> TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. *Revista da Faculdade de Direito*, UFPR, Curitiba, n. 53, 2011, p. 140. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30764>. Acesso em: 8 set. 2020.

<sup>84</sup> RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; OLIVEIRA JUNIOR, Jorge Ferraz de. Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil. Um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana e um paralelo com o recente ativismo judicial da Suprema Corte Brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, v. 51, n. 204, out./dez. 2014. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/509926>. Acesso em: 8 jan. 2020.

<sup>85</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*, v. 8, n. 1, p. 46-64, jan./abr., 2017, p. 48. Disponível em: [http://www.civilprocedurereview.com/?option=com\\_content&view=article&id=361:pdf-revista-n1-2017](http://www.civilprocedurereview.com/?option=com_content&view=article&id=361:pdf-revista-n1-2017). Acesso em: 2 ago. 2020.

## Segundo Ramos e Oliveira Junior:

Enquanto o ativismo norte-americano parece ter por objeto a contenção da atividade legislativa, o ativismo brasileiro não visa à contenção de excessos cometidos por outros Poderes, mas sim à compensação da inação do Poder Legislativo e Executivo, na implementação de determinados direitos previstos na Constituição ou em resposta a certos reclamos do corpo social.<sup>86</sup>

Embora o ativismo judicial tenha prevalecido na Suprema Corte dos EUA por algum tempo, de 1986 a 2005, o então presidente William Rehnquist possui uma posição conservadora de autocontenção judicial.

Fora revisadas algumas decisões, mas a intenção primária do conservadorismo era apenas parcial, já que vários ativistas anteriores continuaram a prevalecer na época.

Com a morte de William Rehnquist, o então presidente George W. Bush indica para o cargo vago de presidente do tribunal John Glover Roberts Jr., que é devidamente aprovado pelo Senado assumindo postura de busca à uniformidade das decisões da corte suprema. Porém, isso não se consumou, principalmente diante de posições tão divergentes entre conservadores e liberais naquele tribunal.<sup>87</sup>

Não resta dúvida que comportamentos ativistas proferidos pela Suprema Corte dos EUA e pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro estão diretamente relacionados a sua composição. Quando o tribunal é mais conservador, há uma tendência à autocontenção judicial, mas quando é mais progressista, o ativismo judicial é visto com mais frequência. Fica claro que a composição das cortes influencia claramente a maneira como o Judiciário e os precedentes judiciais serão mais dinâmicos.<sup>88</sup>

<sup>86</sup> RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; OLIVEIRA JUNIOR. Jorge Ferraz de. Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil. Um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana e um paralelo com o recente ativismo judicial da Suprema Corte Brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, v. 51, n. 204, p. 25-42, out./dez. 2014, p. 37. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/509926>>. Acesso em: 8 jan. 2020.

<sup>87</sup> O texto tem uma versão em português, feita por Thiago Bottino: Juiz Roberts em julgamento, *Revista de Direito do Estado* 2:3, 2006, onde se lê na p. 3-4: Durante sua carreira pública, Roberts manifestou-se contrariamente à melhoria das proteções do direito de voto das minorias; sustentou a constitucionalidade de uma iniciativa do Congresso de privar as cortes federais dos poderes de supervisão da integração racial; denegriu os esforços de um grupo de mulheres legisladoras para reduzir a desigualdade de gênero nas relações de trabalho; referiu-se ao direito de privacidade utilizando a expressão "o assim chamado"; firmou um abaixo-assinado para que a Suprema Corte modificasse o entendimento consagrado no julgamento *Roe v. Wade*; e classificou como "indefensável" a decisão da Suprema Corte proibindo a criação de um minuto de silêncio nas escolas - cujo fundamento era que esse intervalo poderia ser utilizado para rezas (confira-se o recente artigo de William L. Taylor sobre a carreira de Roberts) (DWORKIN, Ronald, "Judge Roberts on Trial", *The New York Book of Review*, v. 52, number 16, 20, out. 2005).

<sup>88</sup> Mark Tushnet, *A Court divided: the Rehnquist Court and the future of constitutional law, 2005*; Craig Bradley (ed.), *The Rehnquist Legacy*, Cambridge University Press, 2005; Thomas Merrill, "The making

A forte tendência de usar parâmetros semelhantes aos julgamentos norte-americanos na legislação brasileira vem de aspectos culturais, éticos e sociais, significando uma forte interferência de modelos judiciais americanos no Brasil, ainda que por aqui tenhamos como base o predomínio da lei, ou seja da Constituição, e no modelo americano prevaleça a tradição *comom law*, tipicamente baseada pelos precedentes.

A Constituição Americana é extremamente concisa, contendo o básico dos direitos fundamentais e dos preceitos básicos de limitação ao poder, criando a grande possibilidade para a proliferação de posturas ativistas.<sup>89</sup>

### 3.3 Ativismo judicial brasileiro

Principalmente por meio do Supremo Tribunal Federal, o poder judiciário tem desempenhando um papel ativo na sociedade. Em certo sentido, o papel recém-realizado está sujeito a críticas e polêmicas por parte dos juristas. A Corte Máxima, quando provocada por dar uma resposta ao povo, não pode deixar de julgar e encontrar uma solução plausível para a situação particular deste tempo histórico. Consequentemente, os problemas de impacto nacional são agora tratados pelo judiciário, não pelas autoridades políticas. Nesse sentido, o ativismo judicial extrapolaria os limites impostos pela CF/88, para a esfera do poder legislativo, resultando em conflito de autoridade. Assim: “[...] os juízes não são eleitos, bem como não são responsáveis perante os eleitores, como ocorre com os legisladores, logo não

---

*of the Second Rehnquist Court*”, *St. Louis L.J.* 47:569 (2003); Peter Charles Hoffer, William James Hull Hoffer e N.E.H. Hull, *The Supreme Court: an essential history*, 2007; Kermit Hall (ed), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, 2. ed., 2005; Kermit Hall (ed.), *The Oxford Companion to American law*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2002; Lyle Denniston, *Rehnquist to Roberts: The “Reagan revolution” fulfilled?*, *University of Pennsylvania Law Review* 6:63, 2006; John M. Nannes, *The Lone Dissenter*, *Journal of Supreme Court history* 31:1-2, 2006; Erwin Chemevinsky, *Assessing chief justice William Rehnquist*, *University of Pennsylvania Law Review* 6:1334, 2006; Mark. A. Graber, *Constructing Judicial Review*, *Annual review of Political Science* 8:439-40, 2005; Thomas Tandy Lewis, *U. S. Supreme Court*, v. 1, 2007, p. 156; Daniel M. Katz, *Institutional rules, strategic behavior and the legacy of Chief Justice William Rehnquist: setting the record straight on Dickerson v. United States*, *Journal of Law and Politics* 22:28, 2006; Henry F. Fradella, *Legal, moral, and social reasons for decriminalizing sodomy*, *Journal of contemporary criminal justice* 18:289, 2002; Wendy E. Parmet, *The Supreme Court confronts HIV: Reflections on Bragdon v. Abbott*, *Journal of Law, Medicine & Ethics* 26:227, 1998.

<sup>89</sup> TASSINARI, 2013.

poderiam criar leis”.<sup>90</sup>

A defesa do interesse do ativismo judicial não é compartilhada por todas as doutrinas. Estudiosos famosos criticam a posição ativa dos juízes, justificando que a sociedade é a era do "império da toga", quando surgiu uma classe de juízes que tentavam ser "super-heróis".

Carlos Eduardo Dieder Reverbel define ativismo como a entrada do juiz na política, portanto, transcendendo a esfera legal. Segundo ele, “isso acontece por causa do descrédito da lei, da ineficiência da política, da dificuldade da própria administração, do uso indevido de recursos públicos, entre outros motivos”<sup>91</sup>.

Dierle José Coelho Nunes e Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia<sup>92</sup> criticam o ativismo se ele se justifica pela seriedade dessa decisão na sociedade; segundo eles, não é possível prever os impactos sociais, políticos e econômicos das decisões dos juízes.

Tratando do tema, Manoel Gonçalves Ferreira Filho aduz que:

O ativismo, além disto, se importa necessariamente na politização da atividade jurisdicional, pode degenerar na partidarização dessa atividade. Este ativismo – acaba-se de ver – faculta a ideologização da justiça. Ora, as ideologias são assumidas pelos partidos. Assim, a passagem do plano ideológico para o plano partidário é quase insensível. Pois bem, se durante muito tempo, a luta pelo aprimoramento do Judiciário teve em mira libertá-lo dos condicionamentos partidários – o ativismo apresenta-se, portanto, como um regresso.<sup>93</sup>

Lenio Luiz Streck, Vicente de Paulo Barretto e Rafael Tomaz de Oliveira tratam do tema ao fazer uma análise da regulamentação da união estável homoafetiva. Segundo os autores:

De todo modo, há uma perigosa tendência no interior da comunidade jurídica de recorrer aos tribunais para sanar eventuais omissões do legislador, pugnando por um verdadeiro exercício de uma tardia jurisprudência dos valores pelo STF (ou pelos demais tribunais da República). Não se pode

<sup>90</sup> ABREU, João Paulo Pirôpo de. *A autonomia financeira do Poder Judiciário: limites traçados pelo princípio da independência e harmonia dos poderes*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2013, p. 229.

<sup>91</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e estado de direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito Da UFSM*. v. 4, n. 1, 2009. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7028/4246>>. Acesso em: 2 set. 2020.

<sup>92</sup> NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Ativismo e protagonismo judicial em xeque. Argumentos pragmáticos. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2106, 7 abr. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12587>>. Acesso em: 16 out. 2020.

<sup>93</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do judiciário e suas implicações. *Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas*. Ano 1, n. 2, p. 70. Disponível em: <<https://repositorio.usp.br/item/002342135>>. Acesso em: 5 jun. 2020.

esquecer que, por vezes, o fato de o constituinte não tratar do assunto não possa significar “omissão”; pode ser, na verdade, uma escolha política.<sup>94</sup>

Para falar do ativismo judiciário no Brasil, se faz mister ressaltar que a Constituição de 1988 é um marco importante, pois o novo documento constitucional simultaneamente amplia a agenda do Executivo, incluindo a possibilidade de dar rumos de liderança legislativa e colocar o Judiciário em posição dominante, especialmente se o Supremo Tribunal Federal o determinar como “órgão de defesa constitucional”.

Esta autoridade fiscalizadora é uma condição fundamental que permite o desenvolvimento da ação judicial e da judicialização, a partir da qual as intervenções judiciais passam a atuar em duas políticas parlamentares, com destaque para a adoção da revisão constitucional centralizada, que se torna possível nas políticas de ação social do governo executivo, que responde por grande parte do controle generalizado da constitucionalidade.<sup>95</sup>

O resultado disso é esclarecido no trecho a seguir destacado:

O resultado último dessas transformações foi dúbio. Por um lado, colocou o STF em uma posição de absoluto destaque na política nacional, transformando-o em um órgão que passou, pouco a pouco, a agir declaradamente como uma das mais importantes instâncias políticas da nação. Por outro lado, soterrou essa mesma corte debaixo de uma avalanche de processos, obrigando-a a conciliar esse seu papel político, de instância de revisão e segundo turno da política representativa, com um papel bem mais “rotineiro” de prestador de serviços forenses, de “terceira instância” na estrutura judiciária tradicional de solução de disputas individuais. E assim é que, um ano antes de ser promulgada a atual Carta Constitucional, em 1987, computavam-se nas estatísticas de julgamento do órgão 20.122 casos resolvidos em doze meses. Vinte anos depois, ou seja, em 2007, essas mesmas estatísticas registravam 159.522 casos para o mesmo período de tempo.<sup>96</sup>

Fica claro, portanto, que o aumento exponencial da demanda do Judiciário, que também tem ocorrido em instâncias inferiores, está sobrecarregado, pois esses órgãos estariam aptos a não apenas fazer cumprir as leis em casos específicos, mas sempre buscar uma interpretação mais consistente à Constituição, que conduz à criação de um direito, nomeadamente de garantia dos direitos fundamentais.

---

<sup>94</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 80.

<sup>95</sup> VERISSIMO, Marcos Paulo. A Constituição De 1988, Vinte Anos Depois: Suprema Corte E Ativismo Judicial “À Brasileira”. *Revista Direito Gv*, São Paulo 4(2), p. 407-440, jul-dez 2008, p. 409.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 410.

A consequência lógica é que, ao longo dos anos, grandes expectativas se desenvolveram na sociedade no sentido de entender o judiciário como concretizador de políticas públicas, uma espécie de "herói" de um Estado democrático regido pelo Estado de Direito, que permite que as pessoas procurem cada vez mais pessoas no judiciário, legislativo, em particular, a favor do sistema judicial.

A solução buscada pelo próprio Judiciário, em conjunto com o legislador, para tentar mitigar o excesso de litígio, mantendo suas prerrogativas de controle e medidas políticas para legislar, tem como objetivo desestimular a busca por litígios e estimular outros meios de resolução de conflitos, tais como a negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem, que de fato são cada vez mais visadas. Mas não é razoável supor que só essas formas poderão salvar o judiciário de sua carga de trabalho.

### **3.4 A diferença entre ativismo judicial, judicialização da política e autorrestrrição**

A judicialização da política não é uma alternativa, já o ativismo judicial sim, conforme Barroso ao descrever: “a judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário”. Explica também que:

(i) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis; (ii) sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; (iii) juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que for mula.<sup>97</sup>

Apesar da forma majestosa com que o autor acrescentou três fatores marcantes à formulação da sentença no Brasil, são eles: a redemocratização, o constitucionalismo abrangente e a inclusão de um sistema híbrido de controle constitucional. Portanto, por ser um fato, o julgamento difere do ativismo pelas

---

<sup>97</sup> BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Revista Atualidades Jurídicas. *Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009, p. 8. Disponível em: <[http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf)>. Acesso em: 15 mai. 2020.

diferenças nas razões que o motivaram.<sup>98</sup>

A característica do ativismo judicial é uma forma específica e positiva de interpretar a Constituição e ampliar seu sentido e alcance, ou é uma postura que busca maximizar o potencial das normas constitucionais sem interferir na criação do direito. Para o Ministro Luís Roberto Barroso, o ativismo judicial é a aplicação direta da Constituição, da declaração de inconstitucionalidade e da imposição de condutas ao poder público

Nesse sentido, com o surgimento da Constituição Federal em 1988, o estado social transitou para um país democrático e legal, o que deslocou o foco de tensão do Executivo para o Judiciário. Após a Segunda Guerra Mundial, a legalização dos direitos humanos e a forte influência dos Estados Unidos e do sistema europeu promoveram fortemente a judicialização do sistema político brasileiro.<sup>99</sup>

O pós-positivismo diz respeito à conciliação do direito com os valores e a moral, e a norma não é mais a única fonte do direito, os princípios ganham importância e são incorporados aos textos constitucionais.

O surgimento do pós-positivismo ocorre no mesmo momento histórico em que novos direitos começam a aparecer, ou seja, após a Segunda Guerra Mundial. Princípios como a dignidade da pessoa passam a ser altamente valorizados, a norma única e exclusiva não é mais suficiente para justificar uma decisão judicial, os princípios passam a vigorar no ordenamento jurídico. Neste sentido, versam Anna Christina Gris e Luciene Dal Ri<sup>100</sup>:

Surge a consciência de que, em uma sociedade extremamente plural e em constante transformação, o Direito não pode mais estar integralmente contido na lei, bem como a consciência de que já não cabem no mundo leis despóticas baseadas no desrespeito ao homem e a sua individualidade.

Para Elival da Silva Ramos <sup>101</sup>, “o problema do ativismo judicial envolve, pelo menos, três questões: o exercício do controle de constitucionalidade, a existência de omissões legislativas e o caráter de vagueza e ambiguidade do direito”. Apontando a

---

<sup>98</sup> TASSINARI, 2013.

<sup>99</sup> *Ibidem*.

<sup>100</sup> GRIS, A.; DAL RI, L. A função do direito e o pós-positivismo jurídico. *Revista Direito em Debate*, v. 27, n. 49, p. 3-24, 16 ago, 2018. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/6226>>. Acesso em: 16 Out. 2020.

<sup>101</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo. Saraiva, 2010.

diferenciação entre judicialização e ativismo judicial, Lênio Streck<sup>102</sup> afirma que:

[...]um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrado); já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional.<sup>103</sup>

Entende-se o ativismo judicial como um meio supremacista com competências que não lhe são reconhecidas pela Carta Magna. Portanto, os doutrinadores entram consenso assim caracterizando a diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política:

Primeiro, não há como negar o elo existente entre Direito e Política; Segundo, a inter-relação entre direito e política não autoriza a existência de ativismos judiciais; Terceiro, há um equívoco em considerar judicialização da política e ativismo judicial como se fossem o mesmo fenômeno; E Quarto, a judicialização da política é um fenômeno contingencial, isto é, no sentido de que insurge na insuficiência dos demais Poderes, em determinado contexto social, independentemente da postura de juízes e tribunais, ao passo que o ativismo judicial diz respeito a uma postura do judiciário para além dos limites constitucionais.<sup>104</sup>

O oposto do ativismo é a autorrestrrição, que, como o ativismo, tem várias dimensões, entre as quais Campos enfatiza o respeito quando os juízes evitam conflitos com as decisões de outros poderes; discrição, na qual os juízes evitam decisões morais, e prudência, quando os juízes evitam decisões que prejudicam ou provocam reações adversas ao próprio funcionamento do tribunal.

Em suma, o núcleo pode ser definido como a redução da interferência do Judiciário nas ações de outros Estados para proteger as instituições. Há autocontenção quando o Judiciário se recusa a aplicar diretamente a Constituição em situações não especificadas, aplicando critérios mais rígidos de judicialização. Portanto, não é de escolha dos juízes, apesar dos princípios da impossibilidade de jurisdição e dos impulsos formais que, uma vez provocados, o Poder Judiciário não pode recusar a sua jurisdição e deve dirimir a causa com base na Constituição. É o

---

<sup>102</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: contribuição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>103</sup> *Ibidem*.

<sup>104</sup> DALALBA, Jennifer Leal Furtado Barreto; SOUILLJEE, Liege Giarretta; NISTLER, Regiane. A jurisdição no Estado Democrático de Direito: uma breve análise do comportamento ativista judicial. *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 13, n. 1, p. 163-184, 2018.



uso de aparato judiciário na administração pública, ou seja, o uso de métodos judiciais fora da justiça. É a partir de então que o papel do Judiciário, quando provocado por terceiro para revisar as decisões dos poderes políticos, refere-se ao uso de métodos judiciais para tomar decisões políticas.

Neste capítulo, foi visto sobre a questão da análise dos termos autorrestrrição, do ativismo judicial e da judicialização da política, bem como seus conceitos e origens. Já no capítulo a seguir, será discutido acerca dos impactos do ativismo judicial na segurança jurídica a fim de se compreender como o desequilíbrio entre os poderes poderia impactar na ordem democrática.

#### **4. CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL**

Entre as principais críticas ao ativismo judiciário, está a de que esta postura representa um risco proeminente à democracia<sup>105</sup>. O argumento é de que o Judiciário não tem legitimidade democrática para interferir no campo de ação de outros poderes, e que tal interferência viola o princípio da separação do Estado.<sup>106</sup>

Em primeiro lugar, no que diz respeito à crítica à alegada violação do princípio da separação de poderes, considera-se que só este fator não é suficiente para afastar esta prática, considerando que a teoria da separação de poderes se flexibilizou e se modificou, passando a reconhecer a interação entre poderes. Além disso, também estabeleceu um mecanismo de transferência mútua de competências, permitindo a transferência de funções típicas de uma potência para outra, que as exercerá de forma atípica.

##### **4.1 Da Segurança Jurídica**

As decisões judiciais são restringidas pelo princípio da legitimidade, ou seja,

---

<sup>105</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 166.

<sup>106</sup> TERRAZAS, Fernanda Vargas. O Poder Judiciário como voz institucional dos pobres: o caso das demandas judiciais de medicamentos. *Revista de Direito Administrativo*, v. 253, p. 79-115, 2010.

relacionadas aos sentidos possíveis dos textos normativos, ou seja, limitadas à produção legislativa e executiva<sup>107</sup>. Esse é o fator que torna a lei juridicamente segura, desde que não reconheça que a execução das ações judiciais conflita com o sentido e as possibilidades conferidas pelo ordenamento jurídico.

Porém, de fato, uma das manifestações do ativismo judicial é o não seguimento da norma jurídica e a busca de uma interpretação criativa, se valendo das brechas do texto<sup>108</sup> e do princípio aberto adotado pelos legisladores, o que pode comprometer a segurança jurídica.

Nas palavras de Dworkin<sup>109</sup>, um juiz ativista pode anular o texto da Constituição, e as decisões anteriores do Tribunal, para impor sua opinião sobre o que é justo para os outros poderes. Diante desse risco, afirmou que a atuação dos juízes deve se limitar na aplicação da Constituição de forma que explique, discuta e ajuste suas decisões à jurisdição prática constitucional.

O autor cita o “Juiz de Hércules”, que propunha uma espécie de juiz que governava de acordo com a prática constitucional do país e estabelecia a ordem objetiva de valores, precedentes, leis e a Constituição. Fora dessa ordem objetiva e da ideia de obrigar a Constituição, o juiz não tomou decisões subjetivas livremente com base em suas crenças.

## 4.2 A ilegitimidade do Poder Judiciário

Esta crítica é baseada na posição da maioria democrática<sup>110</sup>, alegações de que o Judiciário não tem legitimidade para intervir no exercício do poder de representantes, porque os membros do Judiciário não são eleitos democraticamente e a vontade do povo não é utilizada para orientar sua decisão. Ao contrário, Dworkin defendeu a teoria da democracia constitucional, que acredita que o princípio da maioria não pode ser a

---

<sup>107</sup> DWORKIN, Ronald. *A Justiça de toga*. 1.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 243.

<sup>108</sup> RAMOS, Elival Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 138.

<sup>109</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad.: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 451-452.

<sup>110</sup> Partindo de uma perspectiva puramente majoritária, a legitimidade decorreria pura e simplesmente do processo eleitoral para escolha do Poder. Ao adotar esta concepção, o fascismo e nazismo seriam democráticos, pois foram eleitos democraticamente. (BARROSO, 2015, p. 25).

única base da democracia. Isto porque não é um padrão que possa realizar os interesses comuns e a justiça de todos de decidir questões sobre direitos, tendo em conta a garantia da sua vitalidade e que não são afetados por circunstâncias de curto prazo como os políticos.<sup>111</sup>

Além disso, como os cargos são preenchidos de forma técnica por meio de concurso público, não são afetados por pressões sociais ou forças de poder, sendo, portanto, justos. Em suma, a defesa normativa fundamenta-se nas disposições constitucionais da titularidade do controle constitucional do poder judiciário. Nessa teoria, a legitimidade do Judiciário está indiretamente alicerçada na vontade do povo, representado pelo poder constitucional durante a elaboração do texto constitucional. Por essas razões, desde que suas decisões sejam pautadas na Constituição, defendem a legitimidade do Judiciário.

É anti-hegemônico<sup>112</sup>, porque interpreta a Constituição e a política que conferem legitimidade à democracia em termos da realização dos direitos básicos e dos princípios democráticos (embora contrário à vontade da maioria no caso de inválido o poder legislativo). A explicação do agente se sobrepõe à do diretor executivo, por exemplo. Portanto, muitas figuras de tendência se recusam a exercer a jurisdição constitucional, como Schmitt, que insiste que a incerteza das regras torna o controle da constitucionalidade da lei uma tarefa política em essência<sup>113</sup>.

Neste ponto, com o apoio da teoria processual, surgiu outro tipo de crítica. Essa teoria critica a política democrática e defende o bom desempenho da jurisdição

---

<sup>111</sup> Salienta-se que tais melhores condições de decidir não é predominante, sendo que há casos em que o Judiciário não possui condições e conhecimentos técnicos para decidir determinadas questões, sendo, nesses casos, necessária uma postura de contenção, diante de casos que demandem conhecimentos técnicos fora do âmbito do Direito, como é o caso de políticas públicas econômicas do governo (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 108-109).

<sup>112</sup> A atuação do Judiciário é contramajoritária não no sentido de ser necessariamente contrária à vontade da maioria, e sim no sentido de que sua atuação não se baseia na vontade da maioria, pressupondo um arcabouço mais complexo, envolvendo valores democráticos e preceitos constitucionais. Como exemplos de atuação do Judiciário em sentido majoritário podemos citar a vedação ao nepotismo nos três Poderes e o direito ao passe livre no transporte coletivo interestadual aos portadores de deficiência comprovadamente carentes. Já exemplos de atuação contramajoritária, destacam-se a declaração de constitucionalidade de pesquisas com células-tronco embrionárias, a equiparação das relações homoafetivas às uniões estáveis e a permissão para interrupção da gestação de fetos anencefálicos (SARMENTO, 2015, p. 30-31).

<sup>113</sup> O ativismo no exercício da jurisdição constitucional era rejeitado também pela doutrina constitucionalista francesa, que alertava que seu exercício poderia permitir a criação de um governo de juízes. Esta doutrina depositava sua confiança no Legislativo, acreditando que os juízes agiam, quase sempre, em busca de seus interesses pessoais (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2. Ed. São Paulo, Ed. Saraiva, 2011, p. 55).

constitucional. Esta democracia é baseada em um modelo democrático embasado em procedimentos democráticos, o que garante que a democracia forme a opinião pública, evitando-se o uso de conteúdo moral e substantivo<sup>114</sup>.

Para os adeptos desta teoria, o Tribunal Constitucional deve limitar-se a definir as regras do jogo político, enquanto o intérprete deve respeitar e proteger o processo jurídico democrático. Assume que, com base na deliberação pública, as decisões socialmente controversas, envolvendo questões morais, sociais, morais e políticas, devem ser incluídas na Constituição<sup>115</sup>.

Em sustento da tese procedimentalista, J. H. Ely afirma que “o tribunal constitucional só pode conservar sua imparcialidade se resistir à tentação de preencher seu espaço de interpretação com juízos de valores morais”.<sup>116</sup>

Opõe-se, portanto, a jurisprudência de valores e uma interpretação construtiva baseada em princípios. Por outro lado, há quem defenda a posição militante dos magistrados, como é o caso do substancialismo, apoiado por Alexy e Dworkin, que defendem um papel mais ativo do foro constitucional, admitindo ação judicial na resolução conflitos complexos, envolvendo questões morais, políticas e sociais. Assim, a teoria essencialista defende a intervenção do judiciário, afirmando que este, como guardião da ordem constitucional, não pode adotar uma postura passiva na sociedade, devendo intervir na esfera política quando necessário, a fim de materializar as disposições da Constituição.

Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto alertam que é necessário um duplo esforço no exercício do controle judicial da constitucionalidade. O judiciário não tem poder para tomar “a decisão final” sobre o significado da Constituição, nem pode conceber que o poder do Estado não seja limitado por mecanismos restritivos e de controle. Mesmo que o Tribunal aceite uma manifestação e atuação mais abertas e livres, não se pode admitir que essa atuação esteja longe do ordenamento jurídico, portanto, mesmo que a maioria deseje, o juiz não poderia negar sua vontade e ir além do documento legal.

A atuação do intérprete não pode ser contrária ao próprio parâmetro normativo que se presta a interpretar e aplicar, sob pena de possibilitar uma “tirania da

---

<sup>114</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermetica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 41-47.

<sup>115</sup> SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 89-90.

<sup>116</sup> STRECK, *op. cit.*, p. 44.

maioria”<sup>117</sup>. Isto porque a vontade da maioria não corresponde à democracia.

Eduardo Mendonça<sup>118</sup> afirmou que é preciso dar sentido básico aos valores constitucionais e que eles devem ser protegidos mesmo que conflitem com os interesses atuais ou com a vontade da maioria.

Deste ângulo, Tushnet<sup>119</sup> afirma que um sistema político baseado na supremacia da justiça pode exacerbar a irresponsabilidade dos legisladores, deixando a resolução das questões constitucionais aos tribunais. Ao conceder privilégios ao legislador e ao exercer o controle constitucional, o poder deliberativo dessas questões é transferido para o judiciário, o que permite ao legislador evitar a tomada de decisões difíceis, que podem causar insatisfação pública.

### 4.3 A interseção dos sistemas político e jurídico

Tendo como pano de fundo a crise da democracia representativa e a grande insatisfação do povo com os acontecimentos políticos tradicionais, Luiz Werneck Vianna<sup>120</sup> e Campilongo<sup>121</sup> afirmam que o povo passou a confiar mais no judiciário do que nos políticos eleitos, então o tribunal passou a cumprir o papel da maioria das reivindicações de por vias majoritárias não atendidas.

O problema central do acoplamento estrutural entre o sistema político e o sistema jurídico reside no alto risco de que cada um deles deixe de operar com base em seus próprios elementos (o Judiciário com a legalidade e a política com a agregação de interesses e tomada de decisões coletivas) e passe a atuar com uma lógica diversa da sua [...]. Essa corrupção de códigos resulta num Judiciário que decide com base em critérios exclusivamente políticos (politização da magistratura como a somatória dos três erros aqui referidos: parcialidade, ilegalidade e protagonismo de substituição de papéis) e de uma política judicializada ou que incorpora o ritmo, a lógica e a prática da decisão judiciária em detrimento da decisão

<sup>117</sup> Admitir que vontades majoritárias se sobreponham à ordem constitucional posta pode possibilitar a prevalência de maiorias transitórias, com a violação de direitos fundamentais, sobretudo das minorias sociais (MOREIRA, Mellissa Carvalho. Reflexões Acerca do Ativismo Judicial: os Riscos da Atuação Extralegal do Poder Judiciário. *Virtuajus*, v. 3, n. 5, p. 213-234, 2018).

<sup>118</sup> MOREIRA, 2018.

<sup>119</sup> Este autor, inicialmente, adotava uma teoria popular do direito constitucional, rejeitando a jurisdição constitucional exercida pelo Judiciário. Posteriormente, em obra mais recente, abrandou sua posição inicial, passando a admitir um mecanismo de controle fraco, exercido pelo Judiciário, mas sem conferir a ele a última palavra sobre o sentido da Constituição (MOREIRA, 2018).

<sup>120</sup> VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo social*, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007.

<sup>121</sup> CALIL, Mário Lúcio Garcez; FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. A legitimidade do controle de constitucionalidade pelo Senado Federal a partir de sua origem francesa. *Revista Brasileira de Direito*, v. 14, n. 3, p. 141-159, 2018.

política. A tecnocracia pode reduzir a atividade política a um exercício de formalismo judicial.

Considerando que o sistema possui fundamentos diferentes, esta relação deve ser cuidadosamente analisada e balanceada, o que em alguns casos irá distorcer os fundamentos do sistema. O sistema político é baseado na soberania popular expressa pela regra da maioria, enquanto o sistema jurídico é baseado na limitação do poder legal. Assim, um exemplo de cumprimento e distorção do sistema é a atuação amplamente aclamada do juiz, o que o torna mais populista e menos técnico.<sup>122</sup>

A Constituição estabelece limites para a expressão da opinião pública, autonomia e exercício do poder, cabendo ao Judiciário analisar e implementar os limites estabelecidos. Portanto, pode-se dizer que a lei é produto da vontade da maioria expressa na Constituição e, portanto, é de natureza política. No entanto, sua aplicação não está e não pode ser separada da realidade política e de seu significado social.

De acordo com Barroso, a Constituição estabelece uma ligação entre política e direito, razão pela qual sua interpretação é sempre politicamente significativa, mesmo sob a orientação dos contornos estabelecidos pela lei. Porém, direito não é política, não se admitindo, destarte, escolhas que levem em conta a própria consciência do julgador ou suas convicções políticas e filosóficas.<sup>123</sup>

Os juízes e tribunais relacionam-se com o dever de motivação e fundamentação racional e jurídica das suas decisões, elemento que legitima o exercício da jurisdição. Luiz Fux e Carlos Eduardo Frazão argumentam que a aparente separação entre direito e política impõe um dever de cuidado no exercício da jurisdição constitucional, argumentando que os tribunais não podem suprimir a autonomia dos cidadãos e substituir as escolhas políticas dos representantes do povo com base em sua preferência pessoal.

É necessário, portanto, agir com cautela e estabelecer parâmetros doutrinários e normativos que limitem os processos judiciais, a fim de garantir um mínimo de uniformidade nas decisões.

O primeiro parâmetro a ser respeitado é o vínculo com a lei, e não se pode

---

<sup>122</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 195.

<sup>123</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/eadcnj/login/index.php>>. Acesso em: 28 ago.2020.

aceitar que os oficiais de justiça desconsiderem as disposições legais com base em suas decisões fundadas em julgamentos de justiça e conveniência, disfarçadas de julgamentos de proporcionalidade e razoabilidade, em detrimento da aplicação da lei.

A vinculação à lei e ao procedimento é elemento essencial de uma decisão. Outro parâmetro que deve ser observado é o respeito e a preservação dos precedentes<sup>124</sup>, buscando-se manter a uniformidade das decisões, a segurança jurídica, a previsibilidade e a preservação da coerência do sistema jurídico.<sup>125</sup>

## 5. ATIVISMO JUDICIAL E A ORDEM DEMOCRÁTICA

Para a professora Clarissa Tassinari, o ativismo judicial brasileiro é uma importação do modelo americano, carregando de forma perigosa um pragmatismo alienígena, pois tem grandes chances a possibilidade de vinculação da vontade do julgador e não das leis vigentes. O jurista Lenio Streck salienta que o ativismo à brasileira, apesar de ter como ideal a concretização de direitos fundamentais, não funcionaria na prática<sup>126</sup>.

Miguel Carbonell nos leva à reflexão, sendo enfático ao dizer que o novo constitucionalismo não se resume em meras multiplicações de textos constitucionais, tendo a necessidade de uma abordagem jurisprudencial diferenciada, voltada à concretização de direitos fundamentais, com o chamado a uma nova teoria constitucional<sup>127</sup>. Em contraponto ao positivismo, tem-se o chamamento ao resgate dos princípios constitucionais, tendo o direito com a moral um casamento sólido, afirmando o protagonismo do Poder Judiciário, com a interpretação extensiva e além das molduras, com a defesa da possibilidade discricionária por meio do judiciário<sup>128</sup>.

O jurista Lenio Streck critica o ativismo judicial apontando desafios a serem enfrentados, tais como o combate das recepções teóricas errôneas, a superação da

---

<sup>124</sup> BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática*. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 52-53.

<sup>125</sup> FOGAÇA, Mateus Vargas; FOGAÇA, Marcos Vargas. Sistema de precedentes judiciais obrigatórios e a flexibilidade do direito no novo código de processo civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 67, p. 509-534, 2016.

<sup>126</sup> TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p.34-35.

<sup>127</sup> CARBONELL, Miguel. *Presentación: el neoconstitucionalismo em su labirinto*. In: - (Org.). *Teoria del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 9-12.

<sup>128</sup> TASSINARI, Clarissa, 2013, p.34/35.

discricionariedade e a preservação da autonomia do direito<sup>129</sup>. Na visão do Jurista Gaucho, o direito se tornou uma grande salada de ingredientes de outras culturas jurídicas, sendo isso muito prejudicial ao nosso ordenamento legal.

O ativismo judicial teria, em sua prática, uma desvinculação da legalidade, sob a alegação ponderadora com finalidades de aplicações de princípios que se encontram em colisão com a letra legal, editada pelo legislativo ou executivo; importante trazer à reflexão a interferência política no modelo norte americano, interferindo na política partidária<sup>130</sup>.

A perda de autonomia é um fator importante na visão do jurista Lenio Streck, que define a influência da Moral e da Economia como prejudiciais aos pilares do direito, perdendo seu endereçamento e sua função em sua própria esfera<sup>131</sup>.

As novas teorias, segundo Luigi Ferrajoli, buscam encontrar um casamento entre a Moral e o Direito, tendenciosamente inclinado ao *jus* naturalismo, tendo como opositor a essa ideia o Jurista Lenio Streck, que compreende que o surgimento do ativismo decorre do estabelecimento de direitos por princípios<sup>132</sup>.

O ativismo judicial se manifesta conforme critérios baseados em fatores alheios ao judiciário, tais como econômico, político e moral. Por isso, há o desafio da autonomia do Direito ante as interferências externas e pressões ocorridas aos magistrados.<sup>133</sup>

As críticas ao ativismo judicial e sua ameaça à democracia relacionaram-se à aplicação de critérios indefinidos quando substituímos agentes eleitos pelo povo pelos magistrados, representantes não eleitos, e com isso ilegítimos para a prática alheias a sua função, principalmente pelo fato de os juízes não responderem por suas decisões politicamente emitidas<sup>134</sup>.

Com a judicialização superlativa, o Poder Judiciário acabaria por se sobrepor ao Poder Executivo e ao Legislativo, que detém milhões de votos de brasileiros e

---

<sup>129</sup> STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. O processo judicial visto pela crítica hermenêutica do Direito. *Revista Brasileira de Direito Processual-RBDPro*, Belo Horizonte, 2017, v. 25, p. 213-228.

<sup>130</sup> TASSINARI, 2013.

<sup>131</sup> *Ibidem*.

<sup>132</sup> FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Tradução de André Karam Trindade. *Simpósio Nacional de Direito Constitucional*, v. 9, p. 33-51, 2010.

<sup>133</sup> TASSINARI, *op. cit.*

<sup>134</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Informativo nº 661 do STF, de 9 a de 13 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo661.htm>>. Acesso em: 05 out 2020.



brasileiras. Roberto Gargarella traz a reflexão sobre a questão:

Como é possível que um minúsculo grupo de juízes, que não sejam eleitos diretamente pela cidadania (como o são os funcionários políticos), e que não estejam sujeitos a periódicas avaliações populares (e portanto gozam de estabilidade em seus cargos, livres do escrutínio popular) possam prevalecer, em última instância, sobre a vontade popular? <sup>135</sup>

Outrossim, enquanto o direito trabalha com legal e ilegal ou lícito e ilícito, na política o termo se modifica adentrando à situação de oposição, minorias e majorias, como salienta Campilongo<sup>136</sup>.

Argumenta-se também que os movimentos neoconstitucionalistas, sob o argumento de assegurarem direitos e garantias fundamentais, poderiam, na verdade, estar contribuindo com a crise da ordem democrática, com toda sorte de usurpações dos poderes, esvaziando as funções do Poder Executivo e Legislativo, contribuindo, destarte, com a crise da separação dos Poderes.

### 5.1 O Caso do Habeas Corpus 126.292/SP

O caso em questão talvez se trate do mais emblemático e polêmico já julgado pelo Supremo Tribunal Federal, que interpretou como possível a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade após condenação em segunda instância. O Supremo Tribunal Federal então mudou seu entendimento que havia sido adotado no julgamento do Habeas Corpus nº 84.078/MG, de relatoria do Min. Eros Grau, julgado em 05/02/2009, no qual argumentava ser incompatível a execução provisória da pena privativa de liberdade em obediência ao princípio da presunção de inocência. Vale destacar que até o julgamento do Habeas Corpus nº 84.078/MG, no ano de 2009, entendia-se que era real a possibilidade de execução provisória da pena.<sup>137</sup>

<sup>135</sup> GARGARELLA, Roberto. *A Justiça frente ao governo*. Barcelona: Editorial Ariel, 1996. p. 11.

<sup>136</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 100.

<sup>137</sup> Tal circunstância é referida inclusive pelo Relator do HC 126.292/SP, Min. Teori Zavascki, em suas razões de decidir, asseverando: "A possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade era orientação que prevalecia na jurisprudência do STF, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988. Nesse cenário jurisprudencial, em caso semelhante ao agora sob exame, esta Suprema Corte, no julgamento do HC 68.726 (Rel. Min. Néri da Silveira), realizado em 28/6/1991, assentou que a presunção de inocência não impede a prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirmou a sentença penal condenatória recorrível" (BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. HC 126292, Relator(a):

O Jurista Lenio Streck, ao analisar o Habeas Corpus 126.292/SP, argumenta que o Supremo Tribunal Federal operou um verdadeiro *overruling*, ou seja, superação do próprio precedente criado. No caso do HC 85.886/RJ, de relatoria da Min. Ellen Gracie, julgado em 06/09/2005, sob o argumento de que em “nenhum país do mundo ocorre a suspensão de uma condenação até todos os recursos serem esgotados”. Porém Lenio Streck traz a reflexão de que a Constituição desses países também não possui um texto taxativo no que tange a esse tema, tal qual se observa no art. 5º, LVII, da Constituição Federal. Mesmo não ocorrendo nenhuma discussão quanto à constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, a Suprema Corte brasileira entendeu que não há ofensa ao princípio da presunção de inocência.<sup>138</sup>

A taxatividade do texto do artigo 283 do CPP chama a atenção pela norma clara e objetiva, sem margens para interpretações duvidosas e criativas:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.<sup>139</sup>

Diante do cenário posto, argumenta Streck:

Essa decisão, até mesmo por parte de seus fundamentos, é um caso típico de ativismo judicial: não há fundamento jurídico constitucional que a sustente. Não há como salvar: o STF errou. Reescreveu a Constituição e aniquilou garantia fundamental. [...] Esse julgamento [...] foi um equívoco — julgou inconstitucional o próprio texto constitucional.<sup>140</sup>

Mauricio Martins Reis discorda quanto a necessidade de uma declaração de inconstitucionalidade do art. 283 do CPP, pois argumenta que o Supremo Tribunal Federal interpreta a Constituição dando sentido ao texto legal e, conseqüentemente, às normas infraconstitucionais conforme o texto legal originário em conformidade com

---

Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, Processo Eletrônico DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016).

<sup>138</sup> LEITE, G. L.; STRECK, Lenio; NERY JR, N. *Crises dos poderes da República*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 209-225, 2017.

<sup>139</sup> PFLUG, Samantha Ribeiro Meyer; COUTO, Mônica Bonetti. A presunção de inocência, a constituição e o STF: Comentários ao HC 126.292/SP. *Revista de Direito Brasileira*, v. 15, n. 6, p. 399-405, 2016.

<sup>140</sup> *Ibidem*.

o que fora decidido sobre a norma constitucional.<sup>141</sup>

Guilherme de Souza Nucci argumenta que o art. 283 do CPP reproduz o art. 5º, LXI, da Constituição Federal<sup>142</sup>. Eugênio Pacelli e Douglas Fischer afirmam que, antes da Lei nº 12.403/11, toda a prisão deveria ser fundamentada e autorizada pela autoridade judiciária, que já compreendia a impossibilidade da execução provisória da pena. Porém, argumentavam que a determinação da prisão antes do trânsito em julgado poderia, de forma excepcional, ser aplicada conforme a certeza de condenação e impossibilidade de modificações nas instâncias superiores. Todavia, a lei maior impossibilita a execução provisória, conforme o art. 283 do CPP.<sup>143</sup>

O Ministro Ricardo Lewandowski justificou seu voto argumentando que não há que se falar em interpretação, uma vez que o texto é claro, sendo taxativo ao afirmar que só é considerado culpado quem assim for determinado por meio de sentença penal condenatória transitada em julgado.<sup>144</sup>

O Ministro Min. Luís Roberto Barroso, em seu voto, invoca a tese da mutação constitucional em relação ao princípio da presunção de inocência, admitindo ser possível uma mudança de entendimento sem necessariamente haver uma modificação do texto constitucional, conforme a mudança da sociedade. Barroso liga as mudanças comportamentais e sociais também a mudanças no entendimento e não no texto em relação a norma.<sup>145</sup>

O jurista Lenio Streck é opositor ao posicionamento do Ministro Barroso, argumentando que a tese invocada é problemática:

No entanto, mesmo diante dessa elaborada tese não podemos aceitar que houve uma mutação constitucional, porque é consabido que mutação apenas tem como consequência uma nova norma para um texto já existente. Só que a mutação, para ser mutação, tem uma condição: a de que a nova norma não seja, ela mesma, um novo texto. No caso é visível

<sup>141</sup> REIS, M. Maurício. O sucedâneo precedentalista da interpretação da Constituição na fiscalização de constitucionalidade procedida pelo tribunal constitucional. In: *I Congresso Internacional de Direito Público: Justiça e Efetivação dos Direitos Humanos*, 2016. Coimbra, Portugal. Anais (on-line). Disponível: <[https://docs.wixstatic.com/ugd/5f1a38\\_6c73e2e28de947bfab64b7a830bece1d.pdf](https://docs.wixstatic.com/ugd/5f1a38_6c73e2e28de947bfab64b7a830bece1d.pdf)>. Acesso em: 18 set. 2020.

<sup>142</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado* – 15. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 537.

<sup>143</sup> PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência* – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 464.

<sup>144</sup> JARDIM, Eduardo Camargo; DE SOUZA, Gustavo Cardoso. A execução provisória da pena após sentença penal condenatória em segunda instância sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro. *Ética-Encontro De Iniciação Científica*. ISSN 21-76-8498, v. 15, n. 15, 2019.

<sup>145</sup> CARDOZO, Adriel dos Santos. A mutação (IN) constitucional do Art. 5º inc. LVII da CRFB/88 pelo STF: um risco aos direitos fundamentais. *Revista Aporia Jurídica*-ISSN 2358-5056, v. 1, n. 12, 2019.

que o STF foi além daquilo que se pode entender “limites interpretativos”.<sup>146</sup>

O autor compreende ser muito perigoso e nocivo uma atuação com esse entendimento por parte da Suprema Corte brasileira, pois fere a democracia e a autonomia do direito, podendo ocorrer toda sorte de danos irreparáveis, além de violar os limites semânticos do texto constitucional:

Penso que devemos levar a sério o texto constitucional. Falo dos limites semânticos (no sentido hermenêutico da palavra, como venho explicando de há muito). Essa questão assume maior risco quando se trata de cláusula pétrea. Com todo respeito que nutro pelo Judiciário e pela Suprema Corte, isso não é bom para a democracia. Há uma dimensão substantiva que não está à nossa livre disposição, não pode ser simplesmente convencionalizada pelas maiorias de ocasião. Temos uma Constituição! Ela serve para isso, é garantia!<sup>147</sup>

O julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP pela suprema corte brasileira, trouxe uma grande restrição de direito fundamental que sob manto do argumento baseado na mutação constitucional, retirou direito fundamental, mudando as regras do jogo, durante o jogo em curso.<sup>148</sup> Lenio Streck afirma que:

Em suma, o que precisa ficar dito é que a recente interpretação proferida pelo STF, na qual se ressignificou a expressão “trânsito em julgado” ao discutir a garantia constitucional da presunção de inocência, não se trata de uma mutação constitucional. Não estamos diante de uma nova norma para um texto já existente. Como se sabe, para que se configure a mutação constitucional, é imprescindível que a nova norma não seja, ela mesma, um novo texto! Com efeito, ao criar um novo – e jamais pensado – sentido para a expressão “trânsito em julgado”, a Suprema Corte reescreveu a Constituição e aniquilou uma garantia fundamental, revelando todo seu viés realista. Isso porque, na comunidade jurídica, ninguém tem dúvida acerca de seu sentido. Todos sabem o que é sentença condenatória transitada em julgado. Em suma, ao redefinir a expressão “trânsito em julgado”, o STF não apenas ultrapassou os limites semânticos do texto constitucional, como lhe esvaziou seu sentido originário, ou mais primitivo, na medida em que segundo a interpretação proposta pelo ministro Teori Zavascki – e vencedora no plenário do Tribunal – “trânsito em julgado” se converteu, precisamente, em “não trânsito em julgado”.<sup>149</sup>

Importante trazer à reflexão que a possibilidade da execução provisória da pena, em outros momentos, foi questionada pela Suprema Corte brasileira, ocorrendo controvérsias no que tange à possibilidade de aplicação ou não. O ajuizamento das

<sup>146</sup> LEITE; STRECK; NERY JR, 2017.

<sup>147</sup> LEITE; STRECK; NERY JR, 2017.

<sup>148</sup> CALÇADA, Luís Antonio Zanotta; RECK, Janriê Rodrigues. Ativismo judicial no julgamento do habeas corpus nº 126.292 e as ações declaratórias de constitucionalidade nº 43 e 44. *Teorias do Direito e Realismo Jurídico*, v. 6, n. 1, p. 1-21, 2020.

<sup>149</sup> LEITE; STRECK; NERY JR, *op. cit.*

Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, visando justamente a declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP, tornou-se um dos primeiros momentos e foi, em um primeiro momento, deferida pelo relator a possibilidade de execução provisória da pena até o julgamento do plenário da Suprema Corte. Esta, na ocasião, entendeu pela aplicação do entendimento que já tivera do Habeas Corpus 126.292/SP, autorizando a continuidade da execução provisória da pena.<sup>150</sup>

Com o julgamento do Habeas Corpus 152.752/PR, o tema entrou na pauta novamente, sendo mantido por 6 votos a 5 o entendimento de se manter a execução provisória da pena. Vale destacar que, ao proferir o seu voto, a ministra Rosa Weber invocou o princípio do colegiado como argumentação no que tange ao julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP. Porém, afirmou que teria outro entendimento caso a questão fosse relacionada às Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, gerando inflamados debates suscitados pelo Ministro Marco Aurélio Mello, que ventilou a possibilidade da presidente da casa naquele momento, Min. Carmen Lúcia, estar manobrando a pauta com a finalidade do não julgamento das ditas ações declaratórias constitucionalidade.<sup>151</sup>

No que se refere a constitucionalidade do art. 283 Código de Processo Penal:

Para dizer que era cabível a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, não basta que o STF se refira a uma redefinição da interpretação do inciso LVII do artigo 5º da CF (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”). Por que o constituinte teria posto esse inciso? Se não fosse para, exatamente, dizer o que depois foi posto no artigo 283, não precisaria tê-lo feito. Por que a expressão “trânsito em julgado”? O que é trânsito em julgado? Ora, enquanto couber qualquer tipo de recurso, uma decisão não transita. Então temos a holding — princípio constitucional — e o enunciado que explicita isso no plano de uma regra (artigo 283). Mutilação inconstitucional, pois, com o devido respeito.<sup>152</sup>

A insegurança jurídica se mostra clara diante de toda controvérsia em relação

<sup>150</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADC 43 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2016, Processo Eletrônico DJe043 DIVULG 06-03-2018 PUBLIC 07-03-2018.

<sup>151</sup> Cumpre referir a este respeito: “O Senhor Ministro Marco Aurélio – É que Vossa Excelência anunciou, ao grande público, que colocar as declaratórias em pauta dirigida, com data designada, seria apequenar o Tribunal. Não penso dessa forma.” (BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. HC 152752, Relator(a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2018, Processo Eletrônico dje-127 divulg 26-06-2018 public 27-06-2018).

<sup>152</sup> STRECK, Lenio Luiz. A presunção da inocência e a impossibilidade de inversão do ônus da prova em matéria criminal: os Tribunais Estaduais contra o STF. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná*, 2018, p. 201.

ao Habeas Corpus 126.292/SP, sob argumentos fracos e levando a possíveis futuras reduções de direitos fundamentais, frutos de um ativismo, mesmo que legítimo do ponto de vista social, antropológico, econômico e humano.

Em 2019, o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54 mais uma vez se fez presente para análise da Suprema Corte Brasileira. Porém, o entendimento foi diferente do que até então se tinha, sendo decidido que a prisão em segunda instância feriria sim a presunção de inocência e a Constituição, mesmo que diante da possível vontade de grande parte da população ser pela prisão em segunda instância.<sup>153</sup>

## 5.2 O MS nº32326 e a legitimidade para cassar um mandato

O Mandado de Segurança nº32.326154 trata-se de um caso emblemático, pois foi o primeiro caso em que um parlamentar foi preso durante o mandato em pleno exercício funcional por determinação do Supremo Tribunal Federal. Carlos Sampaio, líder do PSDB, interpôs um mandado de segurança contra a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados por procedimento adotado com a finalidade de cassação do Mandato de Natan Donadon, do até então PMDB.

Natan Donadon foi condenado pela Suprema Corte Brasileira a uma pena, de 13 anos, 4 meses e 10 dias por formação de quadrilha e peculato, a ser cumprida em regime inicialmente fechado no complexo Penitenciário da Papuda. O então líder Carlos Sampaio do Partido Tucano visava a anulação da decisão do presidente da Câmara dos Deputados, o deputado federal Henrique Eduardo Alves do PMDB, que levava ao plenário a deliberação sobre a perda do mandato do deputado Danadon.

De acordo com o impetrante do mandado de segurança, após a emenda 35/2001<sup>155</sup>, passou a não se necessitar da aprovação do Parlamento para o processo criminal seguir para apreciação do Supremo Tribunal Federal, ocorrendo então o que

---

<sup>153</sup> CALÇADA; RECK, 2020.

<sup>154</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Medida Cautela no Mandado de segurança. MS 32326/DF. Plenário. Impetrante: Carlos Henrique Focesi Sampaio. Impetrado: Presidente da Câmara. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 02 de setembro de 2013. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25138197/medida-cautelar-no-mandado-de-seguranca-ms-32326-df-stf>>. Acesso em: 22 set. 2020.

<sup>155</sup> DE SOUSA, Apoliane Santos; SOARES, Elisangela Dinarte; LEITE, Leonardo Canez. Imunidade Parlamentar: As inovações trazidas com o advento da Emenda Constitucional nº 35 de dezembro de 2001. *FACIDER-Revista Científica*, v. 13, n. 13, 2019.

conhecemos como mutação constitucional, cabendo à mesa apenas ser uma declaradora, de acordo com o art. 55, § 3º<sup>156</sup>. Portanto, seria inconstitucional a Câmara querer forçar o deputado Natan Danadon a participar do ato deliberativo que se refere a sua perda de mandato, após a referida emenda constitucional.

Importante destacar a Ação Penal 333, do então acusado deputado federal Ronaldo Cunha Lima, tendo este decidido renunciar ao mandato após instrução probatória. Não se tinha chegado ao entendimento se a Suprema Corte seria o tribunal competente após renúncia de parlamentares respondendo a processos. No entanto, em votação com placar de 7 a 4, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, após a renúncia, o parlamentar perde a prerrogativa de foro.

Diante desse caso, temos uma manobra do Deputado Natan Donadon, que renunciou ao mandato para não ser julgado pela Supremo Tribunal Federal, assim como o agora ex deputado federal Ronaldo Cunha do PSDB, que também renunciara para não ser julgado pela Suprema Corte, obtendo o pleito atendido, diferente de seu colega Natan Donadon.

O STF tem competência destacada nos art. 53, §1º, da CRFB/88<sup>157</sup> e art. 102, I, b, CRFB/88<sup>158</sup>. Porém, como visto, ocorreu uma mudança no entendimento da corte devido a renúncia ser às vésperas de um julgamento. Pelo placar de 7 votos a 4, a Corte entendeu que a ação de renúncia do parlamentar Natan Deladon era de má fé e tinha o objetivo de impedir o seu julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, com isso a corte manteve a competência de julgar o ex parlamentar, mesmo este tendo renunciado ao mandato.

Diante do ocorrido, foram interpostos embargos declaratórios, sendo esses rejeitados e a corte fechando entendimento pelo trânsito em julgado da ação penal declaratória, com a condenação do Deputado, ficando a dúvida se ele perderia ou não

---

<sup>156</sup> Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: § 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 76, de 2013) (BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22 set. 2020).

<sup>157</sup> Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. § 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001) (BRASIL, 1988).

<sup>158</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; (BRASIL, 1988).

seu mandato. A Suprema Corte tinha o entendimento que, após a condenação, essa perda era automática, principalmente diante de uma improbidade administrativa e dos crimes contra a administração pública com penas superiores a 4 anos, que é o tempo do mandato eletivo de deputado federal no Brasil. Esse entendimento surgiu com o julgamento do Mensalão.<sup>159</sup>

Vale destacar que as idas e vindas jurisprudenciais se mostram uma realidade exótica no sistema jurídico pátrio, gerando um grande desafio para a segurança jurídica. Antes do Julgamento do Mensalão, o STF detinha o entendimento que a perda do mandato não era automática e necessitava consultar a Câmara dos Deputados ou Senado Federal, conforme o art. 55, §2º, da CRFB/88, afastando o art. 15, III, também da CRFB/88.<sup>160</sup>

Diante de mudanças de entendimentos no julgamento da Ação Penal 565, que compreendeu não ser automática a perda do cargo, mesmo diante de uma reprovação popular, entendeu a corte pela literalidade do texto constitucional, em seu artigo art. 55, §2º da CRFB. Diante desse cenário, temos o novo entendimento sobre o caso Natan Donadon, ocorrendo com isso a apresentação de uma representação junto ao CCJ de Nº20/2013, na qual se entendeu que o questionamento deveria ser respondido pelo Plenário, que não cassou o mandato do então deputado do PSDB já citado.

A partir da decisão do plenário, foi interposto o Mandado de Segurança nº 32326, de relatoria do Ministro Luis Roberto Barroso, que suspendeu os efeitos da decisão do plenário quanto à Representação Nº20/2013.

O Ministro justificou que o parlamentar, estando em cumprimento de pena em regime fechado, não conseguiria desempenhar suas funções legislativas com base no art. 55, III, § 3º<sup>161</sup>, visto que o regime prisional não permitiria o parlamentar comparecer

---

<sup>159</sup> STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, n. 2, p. 51-61, 2015.

<sup>160</sup> Eis a redação do referido artigo: “Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: [...] III – que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada; [...] § 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 76, de 2013) (BRASIL, 1988).

<sup>161</sup> Eis a redação do referido artigo: “Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: [...] III – que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada; [...] §3.º Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa (BRASIL, 1988).



aos  $\frac{2}{3}$  (dois terços) das sessões legislativas exigidos pela Constituição.

A justificativa escolhida pelo Ministro Barroso para afastar a incidência do art. 55, VI, § 2º e, conseqüentemente, a deliberação da Câmara sobre a perda do mandato legislativo, foi trazer o apontamento do o art. 37<sup>162</sup> da Lei de Execuções Penais por não haver possibilidade do parlamentar cumprir suas funções na casa legislativa.

O art. 55, III, § 3º da Constituição Federal também é taxativo ao dizer que o parlamentar, que não comparecer a  $\frac{1}{3}$  (um terço) das sessões ordinárias da Casa, perderá o mandato por declaração da Mesa, só tendo como exceção os casos de afastamento por doenças, para tratar de assuntos particulares, tendo o limite de até 120 dias por sessão legislativa. Diante desse fato, o deputado ficaria impossibilitado de continuar seu mandato e, se continuasse, perdê-lo-ia por simplesmente estar em regime fechado no complexo penitenciário da Papuda.<sup>163</sup>

A busca pelo equilíbrio se mostra, dessa forma, a cada dia, um fenômeno raro de se conseguir, em especial, diante de tantas lacunas e do caso do Mandado de Segurança nº 32326, que se mostrou um dos mais controversos já vistos, com muitos capítulos e grande insegurança jurídica para todos os envolvidos.

## 6. CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar o desequilíbrio institucional no Brasil e seus possíveis impactos na ordem democrática diante de um cenário de insegurança jurídica trazido por meio de decisões ativistas. Buscou-se demonstrar ser o ativismo judicial o principal causador do desequilíbrio institucional, gerando uma hipertrofia do poder Judiciário que pode levar o País a uma ruptura da ordem constitucional.

A pesquisa debruçou-se em demonstrar a evolução histórica desde a antiguidade da separação dos poderes, trazendo os grandes pensadores que contribuíram com o que se conhece na contemporaneidade acerca dessa teoria,

<sup>162</sup> “Art. 37. A prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena. (BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm#:~:text=expresso%20do%20preso.-,Art.,\(um%20sexto\)%20da%20pen](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm#:~:text=expresso%20do%20preso.-,Art.,(um%20sexto)%20da%20pen)>. Acesso em: 2 out 2020).

<sup>163</sup> “Art. 56. Não perderá o mandato o Deputado ou Senador: [...] III – licenciado pela respectiva Casa por motivo de doença, ou para tratar, sem remuneração, de interesse particular, desde que, nesse caso, o afastamento não ultrapasse cento e vinte dias por sessão legislativa” (BRASIL, 1988).

inclusive trazendo o pensamento de Aristóteles, que já tratava do tema antes de Locke e Montesquieu.

Traçou-se o que seria o objetivo da separação dos poderes, sua importância pela história e como fora constituída: seus idealizadores, seus contribuintes, seus opositores, sua religião e sua geografia inicial; bem como de que forma essa teoria mudou a política mundial e influenciou todo o globo, inclusive no que se refere à administração pública.

Citou-se a influência da teoria da separação dos poderes para a manutenção do equilíbrio institucional pelos séculos, sendo demonstrado sua presença na declaração de direitos da Virgínia (*Virginia Bill of Rights*), uma das 13 colônias britânicas nos Estados Unidos em 1776; na Constituição Americana de 1787; na declaração de direitos do homem e do cidadão de 26 de agosto de 1789; e na Constituição Francesa de 1791.

Analisou-se, de maneira crítica, o ativismo judicial sob uma perspectiva histórica, levantando sua origem nos Estados Unidos e como se deu sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Buscou-se compreender a diferença entre uma decisão ativista de uma decisão baseada na autorrestrrição ou moderação judicial e como estas são aplicadas em um mesmo texto constitucional, podendo gerar controvérsias e entendimentos além da moldura constitucional.

O trabalho debruçou-se em criticar o ativismo judicial e o seu uso como arma de resoluções de conflitos políticos, alertando para a possibilidade de ruptura da ordem democrática, além da questão da insegurança jurídica diante dessa prática que já se encontra presente nos tribunais brasileiros.

Demonstrou-se o perigo que se vive diante da era das roletas russas constitucionais, em que precedentes são modificados e recodificados. Diante disso, foram trazidos dois casos de ativismo judicial que desgastaram muito a política brasileira e o judiciário, como exemplos do que pode ser a maior crise hermenêutica já ocorrida no Brasil.

Buscou-se demonstrar que a crise de representatividade não se passa apenas no Brasil e, diante do fato, verifica-se que a sociedade não se vê representada pelos políticos eleitos. Porém, o Poder Judiciário também não é o melhor exemplo de representatividade, visto que grande parte de seus membros vem de classes mais favorecidas e a diferença étnica e de gênero se mostra considerável em relação aos

outros poderes.

A crítica ao ativismo judicial se mostra necessária, em especial, por ser ela, possivelmente, o principal motivo para o desequilíbrio das instituições brasileiras. Dessa forma, revela-se ser fundamental a busca pelo reequilíbrio institucional dos poderes, respeitando-se a primazia da Constituição ao invés dos precedentes.

Portanto, se mostra importante enfatizar que não deliberar é deliberar e, destarte, o Poder Judiciário deve garantir uma ordem jurídica segura para preservação de rupturas sistemáticas e o crescimento do autoritarismo, que poderão levar à ruína o que resta do direito brasileiro. Visto isso, conclui-se que superar a discricionariedade que se observa no judiciário se mostra urgente para proteger a segurança jurídica e a ordem democrática então estabelecida.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, João Paulo Pirôpo de. *A autonomia financeira do Poder Judiciário: limites traçados pelo princípio da independência e harmonia dos poderes*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2013.

ARISTÓTELES. *A Política*. Trad.: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. 2010. Disponível em:

<<http://www.slideshare.net/chlima/constituicaodemocracia-e-supremacia-judicial-direito-e-politica-nobrasil-contemporaneo>>. Acesso em: 17 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Atualidades Jurídicas*. Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <[http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf.pdf)>. Acesso em: 18 out. 2020.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. *Federação e federalismo*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.

BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática*. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BOBBIO, Noberto. *A Teoria das Formas de Governo*. Trad. Sérgio Bath. 1º ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

BOBBIO, Noberto. *A Teoria das Formas de Governo*. Brasília: Editora da UnB, 1997. \_\_\_\_\_ . Estado, Governo, Sociedade. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 22 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm#:~:text=expresso%20do%20preso.-,Art.,\(um%20sexto\)%20da%20pen](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm#:~:text=expresso%20do%20preso.-,Art.,(um%20sexto)%20da%20pen). Acesso em: 2 out 2020.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. ADC 43 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2016, Processo Eletrônico DJe043 DIVULG 06-03-2018 PUBLIC 07-03-2018.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. HC 126292, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, Processo Eletrônico DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. HC 152752, Relator(a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2018, Processo Eletrônico dje-127 divulg 26- 06-2018 public 27-06-2018.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. Informativo nº 661 do STF, de 9 a de 13 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo661.htm>. Acesso em: 05 out de 2020.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. Medida Cautela no Mandado de segurança. MS 32326/DF. Plenário. Impetrante: Carlos Henrique Focesi Sampaio. Impetrado: Presidente da Câmara. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 02 de setembro de 2013. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25138197/medida-cautelar-no-mandado-de-seguranca-ms-32326-df-stf>. Acesso em: 22 set. 2020.

CALÇADA, Luís Antonio Zanotta; RECK, Janriê Rodrigues. *Ativismo Judicial no*

Julgamento do Habeas Corpus Nº 126.292 e as Ações Declaratórias de Constitucionalidade Nº 43 e 44. *Teorias do Direito e Realismo Jurídico*, v. 6, n. 1, p. 1-21, 2020.

CALIL, Mário Lúcio Garcez; FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. A legitimidade do controle de constitucionalidade pelo Senado Federal a partir de sua origem francesa. *Revista Brasileira de Direito*, v. 14, n. 3, p. 141-159, 2018.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. *Política, Sistema Jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

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

CARBONELL, Miguel. Presentación: el neoconstitucionalismo em su labirinto. *In: - (Org.). Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

CARDOSO, Oscar Valente. Ativismo judicial ou inativismo parlamentar? *Jus Navigandi, Teresina*, ano 16, n. 2865, 6 maio 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/texto/19047>>. Acesso em: 12 out. 2020.

CARDOZO, Adriel dos Santos. A mutação (IN) constitucional do Art. 5º inc. LVII da CRFB/88 pelo STF: um risco aos direitos fundamentais. *Revista Aporia Jurídica-ISSN 2358-5056*, v. 1, n. 12, 2019.

CARNEIRO, Henrique. "Guerra dos Trinta Anos". *In: MAGNOLI, Demétrio (org.) História das Guerras*. São Paulo: Contexto, 2006.

CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. Ativismo judicial em crise. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2137, 8 maio 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12781>>. Acesso em: 15 out. 2020.

CHAGAS, Francisco Aluzie Barbosa. A definição da políteia mista e a aplicação do princípio da justa medida ao problema da organização política em Aristóteles. *Pensar-Revista Eletrônica da FAJE*, v.3, n.,1 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2019.

DALALBA, Jennifer Leal Furtado Barreto; SOUILLJEE, Liege Giaretta; NISTLER, Regiane. A jurisdição no Estado Democrático de Direito: uma breve análise do

comportamento ativista judicial. *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 13, n. 1, p. 163-184, 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DE SOUSA, Apoliane Santos; SOARES, Elisangela Dinarte; LEITE, Leonardo Canez. Imunidade Parlamentar: As inovações trazidas com o advento da Emenda Constitucional nº 35 de dezembro de 2001. *FACIDER-Revista Científica*, v. 13, n. 13, 2019.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*, v. 8, n. 1, p. 46-64, jan./abr., 2017, p. 48. Disponível em: <[http://www.civilprocedurereview.com/?option=com\\_content&view=article&id=361:pdf-revista-n1-2017](http://www.civilprocedurereview.com/?option=com_content&view=article&id=361:pdf-revista-n1-2017)>. Acesso em: 2 ago. 2020.

DWORKIN, Ronald. "Judge Roberts on Trial", *The New York Book of Review*, v. 52, number 16, 20, out. 2005.

\_\_\_\_\_. *A Justiça de toga*. 1.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010

\_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. Trad.: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESCOLA, Equipe Brasil. "New Deal". Brasil Escola. Disponível em:

<<https://brasilecola.uol.com.br/historiag/new-deal.htm>>. Acesso em: 10 out. 2020.

EUA. Constituição dos Estados Unidos da América de 1787. Dispõe sobre normas constitucionais. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-dasNa%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>>. Acesso em: 02 out. 2020.

\_\_\_\_\_. *Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia*, de 16 de junho de 1776. Declaração de direitos formulada pelos representantes do bom povo de Virgínia, reunidos em assembleia geral e livre. Disponível em:

<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>>. Acesso em: 02 out. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo*. Tradução

de André Karam Trindade. *Simpósio Nacional de Direito Constitucional*, v. 9, 2010.  
FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do judiciário e suas implicações. *Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas*. Ano 1, n. 2. Disponível em: <<https://repositorio.usp.br/item/002342135>>. Acesso em: 5 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional*. 2 edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

FOGAÇA, Mateus Vargas; FOGAÇA, Marcos Vargas. Sistema de precedentes judiciais obrigatórios e a flexibilidade do direito no novo código de processo civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 67, p. 509-534, 2016.

FRANÇA. *Declaração de direitos do homem e do cidadão, de 26 de agosto de 1789. Versa sobre os direitos naturais*. Disponível em: <<https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao#:~:text=e%20a%20dura%C3%A7%C3%A3o-,Art.,dos%20poderes%20n%C3%A3o%20tem%20Constitui%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 03 out. 2020.

GARGARELLA, Roberto. *A Justiça frente ao governo*. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.  
GRIS, A.; DAL RI, L. A função do direito e o pós-positivismo jurídico. *Revista Direito em Debate*, v. 27, n. 49, p. 3-24, 16 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/6226>>. Acesso em: 16 Out. 2020.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. 2 ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

HUISMAN, Denis (dir): *Dicionário dos Filósofos*. Tradução de Cláudia Berliner et alli. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

JARDIM, Eduardo Camargo; DE SOUZA, Gustavo Cardoso. A execução provisória DA pena após sentença penal condenatória em segunda instância sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro. *Etic-Encontro De Iniciação Científica*. ISSN 21-76-8498, v. 15, n. 15, 2019.

KURY, Mário da Gama. *Políbios*. História. Trad. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1985.

LARA, Tiago Adão. *Caminhos da razão no Ocidente: a filosofia nas suas origens gregas*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1989. 4. ed. Coleção Caminhos da Razão, V. 1

LEITE, G. L.; STRECK, Lenio; NERY JR, N. *Crises dos poderes da República*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15 ed. rev., atual. e ampl. São

Paulo: Saraiva, 2011.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Trad. Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, 2003

MACIEL, Marcelo Costa. A contribuição do pensamento antigo e medieval para o desenvolvimento da Ciência Política. In: FERREIRA, Iler Pires; GUANABARA, Ricardo; LOMBARDO, Jorge Vladimyr. (Org.). *Curso de Ciência Política: Grandes autores do pensamento político moderno e contemporâneo*. 3 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Trad.: Pietro Nassetti. 2. Ed. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. *O Espírito das leis*. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MONTESQUIEU, *Do Espírito Das Leis, Os Pensadores*, vol.1, Editora Nova Cultural, Livro XI.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 3ª ed. Saraiva: São Paulo, 2003.

MOREIRA, Mellissa Carvalho. Reflexões Acerca do Ativismo Judicial: os Riscos da Atuação Extralegal do Poder Judiciário. *Virtuajus*, v. 3, n. 5, p. 213-234, 2018.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 4ª ed. Método: São Paulo 2010,

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Método, 2014

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado – 15. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.*

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Ativismo e protagonismo judicial em xeque. Argumentos pragmáticos. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2106, 7 abr. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12587>>. Acesso em: 16 out. 2020.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; GOMES, David Francisco Lopes. Novas Contribuições para a teoria do Poder Constituinte e o Problema da Fundação Moderna. Belo Horizonte, *Revista da Faculdade de Direito*, n. 53, jul-dez de 2008.

OLIVEIRA, Marco. "Maquiavel"; Brasil Escola. Disponível em:<<https://brasilescola.uol.com.br/filosofia/maquiavel-seu-pensamento-politico.htm>>. Acesso em: 30 set. de



2020.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência* – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017.

PFLUG, Samantha Ribeiro Meyer; COUTO, Mônica Bonetti. A presunção de inocência, a constituição e o STF: Comentários ao HC 126.292/SP. *Revista de Direito Brasileira*, v. 15, n. 6, p. 399-405, 2016.

PIÇARRA, Nuno. *A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

POLÍBIO. História da Conquista Românica no Mundo Helênico. Parte da obra traduzida encontra-se no anexo no artigo de Antonio Carlos Pojo Rego. *In*: REGO, Antônio Carlos Pojo. Equilíbrio e Contradição: a Constituição Mista na obra de Políbio. Brasília, *Revista de Informação Legislativa*, ano 18, n. 71, jul-set 1981.

PORFÍRIO, Francisco. "Thomas Hobbes". Brasil Escola. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/filosofia/thomas-hobbes.htm>>. Acesso em: 09 out. 2020.

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

\_\_\_\_\_. *Ativismo judicial: parâmetro dogmáticos*. 2 ed. São Paulo. Saraiva, 2015.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; OLIVEIRA JUNIOR, Jorge Ferraz de. Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil. Um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana e um paralelo com o recente ativismo judicial da Suprema Corte Brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, v. 51, n. 204, p. 25-42, out./dez. 2014. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/509926>>. Acesso em: 8 jan. 2020.

REGALLA, Jussara da Silva Gatto. *A declaração dos direitos do Homem e do cidadão de 1789 e sua influência nos direitos individuais das constituições liberais portuguesas (1822-1911)*, 2019. 135 f. Dissertação (Mestrado em História Contemporânea). Faculdades de Ciências Sociais e Humanas. Universidade Nova de Lisboa, 2019. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10362/96122>>. Acesso em: 07 out. 2020.

REGO, Antonio Carlos Pojo. Equilíbrio e Contradição: a Constituição Mista na obra de Políbio. Brasília, *Revista de Informação Legislativa*, ano 18, n. 71, jul-set 1981, p. 97.

REIS, M. Maurício. O sucedâneo precedentalista da interpretação da Constituição na

fiscalização de constitucionalidade procedida pelo tribunal constitucional. In: *Congresso Internacional de Direito Público: Justiça e Efetivação dos Direitos Humanos*, 2016. Coimbra, Portugal. Anais (on-line). Disponível: <[https://docs.wixstatic.com/ugd/5f1a38\\_6c73e2e28de947bfab64b7a830bece1d.pdf](https://docs.wixstatic.com/ugd/5f1a38_6c73e2e28de947bfab64b7a830bece1d.pdf)>. Acesso em: 18 set. 2020.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e estado de direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito Da UFSM*. v. 4, n. 1, 2009. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7028/4246>>. Acesso em: 2 set. 2020.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SARLET. Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2014

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16 ed. São Paulo: Malheiros. 1999.

STRECK, Lenio Luiz. A presunção da inocência e a impossibilidade de inversão do ônus da prova em matéria criminal: os Tribunais Estaduais contra o STF. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná*, 2018.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. *Verdade e Consenso: contribuição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. O processo judicial visto pela crítica hermenêutica do Direito. *Revista Brasileira de Direito Processual–RBDPro*, Belo Horizonte, 2017, v. 25, p. 213-228.

\_\_\_\_\_; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. *Revista Brasileira de Políticas*

*Públicas*, v. 5, n. 2, p. 51-61, 2015.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. *Ativismo Judicial e políticas públicas: direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011..

TERRAZAS, Fernanda Vargas. O Poder Judiciário como voz institucional dos pobres: o caso das demandas judiciais de medicamentos. *Revista de Direito Administrativo*, v. 253, p. 79-115, 2010.

TRENTIN, Lorivan Antônio Fontoura. *A Importância do Constitucionalismo na Realização dos Direitos Fundamentais*. Dissertação de Mestrado, UNISINOS, 2003.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. *Revista da Faculdade de Direito, UFPR, Curitiba*, n. 53, p. 139-140, 2011. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30764>>. Acesso em: 8 set. 2020.

VERISSIMO, Marcos Paulo. A Constituição De 1988, Vinte Anos Depois: Suprema Corte E Ativismo Judicial “À Brasileira”. *Revista Direito Gv, São Paulo* 4(2), p. 407-440, jul-dez 2008.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins.

Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo social*, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007.