

FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA

CURSO DE DIREITO

ANA LARA DURÃES SOBRINHO

ATIVISMO JUDICIAL E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

RUBIATABA/GO

2017

ANA LARA DURÃES SOBRINHO

ATIVISMO JUDICIAL E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, pela Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação da professora Mestra Erival de Araújo Lisboa Cesarino.

RUBIATABA/GO

2017

ANA LARA DURÃES SOBRINHO

ATIVISMO JUDICAIL E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, pela Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação da professora Mestra Erival de Araújo Lisboa Cesarino.

MONOGRAFIA APROVADA PELA BANCA EXAMINDORA EM __/__/____

Mestra Erival de Araújo Lisboa Cesarino
Orientadora
Professora da Faculdade Evangélica de Rubiataba

Mestre Danilo Ferraz Nunes da Silva
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

Mestre Vilmar Martins Moura Guarany
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

À Deus, soberano e majestoso, que em sua infinita misericórdia tem me sustentado e me capacitado todos os dias.

AGRADECIMENTOS

À Deus, que nos criou. Seu fôlego de vida em mim me foi sustento e me deu coragem para questionar realidades e propor sempre um novo mundo de possibilidades.

À minha orientadora, que com seu grande conhecimento me possibilitou concluir este trabalho.

À minha família, que sempre me apoiou e amparou.

Ao meus queridos amigos do Secret. Amizade que nasceu no início dessa jornada e que permanecerá após ela.

Enfim, a todos aqueles que sempre estiveram ao meu lado e torceram pelo sucesso deste trabalho, um sincero e verdadeiro Muito Obrigado.

“ Abre a boca a favor do mundo, pelo direito de todos os que se acham desamparados. Abre a boca, julga retamente e faz justiça aos pobres e aos necessitados.”

(Provérbios 31.8-9)

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por objetivo analisar, se a atuação ativista do Supremo Tribunal Federal é um risco a Teoria Separação dos Poderes estabelecida por nossa Constituição. Para tanto, apresenta um estudo doutrinário dialético, onde busca-se compreender, inicialmente, em que constitui o fenômeno do Ativismo Judicial e todas suas nuances. Em seguida, de maneira pormenorizada, analisa a separação dos poderes. Por fim, promove uma análise crítica da atuação do STF à luz dos preceitos constitucionais. Tendo em vista os aspectos demonstrados, a presente pesquisa conclui que o ativismo exercido pela Suprema Corte brasileira afeta o sistema de separação entre os poderes e suas funções, sendo assim um iminente risco à Separação dos Poderes.

Palavras-chave: Constituição; Ativismo Judicial; Separação dos Poderes.

ABSTRACT

This monograph has the objective to analyze if the activist action of the Federal Tribunal Supreme is a risk to the Theory of Separation of Powers established by our Constitution. Therefore, a dialectical doctrinal study is presented, seeking to understand, initially, in what constitutes the phenomenon of Judicial Activism and all its nuances. Then, in details, analyzes the separation of powers. Lastly, promotes a critical analysis of the Federal Tribunal Supreme from the point of view of constitutional precepts. In view of the aspects demonstrated, this research concluded that the activism exercised by the Brazilian Supreme Court affects the system of separation of powers and its functions, thus being an imminent risk to the Separation of Powers.

Keywords: Constitution; Judicial Activism; Separation of Powers

Sumário

| | |
|---|-----------|
| 1. INTRODUÇÃO | 10 |
| 2. ATIVISMO JUDICIAL..... | 13 |
| 2.1 ORIGEM E CONCEITO..... | 13 |
| 2.2 CARACTERÍSTICAS..... | 16 |
| 2.3 CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SUA FORÇA NORMATIVA | 18 |
| 2.4 CONSTITUCIONALISMO E O NEOCONSTITUCIONALISMO | 22 |
| 2.5 JUSNATURALISMO, POSITIVISMO E O PÓS-POSITIVISMO | 26 |
| 2.6 HERMENEUTICA CONSTITUCIONAL | 29 |
| 3 TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES..... | 35 |
| 3.1 SEPARAÇÃO DOS PODERES..... | 35 |
| 3.1.1 INTRODUÇÃO | 35 |
| 3.1.2 PODER SEGUNDO MONTESQUIEU..... | 37 |
| 3.1.3 PODER SEGUNDO LOCKE | 40 |
| 3.1.4 SEPARAÇÃO DOS PODERES NO BRASIL..... | 42 |
| 3.1.5 HARMONIA E INDEPENDÊNCIA ENTRE OS PODERES..... | 43 |
| 3.1.4 SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS | 46 |
| 4. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL | 47 |
| 4.1 A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL | 47 |
| 4.1.1 INTRODUÇÃO | 47 |
| 4.1.2 O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO..... | 48 |
| 4.1.3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL | 51 |
| 4.1.4 ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL | 53 |
| 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS | 61 |
| REFERÊNCIAS..... | 64 |

1. INTRODUÇÃO

O Estado é visto como democrático de direito, logo é um Estado constitucional, que visa assegurar direitos individuais e limitar a ação estatal. Essa abordagem constitucional é o núcleo de valor, a validade formal e material do sistema, exigindo de todos os poderes do Estado um esforço e atuação para a proteção e efetivação destes direitos relacionados à dignidade humana.

Com a nova abordagem da Constituição no sistema jurídico e sua revalorização, o Poder Judiciário ganhou maior campo de atenção e atuação na tomada de decisões de caráter político sobre o rumo da sociedade civil. A constitucionalização exige a efetivação dos direitos fundamentais como meio de garantir a dignidade humana, desponta a omissão e a ineficácia do Estado em cumprir os preceitos constitucionais, cabendo ao Poder Judiciário uma maior proteção e efetivação destes.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 2º estabelece que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Vê-se, portanto que em nosso país se aplica o sistema de Separação dos Poderes, onde o legislador constituinte originário estabeleceu a funções de cada poder, havendo sempre a independência e harmonia entre eles.

A partir daí, a garantia de que um instituto não usurparia a soberania do outro foi estabelecida com a delimitação da área de atuação de cada um, sem que houvesse hegemonia de qualquer deles. O sistema de freios e contrapesos possui a função de harmonizar a relação entre os poderes constituídos e de delimitar a ação de cada um deles.

O ativismo judicial nasce exatamente da ideia de que o judiciário para concretizar valores e direitos estabelecidos constitucionalmente exerce uma ampla e intensa participação nas decisões sociais, resultando, por conseguinte, em maior interferência na atuação dos outros dois Poderes, o que colide com a harmonização do sistema de freios e contrapesos.

A grande questão a ser tratada por este trabalho monográfico é compreender se o aumento da atitude ativista do Poder Judiciário em atuar em questões políticas e interpretar a Constituição expandindo o seu alcance estaria desrespeitando a Separação de Poderes expressa na Constituição. Para isto será analisada a atuação do Supremo Tribunal Federal, que compõe o Poder Judiciário.

Em primeiro momento, se faz necessário compreender o que é ativismo judicial e como ele se caracteriza. A etapa seguinte elabora um estudo do sistema da Separação dos Poderes doutrinariamente conhecido como sistema de freios e contrapesos. Fincada essas bases estruturais, a atuação ativista do STF e suas consequências ao referido sistema passa a ser o foco, através de minudente análise.

O método a ser utilizado nesta pesquisa será o método dialético, onde serão estudadas e analisadas criticamente inúmeras doutrinas, artigos e decisões, explorando as ideais conflitantes e compreendendo as similaridades. Desse modo será possível a contextualização da questão, a fim de que se alcance a conclusão almejada.

2. ATIVISMO JUDICIAL

Muito se tem discutido, recentemente, acerca do ativismo judicial e seus reflexos em nosso país. A intensa participação do Judiciário em aplicar os deveres impostos pela Constituição ao Estado e sua atuação na concretização dos valores e fins constitucionais, tem resultado em uma maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes. Portanto faz-se necessário que neste capítulo inicial compreendamos o que é ativismo judicial.

Para alcançar este entendimento foram feitas análises de inúmeras doutrinas, onde se buscou a visão de cada autor atinente ao assunto. Foi feito também um paralelo entre as perspectivas e os pensamentos de cada um, visando dar melhor clareza ao estudo.

A princípio buscou-se conceber qual a origem e o conceito de ativismo judicial, logo após foram abordadas suas características. Como a Constituição é quem ordena os poderes do Estado, tornou-se imprescindível o estudo da sua força normativa e dos fenômenos do Constitucionalismo, Neoconstitucionalismo, Jusnaturalismo, Positivismo e Pós-Positivismo. A interpretação constitucional é também um dos aspectos presentes no ativismo, assim ao fim deste capítulo discutiu-se a hermenêutica constitucional.

2.1 ORIGEM E CONCEITO

O ativismo judicial é um fenômeno que segundo Barroso (2008), surgiu com a Suprema Corte americana, que em primeiro momento, foi de natureza conservadora. Foi com a atuação ativa da Suprema Corte que se encontrou amparo para a segregação racial e para a invalidação das leis sociais em geral.

Já para Tassinari (2013) o termo ativismo judicial surgiu nos Estados Unidos com a publicação do artigo “The Supreme Court: 1947” na revista americana Fortune. No referido artigo, o jornalista Arthur Schlesinger Jr. traçou o perfil dos nove juízes da Suprema Corte. A análise desenvolvida por ele tinha no ativismo um elemento condicionante, ao reconhecer, com linha divisória entre juízes ativista e os de autolimitação o reflexo de uma tendência liberal ou conservadora na atividade judicial de cada magistrado.

No entendimento de Barroso (2008) o ativismo judicial traduz uma ideia de que o Judiciário, para concretizar valores e direitos estabelecidos constitucionalmente, exerce uma ampla e intensa participação nas decisões sociais, assim, acaba ocorrendo uma maior interferência na atuação dos outros dois Poderes.

Para Dworkin (2002), filósofo do Direito, o ativismo judicial seria um compromisso dos Tribunais com os direitos morais do indivíduo contra o Estado, desenvolvendo os princípios da legalidade e igualdade, assumindo assim uma competência institucional e a sensibilidade necessária para resolver as demandas judiciais atuais.

Dworkin (2002) defende o ativismo judicial com relação aos casos difíceis (hard cases), que seriam aqueles casos onde não há nenhuma regra legislada. Onde o juiz deve interpretar o direito como um todo nos casos difíceis, tendo o dever de tomar suas decisões levando em consideração princípios maiores de igualdade e de dignidade da pessoa humana.

Dworkin (2002, p. 127) elucida que mesmo em casos difíceis o juiz deve exercer o seu papel jurisdicional:

[...] o juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente. [...] uma Constituição de princípios, colocada em prática por juízes independentes, não é antidemocrática. Ao contrário, uma das precondições da democracia legítima encontra-se na exigência de que o governo trate todos os cidadãos como iguais e respeite suas liberdades fundamentais e sua dignidade.

Vê-se que para este autor o Ativismo Judiciário não deve ser uma atuação indiscriminada a todos os casos. Há limites claros à intervenção judicial no espaço político, onde esta só ocorra para solucionar casos para os quais ainda não exista uma regra legislada pelo Parlamento. Nesses casos a interpretação da Constituição ocorre com a estrita finalidade de assegurar que o Estado trate todos os iguais com igual consideração e respeito, por conta de princípio e tutela dos direitos individuais.

Dworkin (2002, p. 231) prossegue esclarecendo a forma diligente que o juiz deve agir frente aos casos difíceis:

Nosso sistema constitucional baseia-se em uma teoria moral específica, a saber, a de que os homens têm direitos morais contra o Estado. As cláusulas difíceis da Bill of Rights, como as cláusulas

do processo legal justo e da igual proteção, devem ser entendida como um apelo a conceitos morais, e não como uma formulação de concepções específicas. Portanto, um tribunal que assume o ônus de aplicar plenamente tais cláusulas como lei deve ser um tribunal ativista, no sentido de que ele deve estar preparado para formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta.

Nesse compasso, para o autor, quando um Tribunal busca aplicar plenamente os direitos e as cláusulas morais estabelecidas pela Lei Maior que o rege, este deve ser um Tribunal ativista, pois ao agir dessa forma deve estar preparado para responder a sociedade sobre questões morais que surgirem.

Marshall (2002, p.37) pontua que “o ativismo jurisdicional é conceituado pela recusa dos Tribunais em manter sua atuação dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício de seus poderes”. Sendo assim, uma atividade jurisdicional que extrapola os limites previamente determinado pela Constituição.

Na lição de Gomes (2016) o ativismo judicial seria a intromissão indevida do Judiciário na função do legislativo, ou seja, quando este cria uma nova norma que não está contemplada nem em lei, tratados ou mesmo na Constituição. Portanto estaria este usurpando a tarefa do legislativo.

Streck (2011, p. 589) ao conceituar ativismo judicial faz uma breve distinção ao conceito de judicialização:

[...] 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 magistrados); 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).

Segundo Streck, o ativismo seria um desvirtuamento da atuação do Judiciário, que a Constituição de 1988 estabelece, passando assim a extrapolar os limites e as restrições que são impostas às suas funções. E a judicialização seria um fenômeno natural comum ao nosso contexto brasileiro, onde há a relação e a colaboração entre os Poderes.

Ressalta Streck (2016) que sendo o ativismo um desvirtuamento da função judiciária, este é ruim para a democracia, pois decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais. Deste modo, esta discricionariedade dos magistrados acaba por gerar uma insegurança jurídica à sociedade.

O que se pôde compreender é que para os autores estudados o ativismo judicial possui sentidos controversos. Enquanto para uns o ativismo é uma interferência nas funções dos demais poderes e uma atitude em que o judiciário extrapola seus limites de atuação, para outros o ativismo é um meio pelo qual o judiciário exerce seu compromisso em defender os direitos do indivíduo.

É necessário, diante da dita controvérsia, analisar as características que compõem este fenômeno, facilitando a compreensão de qual sentido exposto, melhor se aplica ao ativismo brasileiro.

2.2 CARACTERÍSTICAS

Após discorrer sobre a origem e o conceito de ativismo judicial é importante compreender o que e quais ações que o caracterizam. Acerca disto Marshall (2002, p.34) traça as características do ativismo judicial:

- a) Ativismo contra majoritário – relutância dos tribunais em aceitar as decisões dos poderes democraticamente eleitos; fortalecimento da jurisdição constitucional; poder judiciário como legislador negativo;
- b) Ativismo jurisdicional – ampliação dos limites jurisdicionais do poder judiciário; correção, modificação ou complementação de leis e atos administrativos;
- c) Ativismo criativo – utilização da hermenêutica como forma de novos direitos ou afirmação jurídica de direitos morais; hermenêutica concretista e princípio da proibição da proteção insuficiente (Konrad Hesse); fundamentação em conceitos do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo e por fim;
- d) Ativismo remedial – imposição pelo Poder Judiciário de obrigações positivas aos poderes eleitos; determinação de políticas públicas, criação ou remodelação de órgãos, regulamentações legais.

É possível perceber por essa breve abordagem dos conceitos trazidos por Dworkin e Marshall que ambos compreendem o sentido de Ativismo de maneira oposta. Enquanto para um o ativismo é a busca pela plena aplicação dos direitos e cláusulas morais estabelecidas pela Lei Maior, para o outro esta busca extrapola os limites estabelecidos para o exercício regular dos poderes jurisdicionais, respectivamente.

Gomes (2016, p.1) registra que é preciso compreender e distinguir duas espécies de Ativismo Judicial:

Há o ativismo judicial inovador (criação, ex-novo, pelo juiz de uma norma de um direito) e há o ativismo judicial revelador (criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra lacunosa). Neste último caso o juiz chega a inovar o ordenamento jurídico, mas não no sentido de criar uma norma nova, sim, no sentido de complementar o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa.

Assim o juiz, ao agir ativamente, pode exercer uma função inovadora ou reveladora. O magistrado ao inovar estaria produzindo uma nova norma, algo novo. De outra banda, ao revelar, este estaria complementando o sentido de uma norma já existente, trazendo clareza, complemento este fruto da hermenêutica aplicada à norma.

Barroso (2008, p.6) aponta condutas características do ativismo judicial:

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

O autor esclarece que o ativismo judicial exsurge nas seguintes hipóteses: quando um juiz aplica a Constituição a casos que esta não trazem previsão expressa, quando declara a inconstitucionalidade de um ato do Poder Legislativo usando critérios brandos e que violem a Constituição ou quando o judiciário impõe ao Poder Público condutas que seriam de ordem políticas decorridas principalmente pelo retraimento do papel do Poder Legislativo.

Como foi possível compreender por essa breve abordagem sobre a origem, o conceito e as características do ativismo judicial, não há uma uniformidade de entendimento no que tange aos autores estudados. Porém o que há de consenso é que a Constituição é o pressuposto e a norma que estabelece a conduta do Judiciário, assim, será analisado a seguir a força normatizadora da Constituição.

2.3 CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SUA FORÇA NORMATIVA

Como dito anteriormente, é de extrema importância analisar a força normativa da Constituição para que seja acessível o entendimento de que esta é a Lei Maior que rege e estabelece, em específico, a atuação do Judiciário, ficando assim visível a percepção de que o ativismo judicial e a Constituição estão intimamente interligados.

Hesse (2009), constitucionalista alemão, em sua obra *A Força Normativa da Constituição*, refuta as teses defendidas por Lassalle com relação a força normatizadora. Partindo dos argumentos sustentados por ele nessa obra, podemos compreender como se dá a força normativa da Constituição.

Sobre a questão Hesse (2009, p.123) leciona:

Segundo sua tese fundamental, questões constitucionais não são questões jurídicas, mas, sim questões políticas. É que a Constituição de um país expressa as relações de poder nele dominante: Poder militar, representado pelas Forças Armadas; Poder social, representado pelos latifundiários; Poder econômico, representado pela grande indústria e pelo grande capital e finalmente, ainda que não se equipare ao significado dos demais, o Poder intelectual, representado pela consciência.

Prossegue Hesse argumentando contra o pensamento que diz que as questões constitucionais são questões jurídicas e que a Constituição de um país expressa as relações de poder que o dominam, tais como: o poder militar, poder social, poder econômico e poder intelectual. Esses fatores reais de poder formam assim a Constituição Real, ou seja, são esses poderes que regem a sociedade, sendo a Constituição Jurídica apenas um pedaço de papel.

Entende Hesse (2009) que não deve haver essa separação radical entre realidade e norma, entre o ser e o dever, pois uma ênfase numa ou noutra geraria extremos de uma norma despida de realidade ou de uma realidade vazia de qualquer elemento normativo. É mister encontrar um caminho equilibrado, pois uma norma jurídica só terá eficácia se levar em conta as condições da realidade.

Assim Hesse (2009, p.132) esclarece sobre a relação da força normativa da Constituição e a realidade:

[...] a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida.

O autor explica que a Constituição busca se converter em uma força ativa acomodando-se ao presente, sempre levando em conta o princípio da necessidade, ou seja, compreender a necessidade e o valor de uma ordem normativa inquebrável e que proteja o Estado contra o arbítrio destemido e disforme. Deve haver a constante preservação da vontade da Constituição.

Hesse (2009, p.132) prossegue explicitando a necessidade de efetivação da norma para que ela seja dotada de força:

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida e se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, puder identificar a vontade de concretizar essa ordem.

Através do que o autor esclarece podemos compreender que a Constituição adquire força ativa quando o que nela está estabelecido é de fato concretizado, ou seja, quando a conduta do povo por ela regido é orientada pelas disposições que nela estão contidas. Assim a essência e a eficácia da Constituição constituem a sua força ativa, sendo ela seu limite e também seu pressuposto para que se desenvolva sua força normativa.

A incorporação da realidade temporal na Constituição também é abordada por Hesse (2009, p.134):

Tal como acentuado, constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (*geistige Situation*) de seu tempo. Isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral.

Compreende-se então que deve haver um equilíbrio entre a realidade e a norma, porém, a Constituição para possuir sólida força precisa além de considerar os elementos sociais, políticos e econômicos, deve considerar especial o espírito de

seu tempo, ou seja, ela deve corresponder ao presente. Assim sua força terá um desenvolvimento seguro.

A interpretação, segundo Hesse (2009, p.136) também tem um papel importante para esta normatização:

[...] a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). [...] A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. (HESSE, 2009, p. 136)

A interpretação é fundamental para que se concretize a real vontade da Constituição. Quando essa vontade não é alcançada, a força normativa da Constituição acaba por enfraquecer, pois distorce o seu real sentido. Por essa razão o método interpretativo constitucional deve respeitar os próprios limites interpretativos estabelecidos pela norma jurídica.

Hesse (2009) ainda esclarece que havendo mudanças fáticas haverá uma mudança na interpretação da Constituição. Pode ocorrer também uma interpretação construtiva que constitui uma condição fundamental da força constitucional. Porém o autor deixa claro que sempre devem ser respeitados os limites de interpretação constitucional.

Hesse (2009, p.137) ainda esclarece que a interpretação deve buscar a vontade da Constituição:

A Constituição Jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar “a força que reside na natureza das coisas”, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, vontade da Constituição (*Wille zur Verfassung*).

A força normativa, além do que já foi dito, é mais efetiva quando há a consciência de que a Constituição é inviolável, pois assim sempre se buscará em primeiro lugar realizar a sua vontade. Porém, existem limites naturais quando a

ordenação não mais se baseia na natureza singular do presente. Entretanto o autor elucida que quanto mais intensa for a vontade da Constituição menos significativos serão esses limites.

O que o autor conclui é que a Constituição jurídica não é um simples pedaço de papel como Lassalle alegava. Ela não é impotente frente aos poderes presentes na sociedade, pois ela possui pressupostos que asseguram sua força normativa mesmo em meio a conflitos com a realidade. Hesse (2009) registra que “somente quando esses pressupostos não puderem ser satisfeitos, dar-se-á a conversão dos problemas constitucionais, em questões de poder”.

Siqueira Junior (2012), autor constitucionalista, em sua obra *Direito Processual Constitucional* também se dedica a esclarecer sobre a soberania constitucional e seu papel regulador na sociedade, trazendo assim uma melhor compreensão acerca do assunto.

Quanto a isso, Siqueira Junior (2012, p. 36):

A Constituição é a lei fundamental do Estado. A fundamentalidade da norma constitucional é o ponto nuclear de sua definição. “Na verdade a constituição precede o constitucionalismo. Em qualquer Estado, qualquer época, em qualquer lugar, houve e haverá sempre um conjunto de regras fundamentais que respeitem a sua estrutura, atividade e organização. A constituição poderá ser escrita ou não, simples ou complexa, mas será sempre uma ordem jurídica soberana”.

A Constituição é a lei maior do Estado, conforme o autor afirma, ela é fundamental, pois ela o estrutura e o organiza. Após conceber o que Hesse explica acerca da força normativa de que é dotada a Constituição, podemos com maior facilidade compreender a Soberania Constitucional trazida por Junior.

Siqueira Junior (2012) com base na doutrina de Hesse acrescenta que a Constituição é um aglomerado de valores fundamentais da sociedade. É preciso compreender a normatividade de uma Constituição vigente, concreta e historicamente situada.

O autor esclarece que a Constituição é uma norma jurídica e, portanto, não pode estar separada de seu tempo, assim ela deve ser entendida tanto no sentido jurídico com também no sentido político-social. Entende-se ainda que a Constituição seja um pacto entre o soberano e o povo, neste sentido a Constituição é o limite do poder do Estado.

Siqueira Junior (2012, p. 41) ao tratar da importância da Constituição, relembra e reafirma os ensinamentos de Hesse:

Konrad Hesse demonstra o conceito de Constituição afirmando que é esta a ordem fundamental jurídica da coletividade. Ela determina os princípios diretivos, segundo os quais deve formar-se unidade política e tarefas estatais ser exercidas. Ela regula procedimentos de vencimento de conflitos no interior da coletividade. Ela ordena a organização e o procedimento da formação da unidade política e da atividade estatal. Ela cria bases e normaliza traços fundamentais da ordem total jurídica. Em tudo, ela é o plano estrutural fundamental, orientado por determinados princípios de sentido, para a configuração jurídica de uma coletividade.

Assim, para fundamentar o seu entendimento quanto ao significado de Constituição, o autor trás as palavras de Hesse, que estabelece que a Constituição jurídica é a ordem fundamental da sociedade, onde estão estabelecidas a organização e a estrutura estatal, sendo ela orientada por princípios e configurando a ordem jurídica da sociedade.

Com base no conteúdo trazido por esses dois autores, pode-se compreender que a Constituição é a lei fundamental do Estado e regular a conduta da coletividade. Todo corpo social está sob o comando constitucional e é imprescindível que haja uma consciência de que a Constituição é uma norma dotada de força. Emerge daí a tamanha importância do texto Constitucional e também o respeito necessário ao que ele estabelece.

Para se complementar o estudo da Constituição, faz-se necessário o entendimento de dois fenômenos de extrema importância, quais sejam, Constitucionalismo e Neoconstitucionalismo.

2.4 CONSTITUCIONALISMO E O NEOCONSTITUCIONALISMO

O Constitucionalismo e o Neoconstitucionalismo constituem fenômenos extremamente importantes para se compreender o papel da Constituição em nosso ordenamento jurídico e sua influência na vida contemporânea. Analisar-se-á estes fenômenos através dos textos de José Gomes Canotilho, Uadi Lammêgo Bulos, Luís Roberto Barroso e Daniel Sarmento.

Canotilho (1997, p. 45-46) conceitua o constitucionalismo de duas maneiras:

[...] fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentado num tempo longo – desde os fins da Idade Média até ao século XVIII.

Na seguinte definição o autor aborda o constitucionalismo moderno como um movimento histórico que se inseriu no contexto filosófico da era moderna, estando este livre de aspectos valorativos ou mesmo se apropriando de ideologias. Desse modo o constitucionalismo moderno historicamente indaga o domínio social que é exercido pelo poder político, visando propor uma mudança nesta ordenação.

Canotilho (1997, p. 45-46) conceitua o constitucionalismo como sendo:

[...] a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.

O autor enfatiza o constitucionalismo em seu surgimento onde havia um sentido ideológico. Assim o constitucionalismo seria uma teoria que visa à limitação do poder político objetivando-se a uma maior garantia de direitos a sociedade, ou seja, a limitação do poder com o fim garantístico.

Bulos (2015, p. 64) em sua obra Curso de Direito Constitucional conceitua o Constitucionalismo da seguinte forma:

O termo constitucionalismo tem dois sentidos:
Em sentido amplo, significa o fenômeno relacionado ao fato de todo Estado possuir uma Constituição em qualquer época da humanidade, independentemente do regime político adotado ou do perfil jurídico que se lhe pretenda atribuir;

Em sentido estrito, significa a técnica jurídica de tutela das liberdades, surgida nos fins do século XVIII, que possibilitou aos cidadãos o exercício, com base em Constituições escritas, dos seus direitos e garantias fundamentais, sem que o Estado lhes pudesse oprimir pelo uso da força e do arbítrio.

O autor trás a definição do Constitucionalismo sob duas visões, em sentido amplo e estrito. Sendo respectivamente, o fato de que o Estado possui uma Constituição e esta é um meio de garantir direitos aos cidadãos sem que o poder estatal os suprima.

Em essência o que se pode compreender do Constitucionalismo através dos conceitos destes autores é que este é um fenômeno jurídico-político que busca limitar o poder do Estado fixando direitos à população por meio de uma Constituição escrita. Portanto, a Constituição é meio limitador da soberania política sob o povo, pois ela como vimos anteriormente, estrutura e organiza o Estado, ficando , portanto, todo o sistema estatal submetido a ela.

Acerca do neoconstitucionalismo, Barroso (2016, p. 15) expressa:

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

O autor esclarece que o fenômeno do neoconstitucionalismo é fruto de inúmeras modificações no Estado e no Direito Constitucional. Deste modo a evolução do Direito Constitucional gerou uma concentração nas garantias fundamentais gerando a busca por sua efetivação e sua interpretação. De igual maneira fortificou a força normativa da Constituição e expandiu a jurisdição constitucional, ou seja, o dizer o direito que é poder do Estado deve estar totalmente baseado na Constituição.

Sarmiento (2008) esclarece que até a Segunda Guerra Mundial preponderava a centralidade da lei, sendo ela a fonte exclusiva do Direito, ficando as constituições sem sua força normativa, não podendo estas ser invocada para a garantia de direitos. Foi após a Segunda Guerra que houve uma mudança nesta situação, ocorreu o fortalecimento da jurisdição constitucional, sendo estabelecidos mecanismos constitucionais para o resguardo e a garantia dos direitos.

Com tamanha garantia por parte das Constituições dos direitos fundamentais por elas estabelecidos, o Poder Judiciário ganhou grande importância, pois cabia a ele a aplicação e a efetivação destes direitos. Sobre o assunto, acrescenta Sarmiento (2008, p.3):

Neste contexto, cresceu muito a importância política do Poder Judiciário. Com frequência cada vez maior, questões polêmicas e relevantes para a sociedade passaram a ser decididas por magistrados, e, sobretudo por cortes constitucionais, muitas vezes em razão de ações propostas pelo grupo político ou social que fora perdedor na arena legislativa. De poder quase "nulo", mera "boca que pronuncia as palavras da lei", como lhe chamara Montesquieu, o Poder Judiciário se viu alçado a uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado contemporâneo.

Para Sarmiento (2008) o neoconstitucionalismo ampliou a influência das constituições sobre o ordenamento jurídico, surge daí a necessidade de novas técnicas de interpretação constitucional para que se resolvessem conflitos de compreensão da norma constitucional. O judiciário que era a simples boca da lei passa agora a interpretá-la para se alcançar a maior efetividade das garantias fundamentais estabelecidas pelas constituições.

Chegou-se assim ao entendimento de que o constitucionalismo é um fenômeno que estabelece uma Constituição, onde esta visa restringir o poder estatal. Quanto ao neoconstitucionalismo, viu-se que este busca efetivar de maneira mais ativa os direitos gerados pela Constituição.

Outros fenômenos também são importantes para que se possa conceber com clareza o papel da Constituição. Por esta razão o estudo seguinte será direcionado ao Jusnaturalismo, o Positivismo e o Pós-Positivismo.

2.5 JUSNATURALISMO, POSITIVISMO E O PÓS-POSITIVISMO

Compreender os fenômenos do jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo é extremamente importante para que possamos entender toda evolução do entendimento constitucional até o momento atual. Assim, serão analisadas as concepções de Barroso e Kelsen sobre o assunto.

Começemos a entender o que seria o jusnaturalismo através das palavras de Barroso (2006, p. 13):

O termo jusnaturalismo identifica uma das principais correntes filosóficas que tem acompanhado o Direito ao longo dos séculos, fundada na existência de um direito natural. Sua ideia básica consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo. Esse direito natural tem validade em si, legitimada por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal.

Pela concepção do autor o jusnaturalismo é uma corrente filosófica que tem sua origem na cultura grega, onde Platão se referia a justiça inata, universal e necessária. Esta corrente defende a existência de um direito natural, ou seja, uma consciência pré-existente no indivíduo que o permite discernir os valores na sociedade. Referido direito, segundo a corrente, não nasce do direito positivo que emana do Estado, mais seria ele o direito que embasa o direito posto pelo Estado.

Kelsen (1979, p.94) quanto ao jusnaturalismo aduz:

A natureza – a natureza em geral ou a natureza do homem em particular – funciona como autoridade normativa, isto é, como autoridade legiferante. Quem observa os seus preceitos, atua justamente. Estes preceitos, isto é, as normas de conduta justa, são imanentes a natureza. Por isso, elas podem ser deduzidas da natureza através de uma análise, ou seja, podem ser encontradas ou por assim dizer, descobertas na natureza – o que significa que podem ser reconhecidas.

O autor então trás a esta corrente o sentido da natureza, tanto no geral como a humana, sendo esta a real força normativa do homem. Quando o indivíduo regula sua conduta em observância aos preceitos de sua natureza, este age de maneira

justa, pois as regras de justiça estão estabelecidas pela natureza e podem ser facilmente reconhecidas.

Barroso (2006) leciona que ao longo do tempo, com o surgimento do Estado liberal e com as consolidações dos ideais constitucionais em textos escritos onde se fixaram o direito natural e com a primazia da conservação, o direito natural foi superado pela onipotência do direito positivo do século XIX.

Barroso (2006, p.16) demonstra as teses principais que embasavam o positivismo filosófico:

As teses fundamentais do positivismo filosófico, em síntese simplificadora, podem ser assim expressas:

- I- a ciência é o único conhecimento verdadeiro, depurado de indagações teológicas ou metafísicas, que especulam acerca de causas e princípios abstratos, insuscetíveis de demonstração;
- (i) o conhecimento científico é objetivo. Funda-se na distinção entre sujeito e objeto e no método descritivo, para que seja preservado de opiniões, preferência ou preconceitos;
- (ii) o método científico empregado nas ciências naturais, baseados na observação e na experimentação, deve ser estendido a todos os campos de conhecimento, inclusive às ciências sociais.

Prosseguindo a lição, Barroso (2006) esclarece que o positivismo jurídico resulta da importação do positivismo filosófico para o Direito, visando assim a criação uma ciência jurídica. Com a busca por objetividade científica o Direito se distanciou da moral e dos valores transcendentais que eram características do direito natural. Por conseguinte a ciência do Direito deve se fundamentar em juízos de fatos, buscando sempre a realidade e não um juízo de valor, que é a tomada de posição diante da realidade.

O positivismo conteve algumas variações e teve o normativismo de Kelsen como ponto máximo. Barroso (2006, p.17) cita as características essenciais do positivismo:

- (i) a aproximação quase plena entre Direito e norma;
- (ii) a afirmação da estabilidade do Direito: a ordem jurídica é uma e emana do Estado;
- (iii) a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para solução de qualquer caso, inexistindo lacunas;
- (iv) o formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo. Também

aqui se insere o dogma da subsunção, herdado do formalismo alemão.

É claramente visível a imensa diferença entre o positivismo jurídico e o direito natural. Enquanto o direito natural emanava da natureza humana e esta era a fonte normativa que estruturava a conduta do homem, o positivismo tem como fonte do Direito o Estado e como é uma ciência busca seu fundamento em fatos provados.

Barroso (2006) acrescenta que o positivismo tinha o intuito de ser uma teoria do Direito, onde os estudiosos deviam assumir uma atitude de conhecimento, baseada em juízos de fato, pois o Direito tem o anseio de agir sobre a realidade, prescrevendo um dever-se e fazê-lo valer nas situações concretas com o objetivo de transformá-la.

Prossegue Barroso (2006, p.32) evidenciando a evolução do pensamento positivo:

O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondia ao estágio do processo civilizatório e as ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnava o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Neste contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade. O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito. [...] esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente.

O autor elucida que o pós-positivismo surge pela insatisfação com Direito separado da ética. Porém, o intuito não era o retrocesso ao direito natural onde se valorava o direito material e nem permanecer no juspositivismo onde se valorava demasiadamente o direito formal. O pós-positivismo busca então ultrapassar o conhecimento científico convencional, trazendo novamente ao Direito as ideias de justiça, legitimidade, ética, com isso nascem os princípios jurídicos que são de

grande importância para este momento jurídico. Assim os princípios possuem status de norma jurídica.

Compreende-se que o Direito passou por grandes evoluções porquanto anteriormente no jusnaturalismo o Direito emanava da natureza e consciência humana, posteriormente a fonte do Direito passa a ser o Estado no qual busca cientificamente estabelecer as normas. Por fim, o Direito no pós-positivismo gera princípios constitucionais que aproximam-no de um Direito menos científico e mais ético.

O Direito para ser aplicado precisa previamente ser interpretado, o ativismo surge exatamente nesta aplicação. Assim, é fundamental o entendimento da hermenêutica usada na aplicação constitucional, que será analisada em seguida.

2.6 HERMENEUTICA CONSTITUCIONAL

Como dito anteriormente, com o advento do neocostitucionalismo ocorreu a ampliação da influência da Constituição em todo o ordenamento jurídico, com isto surge a necessidade de novas técnicas de interpretação constitucional para que se alcance a real vontade constitucional e se efetive as garantias fundamentais estabelecidas por ela. Faz-se necessário, portanto, compreender como ocorre esta interpretação constitucional.

A interpretação é uma tarefa metódica com o propósito de aplicação da norma jurídica onde o interprete se utiliza de métodos que se complementam para alcançar o seu significado. Com relação à hermenêutica jurídica Barroso (2011, p. 292) diz que “a interpretação jurídica consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos (como princípios implícitos, costumes, precedentes), notadamente para o fim de solucionar problemas”.

Haberle (1997) expressa que se entende como interpretação a atividade que, de maneira consciente e intencional, busca a compreensão e a explicação de um texto ou uma norma, sendo este um conceito delimitado. Pode haver um conceito mais amplo onde cidadão e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública configuram forças produtivas de interpretação, sendo interpretes em sentido lato, atuando como pré-intérpretes.

A hermenêutica jurídica possui elementos tradicionais de interpretação, conforme afirma Barroso (2011) os elementos clássicos da interpretação jurídica são: gramatical, histórico, sistemático e teleológico.

Em suma o autor explica que a interpretação gramatical leva em consideração o que a norma explicita em seu texto. A interpretação sistemática é aquela que conecta as normas, princípios e costumes, tratando a ordem jurídica como um sistema uno e harmônico. A interpretação teleológica busca a finalidade do texto normativo e a interpretação histórica considera os aspectos históricos que vincula o texto.

Barroso (2011) registra que a hermenêutica constitucional é um ramo da hermenêutica jurídica, porém como a Constituição, por sua natureza, utiliza termos amplos e cláusulas gerais são necessárias o uso de critérios particulares para sua interpretação.

Quanto à questão Streck (2005, p.215-216) ensina:

[...] a Constituição passa a ser, em toda a sua substancialidade, o topo hermenêutico que conformará a interpretação jurídica do restante do sistema jurídico. A Constituição é, assim, a materialização da ordem jurídica do contrato social, apontando para a realização da ordem política e social de uma comunidade, colocando à disposição os mecanismo para a concretização do conjunto de objetivos traçados no seu texto normativo deontológico. [...] a partir disso, há de ter claro que princípios valem, regras vigem; os princípios, enquanto valores fundamentais governam a Constituição, o regime e a ordem jurídica.

O autor ressalta que a interpretação conforme a Constituição é um princípio imanente da Constituição, tendo assim a obrigação de todos os textos normativos do sistema estejam interpretados de acordo com ela. A construção da hermenêutica constitucional é de fundamental importância, a partir do pensamento de que a verdade no campo jurídico é uma verdade hermenêutica.

Streck (2005, p.227-228) sobre os processos interpretativos da Constituição, pontua:

Compreendendo que interpretar é compreender e que somente pela compreensão é que é possível interpretar, não se pode falar na existência de uma hermenêutica constitucional autônoma. Admitir a existência de uma hermenêutica constitucional específica seria admitir a existência de uma hermenêutica do direito penal, do direito

processual, etc. O processo de interpretação da Constituição tem, sim, uma série de especificidades e peculiaridades, uma vez que a Constituição – entendida como espaço garantidor das relações democráticas entre o Estado e a Sociedade e como o espaço de mediação ético-política da sociedade – é topos hermenêuticos conformador de todo o processo interpretativo do restante do sistema jurídico. A especificidade de uma hermenêutica constitucional está contida tão-somente no fato de que o texto constitucional (compreendendo nele as regras e os princípios) deve se auto-sustentar, enquanto os demais textos normativos, de cunho infraconstitucional, devem ser interpretados em conformidade com aquele. Como bem diz Ivo Dantas, a interpretação constitucional há de ser feita levando-se em conta o sentido exposto nos princípios fundamentais consagrados na Lei Maior.

Lecionando sobre hermenêutica constitucional Streck (2005) deixa claro que esta não é autônoma, o que a difere da simples hermenêutica jurídica são as suas peculiaridade que se encontram no fato de a Constituição seu uma norma soberana, com uma linguagem ampla e possuir cláusulas gerais, enquanto os textos normativos infraconstitucionais são interpretados em conformidade com o texto constitucional.

Barroso (2003, p.27-28) ensina que a ideia de uma interpretação constitucional não constitui o abandono dos métodos tradicionais de interpretação:

A ideia de uma nova interpretação constitucional liga-se ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização da vontade da Constituição. Não importa em desprezo ou abandono do método clássico – o subjetivo, fundado na aplicação de regras – nem dos elementos tradicionais da hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Ao contrário, continuam eles a desempenhar um papel relevante na busca de sentido das normas e na solução de casos concretos.

Para o autor o processo de interpretação constitucional não se desfaz dos meios clássicos de interpretação mais sim os utiliza juntamente com suas particularidades para obter a melhor solução para o caso concreto. Entretanto resta claro que apenas os métodos clássicos não são suficientes para este fim, pois, muitas das vezes as normas constitucionais não trazem sua interpretação em si mesmo, se tornando necessário outros meios para fazê-la.

Barroso (2003, p.28) continua elucidando as características constitucionais que dificultam a utilização dos métodos clássicos para sua interpretação:

[...] as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido.

Geralmente as normas constitucionais definem apenas um quadro onde existem inúmeras possibilidades de interpretação. Desse modo o interprete levará em consideração o caso concreto e os princípios para que se chegue ao sentido da norma, levando a uma solução ao problema. Percebe-se que nestes casos a norma não traz sua interpretação em si mesma é necessário um trabalho interpretativo para se chegar a ela.

Vale ressaltar antes de continuar a compreensão das normas constitucionais, que os princípios ganham muita força no constitucionalismo contemporâneo. Quanto ao significado de princípio Dworkin (2005) explana que as regras seriam aplicadas segundo um modelo de “tudo ou nada” (All or nothing). Os princípios, de forma distinta das regras, possuiriam uma “dimensão de peso” (dimension of weight), que seria plenamente perceptível quando ficássemos diante de uma colisão entre princípios, em que um princípio que tivesse um peso maior seria sobreposto a outro princípio, sem que o de menor peso perdesse a sua validade.

Após compreender que a grande maioria das normas constitucionais não trazem em si um sentido único, é possível entender o que Barroso (2003, p.28) diz:

A grande virada na interpretação constitucional se deu a partir da difusão de uma constatação que, além de singela, sequer era original: não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e as normas constitucionais em particular – tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que, assim, caberia aos intérpretes uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização.

O autor expressa que com o surgimento da interpretação constitucional não cabe mais a ideia de que o interprete da norma exerce apenas o papel de boca da lei e que não pode desempenhar nenhum papel criativo em sua interpretação. Como vimos esta ideia é um reflexo do positivismo.

Haberle (1997, p.9) preleciona em sua obra:

[...] que a interpretação é um processo aberto, uma vez que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada. Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A ampliação do círculo dos intérpretes é apenas a consequência da necessidade de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido lato compõem a realidade pluralista, uma vez que os magistrados não decidem de forma isolada, pois são influenciados pelos potenciais atores sociais que propiciarão um contato maior com realidade, possibilitando decisões mais razoáveis e justas.

Haberle (1997) defende em sua obra, que a interpretação constitucional deve ser aquela que é feita pelos que vivem a norma, sendo estes a sociedade aberta, mesmo que estes não a façam com a observância de todos os preceitos e processos hermenêuticos. Assim para o autor todo o cidadão tem o direito de interpretar a norma. Vê-se que para o autor é primordial que se conserve a soberania popular também na interpretação constitucional.

Para o autor a multiplicidade de intérpretes aproxima o juiz da realidade, não ficando este apenas atrelado ao processo interpretativo sem que se considere a realidade do caso, assim ocorre a inserção dos reais atores sociais para que se construa a interpretação da norma.

Com referência às peculiaridades da interpretação constitucional Barroso (2003, p.30) preceitua:

A moderna interpretação constitucional envolve escolhas pelo intérprete, bem como a integração subjetiva de princípios, normas abertas e conceitos indeterminados. Boa parte da produção científica da atualidade tem sido dedicada, precisamente, à contenção da discricionariedade judicial, pela demarcação de parâmetros para a ponderação de valores e interesses e pelo dever de demonstração fundamentada da racionalidade e do acerto de suas opções.

O autor chama a atenção para a questão de que devido ao fato de as normas constitucionais possui normas abertas e conceitos indeterminados, o papel do intérprete acaba por se dotar de uma certa subjetividade. Assim é necessária a

fixação de limites à discricionariedade do interprete, através da ponderação de valores e a primazia da vontade da Constituição.

Para Alexy (2005, p. 116) “as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas de sua concretude”, enquanto a ponderação em sentido estrito surge “do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas”. (ALEXY, 2005, p. 118)

Acerca da ponderação, Alexy (2005, p.339-340) acrescenta:

A lei da ponderação mostra que a ponderação deixa-se decompor em três passos. Em um primeiro passo deve ser comprovado o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio. A isso deve seguir em um segundo passo, a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo deve, finalmente, ser comprovado se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não-cumprimento do outro.

Em suma, compreende-se o quão importante é a hermenêutica constitucional para que se alcance a real vontade da Constituição. Para que se chegue a este fim e se adeque a norma a realidade, o interprete deve levar em consideração o caso concreto, os princípios e valores aplicáveis a ele, se valendo da ponderação caso ocorra o conflito de princípios. Nessa esteira haverá a preservação e efetivação dos direitos e garantias estabelecidos pela Constituição.

Ao final deste capítulo pode-se perceber que o ativismo judicial não é um assunto que possui concordância entre os autores, pois é possível perceber uma disparidade na compreensão dos seus efeitos. Viu-se também o quanto as normas constitucionais são dotadas de força normativa e que devem ser efetivadas sendo imperiosa a sua interpretação e aplicação eficaz.

Ante ao problema exposto por este trabalho, viu-se que de maneira imperiosa, o profundo conhecimento acerca do que se entende por Ativismo Judiciário e todos os fenômenos que a ele se relacionam, é extremamente necessário para se alcançar uma resposta consistente.

Entretanto para se chegar a esta conclusão, se o ativismo judicial exercido pelo Judiciário é ou não um risco a Separação dos Poderes, há a necessidade de se conceber o sistema da Separação dos Poderes e suas nuances, sendo este o tema do próximo capítulo.

3 TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

3.1 SEPARAÇÃO DOS PODERES

A grande questão analisada por este trabalho é verificar se o Ativismo é prejudicial à Separação dos Poderes. Assim, este capítulo tem por finalidade compreender em que consiste a Teoria da Separação dos Poderes, visando, por conseguinte, englobar todos os seus aspectos e nuances, para que se torne possível o entendimento de como o Ativismo Judiciário pode afetá-la.

Através do estudo sistemático e dialético das doutrinas e de autores acerca do assunto, torna-se compreensível o que a referida teoria estabelece e da mesma forma, como esta influenciou na estruturação do nosso Estado vindo a ser a teoria adotada.

A priori, faz-se necessário a apresentação de noções introdutórias, quanto à essência da teoria e também sua origem. A posteriori, é imprescindível que se mencione o entendimento do poder na visão dos principais autores da teoria. Neste âmbito, chegar ao entendimento de como se dá a sua aplicação no Brasil, como ocorre a harmonização entre os poderes e em que se fundamenta o sistema de “freios e contrapesos”, é de grande importância para este estudo e para o alcance de sua finalidade.

3.1.1 INTRODUÇÃO

Ao se falar em “Separação dos Poderes” pode-se ter a noção errônea de que existam inúmeros poderes, entretanto o poder do Estado é uno e indivisível, conforme bem esclarece Victor (2015, p. 7) “ Existe sim uma divisão funcional do poder entre órgãos que devem equilibrar-se por um conjunto de razões constitucionais”.

Neste sentido Rocha (1994, p.113) evidencia que:

[...] a ideia de separação dos poderes vincula-se à tentativa de não se permitir o enfeixamento ou a concentração do poder nas mãos de

uma só pessoa ou de um grupo restrito, estabelecendo-se o controle necessário para garantia das liberdades individuais e da democracia.

Entende-se que uma das finalidades desta teoria é proteger as liberdades individuais e a democracia, posto que, a percepção que se tem é que o poder enquanto concentrado em um único indivíduo impossibilita o controle e a guarda dos direitos tidos como fundamentais.

A Separação dos Poderes é uma teoria que expressa e classifica as funções do Estado, visando, por conseguinte estabelecer suas extensões e limites. Assim, compreende-se que a precípua finalidade desta separação é evitar que um Poder se submeta ou se sobrepuja a outro Poder.

Quanto à origem desta teoria, Novelino (2014, p.356) elucida que:

A classificação das funções do Estado foi inicialmente esboçada por Aristóteles no texto intitulado Política. Nos tempos modernos, John Locke foi o primeiro autor a formular uma teoria da separação dos poderes do Estado, apesar de só tê-lo feito entre Legislativo e Executivo, não contemplando o Judiciário.

À vista disto, pode-se conceber que Aristóteles foi, a princípio, quem fez menção à estruturação do Estado, levantando a questão das funções e divisões de poder dentro deste. Posteriormente, Locke formula a teoria da separação dos poderes, entretanto, diferentemente a teoria adotada hoje, este trás a bipartição dos poderes.

Quanto a isto, Victor (2015, p. 8) explica:

[...]Como teórico da bipartição dos poderes, Locke apontava quatro funções fundamentais que seriam exercidas por dois órgãos de poder, quais sejam: a função legislativa – poder legislativo com a principal função do parlamento que era o financeiro, caso que a primeira função do parlamento não foi legislar, mas sim financeira, a função executiva poder executivo a qual caberia a execução das leis na sociedade, sendo dividida em função federativa e a função prerrogativa. Não fazendo menção ao Judiciário.

Assim, vê-se que na teoria elaborada por Locke, estão presentes a função executiva e legislativa do Estado, se excluindo desta forma a função judiciária. Neste norte, a tripartição dos poderes que é a base da Teoria da Separação dos Poderes nas com a obra Espírito das Leis de Montesquieu.

Victor (2015, p.9), quanto a tripartição de Montesquieu, esclarece:

Montesquieu dividiu os poderes do Estado em três, a saber: Legislativo, Executivo e Judiciário, ou seja, para ele, havia uma tripartição de poderes. O poder legislativo teria a função de elaborar as leis, o executivo exercendo a função de administrar e o Judiciário de punir crimes e julgar as demandas particulares. [...] O sistema de separação dos poderes é o sistema utilizado nas constituições modernas para superar o absolutismo, para limitar o poder estatal.

Ante a isto, entende-se que nasce de Montesquieu a forma e a estrutura da atual Teoria da Separação dos Poderes, onde há clara distinção das funções de cada poder, sendo estes independentes entre si. A divisão de funções, conforme retro mencionado, visa a facilitação do controle estatal e, por conseguinte, a maior proteção dos direitos individuais.

3.1.2 PODER SEGUNDO MONTESQUIEU

Se reconhece que Montesquieu não foi o primeiro filósofo a tratar da separação entre os poderes, porém, foi ele quem a sistematizou e tornou sua Teoria da Separação dos Poderes um dos fundamentos de inúmeros Estados.

Montesquieu (2000, p.19) em sua obra *O Espírito das Leis* trata sobre as formas de governo, autoridade política e a tripartição dos poderes. Expõe também sobre a distribuição, a limitação e o controle político do Estado. O autor igualmente discorre a cerca dos três diferentes tipos de governo existente, vejamos:

Existem três espécies de governo: o REPUBLICANO, o MONÁRQUICO e o DESPÓTICO. Para descobrir sua natureza, basta a ideia que os homens menos instruídos têm deles. Suponho três definições, ou melhor, três fatos: "o governo republicano é aquele no qual o povo em seu conjunto, ou apenas uma parte do povo, possui o poder soberano; o monárquico, aquele onde um só governa, mas através de leis fixas e estabelecidas; ao passo que, no despótico, um só, sem lei e sem regra, impõe tudo por força de sua vontade e de seus caprichos". Eis o que denomino a natureza de cada governo. Precisamos ver quais são as leis que provêm diretamente desta natureza e, conseqüentemente, são as primeiras leis fundamentais.

O autor estabelece a relação das leis com os tipos de governo, o que pode-se notar é que a Monarquia e a República recorrem às leis para exercer o seu governo, diferentemente do que ocorre no governo Despótico onde seu governo é exercido com a arbitrariedade, pois todo o poder é exercido por um único homem.

Montesquieu (2000) também aborda o princípio do governo distinguindo-o da natureza do governo. A natureza do governo é o que o faz ser como é, e o seu princípio é o que o faz agir. Sendo assim, a natureza é sua estrutura particular, enquanto o seu princípio seria a paixão humana que faz o governo mover-se.

Montesquieu (2000, p.167-168) após relatar sobre as leis que constitui o governo, sua natureza e seus princípios, trata sobre a teoria tripartite:

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que emendem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado.

Pode-se compreender, deste modo, o que seria a tripartição dos poderes para Montesquieu, sendo a separação do poder em três esferas, sendo uma para criar as leis, outra que comanda do Estado através das leis criadas e a outra para julgar os conflitos entre os particulares também com base nas leis.

Montesquieu (2000, p.168) expressa o perigo de essas três esferas de poder estar concentradas em uma única pessoa:

A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três

poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.

Vê-se que haveria, portanto, um grande perigo à liberdade da sociedade ao se reunir na mesma pessoa a função de legislar, executar e julgar, pois este poderia, legislar, executar e julgar com tirania e opressão. Daí surge a preocupação do autor em haver a limitação do poder distribuindo as funções para pessoas ou conjunto de pessoas distintos.

Montesquieu (2000, p.170-171), neste mesmo sentido, relata a necessidade do povo eleger seus representantes:

Como, em um Estado livre, todo homem que supostamente tem uma alma livre deve ser governado por si mesmo, seria necessário que o povo em conjunto tivesse o poder legislativo. Mas, como isto é impossível nos grandes Estados e sujeito a muitos inconvenientes nos pequenos, é preciso que o povo faça através de seus representantes tudo o que não pode fazer por si mesma. Conhecemos muito melhor as necessidades de nossa cidade do que as das outras cidades, e julgamos melhor a capacidade de nossos vizinhos do que a de nossos outros, compatriotas. Logo, em geral não se devem tirar os membros do corpo legislativo do corpo da nação, mas convém que, em cada lugar principal, os habitantes escolham um representante para si. A grande vantagem dos representantes é que eles são capazes de discutir os assuntos. O povo não é nem um pouco capaz disto, o que constitui um dos grandes inconvenientes da democracia.

Para o corpo legislativo, Montesquieu (2000) estabelece que o povo deve escolher os seus representantes, para que eles possam agir de acordo com as necessidades da sociedade. Assim, o fazem por possuir mais capacidade de discussão e execução das leis do que se necessitasse da participação de todo o povo.

Quanto ao poder executivo, Montesquieu (2000, p.172-173) leciona que:

O poder executivo deve estar entre as mãos de um monarca, porque esta parte do governo, que precisa quase sempre de uma ação instantânea, é mais bem administrada por um do que por vários; ao passo que o que depende do poder legislativo é com frequência mais bem ordenado por muitos do que por um só. Pois, se não houvesse monarca e o poder executivo fosse confiado a um certo número de

pessoas tiradas do corpo legislativo, não haveria mais liberdade, porque os dois poderes estariam unidos, participando as mesmas pessoas, por vezes, e podendo sempre participar de um e de outro.

Com relação ao poder executivo Montesquieu afirma que este deve estar na mão de apenas uma pessoa, por se tratar de um exercício de ações instantâneas, assim sua administração se dá melhor quando exercida apenas por uma pessoa. O autor ressalta novamente o perigo de o executivo e o legislativo se estabelecerem em uma mesma pessoa, expressando assim a necessidade de haver a sua separação.

Montesquieu (2000, p.190) diz que “o poder de julgar foi dado ao povo, ao senado, aos magistrados, a certos juízes”. Com base em toda a obra do autor vê-se a preocupação com a liberdade do povo e para isto deve, portanto, haver a separação entre as esferas de poder.

Tendo em vista os aspectos observados, tem-se que para o autor o poder é fonte de liberdade, desde que, este esteja dividido em funções e indivíduos distintos. Pois, se o contrário for estabelecido e em apenas um indivíduo se concentrar todas as funções do Estado, a opressão e a tirania se encontrariam bem presentes, restando distante a liberdade e os direitos do povo.

Para se compreender de maneira ampla e concisa a Separação dos Poderes, faz-se indispensável a análise do que é poder para outro grande influenciador desta teoria, John Locke.

3.1.3 PODER SEGUNDO LOCKE

O poder é o fundamento essencial da Teoria da Separação dos Poderes. Como visto anteriormente Montesquieu trás em sua concepção de poder sua característica principal, qual seja, a proteção da liberdade e do direito da sociedade. Quanto ao poder e suas nuances Locke expressa seu entendimento em sua obra Segundo Tratado do Governo Civil.

A cerca da distinção entre os poderes Locke (1994, p.74-75) elucida:

O poder legislativo é aquele que tem competência para prescrever segundo que procedimentos a força da comunidade civil deve ser empregada para preservar a comunidade e seus membros. Mas como as leis que são feitas num instante e um tempo muito breve

permanecem em vigor de maneira permanente e durável e é indispensável que se assegure sua execução sem descontinuidade, ou pelo menos que ela esteja pronta para ser executada, é necessário que haja um poder que tenha uma existência contínua e que garanta a execução das leis à medida em que são feitas e durante o tempo em que permanecerem em vigor. Por isso, frequentemente o poder legislativo e o executivo ficam separados. [...] 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. [...] Locke reconhece um terceiro poder, além do legislativo e do executivo, mas este, que ele chama de federativo, está ligado à “guerra e à paz, a ligas e alianças”, e à política externa em geral. Embora ele encare este poder federativo como distinto, observa que na prática ele está em geral nas mãos do executivo. Ele não distingue o judiciário, e parece considerá-lo parte do executivo.

Para o autor o poder legislativo é aquele que faz as leis visando estabelecer e estruturar como se procederá a força da comunidade civil para que se preserve a comunidade. E o poder executivo é quem executa essas diretrizes estabelecidas pelo legislativo. Quanto ao poder judiciário, Locke o denomina como um poder federativo que está ligado à guerra e à paz, sendo para ele, portanto, o judiciário parte integrante do poder executivo.

Kelsen (1998, p.365) também se pronuncia sobre o assunto:

Na verdade, uma dicotomia é a base da costumeira tricotomia. A função legislativa opõe-se tanto a função executiva quanto a judiciária, sendo que estas duas últimas estão, obviamente, relacionadas de modo mais íntimo entre si do que com a primeira. A legislação (*legis latio* do Direito romano) é a criação de leis (*leges*). Se falarmos de “execução”, devemos perguntar o que é executado. Não há nenhuma outra resposta que não a afirmação de que são executadas as normas gerais, a constituição e as leis criadas pelo poder legislativo. A execução de leis, porém, também, é a função do chamado poder judiciário. Esse poder não é distinguível do poder “executivo” pelo fato de que apenas os órgãos deste “executam” normas. Neste aspecto, a função de ambos é realmente a mesma. As normas jurídicas gerais são executadas tanto pelo poder executivo quanto pelo judiciário; a diferença é, simplesmente, que, num caso, a execução das normas gerais é confiada aos tribunais e, no outro, aos chamados órgãos executivos ou administrativos.

Para Locke (1994), assim como para Kelsen (1998) o judiciário e o executivo possuem a mesma função, qual seja, a de executar as normas jurídicas que emanam do poder legislativo. Ficando o judiciário com a execução das normas em tribunais e o executivo as executam em seus órgãos administrativos.

O que se pode extrair do entendimento de Locke, consubstanciado ao entendimento de Kelsen, é que o poder na Separação dos Poderes, na realidade se dá pela bipartição, sendo de maneira objetiva, uma ideia contrária ao entendimento previamente estudado de Montesquieu.

Ante a todas perspectivas estudadas, torna-se imprescindível a compreensão de como é feita a aplicação da teoria da tripartição dos poderes no Brasil. Como viu-se anteriormente, esta teoria foi estruturada por Montesquieu na qual divide o poder do Estado em três esferas sendo assim o Legislativo, Executivo e Judiciário.

3.1.4 SEPARAÇÃO DOS PODERES NO BRASIL

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 2º estabelece que os poderes da União são independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. A teoria tripartite é adotada pelo Brasil como se vê na transcrição do artigo. Outra característica da tripartição dos poderes é dada pelo art.60 da CF/88 (BRASIL, 1998) que consagra a tripartição dos poderes como sendo uma cláusula pétrea ao estabelecer que a separação dos poderes não poderá ser objeto de análise ou decisão que vise abolí-la.

Quanto a isto, Silva (2004, p.109) discorre:

Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em colaboração de poderes, que é característica do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da independência orgânica e harmonia dos poderes.

O autor expõe que, hoje a teoria tripartite que se aplica ao nosso país, que tem como sistema de governo o presidencialismo, não é tão rígida quanto no passado, pois os poderes são separados, mas possuem independência e harmonia entre si como a própria Constituição estabelece.

Como viu-se anteriormente, Montesquieu pregava que para que houvesse estabilidade em uma República era necessário um sistema em que ocorresse formas de um poder controlar o outro para que nenhum deles governe de maneira arbitrária, visando em primeira instancia, impedir abusos.

Assim, a teoria adotada pela Constituição da República Federativa do Brasil propõe-se a dividir e harmonizar os poderes estruturantes do Estado.

Como se estabelece expressamente na Constituição da República Federativa do Brasil (1988), tem-se o Poder Legislativo que é representado pelo Congresso Nacional, composto pela Câmara dos Deputados e o Senado Federal. O Poder Executivo, de estrutura monocrática, que é exercido pelo Presidente da República e o Poder Judiciário, sendo este de estrutura complexa, representado por diversos órgãos.

É de extrema necessidade ao estudar esta teoria, compreender que ao acolhê-la a CRFB/88 estabeleceu que os poderes devem exercer suas funções de maneira independente e harmônica, como bem ensina Silva (2004,p.100):

A independência e a harmonia assinalam a inexistência de hierarquia ou subordinação entre os Poderes. São aspectos que sempre andam juntos, mas que não podem ser considerados sinônimos.

Assim, têm-se que a independência e a harmonia dos poderes explicita a não subordinação e também a não hierarquia entre eles. Faz-se necessário, com isto, compreender de maneira pormenorizada a harmonia e a independência estabelecida em nossa Carta Magna.

3.1.5 HARMONIA E INDEPENDÊNCIA ENTRE OS PODERES

A harmonia e independência são características essenciais à funções exercidas pelos diferentes poderes do Estados, como bem elucida a Constituição da

República Federativa do Brasil em seu artigo 2º. Compreender o que efetivamente significa a ação independente e harmônica dos poderes é indispensável ao entendimento prático da Teoria de Montesquieu.

O que seria esta independência entre os poderes? Silva (2004, p. 110) descreve a independência da seguinte forma:

A independência dos poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num órgão do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais; assim é que cabe ao Presidente da República prover e extinguir cargos públicos da Administração federal, bem como exonerar ou demitir seus ocupantes, enquanto é da competência do Congresso Nacional ou dos Tribunais prover os cargos dos respectivos serviços administrativos, exonerar ou demitir seus ocupantes; às Câmaras do Congresso e aos Tribunais compete elaborar os respectivos regimentos internos, em que se consubstanciam as regras de seu funcionamento, sua organização, direção e polícia, ao passo que o Chefe do Executivo incumbe a organização da Administração Pública, estabelecer seus regimentos e regulamentos. Agora, a independência e autonomia do Poder Judiciário se tornaram ainda mais pronunciadas, pois passou para a sua competência também a nomeação dos juízes e tomar outras providências referentes à sua estrutura e funcionamento, inclusive em matéria orçamentária.

Compreende-se que a independência se caracteriza pela autonomia, ou seja, uma esfera de poder independe da vontade de outra esfera para realizar ou efetivar suas atividades. Assim cada poder exerce suas funções, estabelecidas pela Lei Maior e leis especiais, com liberdade e independência.

Quanto à harmonia Silva (2004, p.110) leciona:

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem a sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o demandado de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.

A harmonia entre os poderes determina que deve-se buscar um equilíbrio entre as funções para que seja alcançado o bem para a coletividade. Assim a independência e a separação dos poderes não são ilimitadas, pois pode ocorrer a limitação para que haja equilíbrio.

Neste mesmo sentido, Wiegerinck (2005, p. 1) instrui:

Nessas teorias repousam os pilares da independência dos Poderes – cada um deles possui competências típicas e originárias. Nesse sentido, precisam atuar em harmonia em razão de objetivarem o bem-estar social. Tal estrutura do Poder visa à construção de um Estado ajustado às necessidades do povo, que possa agir de modo eficiente e rápido em contextos emergenciais, apesar de atuar com cautela durante transformações político-econômicas.

A harmonização e independência dos poderes nada mais são, do que a busca por um Estado efetivo e garantidor, onde ambos os poderes trabalhem objetivando cumprir as garantias e direitos individuais, garantidos pela própria Constituição.

Wiegerinck (2005, p.1) conclui seu entendimento acerca da harmonia e independência dos poderes, de maneira simples e didática :

E trabalhar em harmonia não significa trabalhar isoladamente, ou mantendo a boa vizinhança porque “silenciosa e não perturba com seus problemas.” Trabalhar em harmonia é muito mais do que tolerar. Tolerar é conviver sem concordar e sem colaborar. Trabalhar em harmonia é interagir, colaborar, ter paciência com as dificuldades alheias e auxiliar quando possível. Trabalhar em harmonia, enfim, não é invadir competência, mas cooperar para que cada qual exerça a sua com independência e acima de tudo, excelência.

Vê-se que a CRFB/88 ao estabelecer harmonia e independência entre poderes, esta não visa acentuar a separação entre os poderes, tornando esta separação absoluta. Pelo contrário, é estabelecido exatamente a cooperação entre os poderes, priorizando o exercício efetivo da função de cada um.

É imprescindível mencionar que, a Teoria da Tripartição dos Poderes ao vislumbrar a independência entre os poderes, estabelece ao mesmo tempo, que há a necessidade de que haja algum tipo de controle da atuação deles, afim de que não ocorram atos centralizados por parte de algum Poder. Ante a esta

necessidade, surge o sistema de freios e contrapesos, estabelecido pelo próprio Montesquieu (2000), que será objeto de estudo do subtítulo seguinte.

3.1.4 SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS

Quanto ao equilíbrio entre os poderes, faz-se necessário mencionar sobre o sistema de freios e contrapesos (*check and balances*) que Montesquieu (2000, p.173) explicita em sua obra:

Existem sempre num Estado pessoas eminentes pelo nascimento, pelas riquezas ou pelas honras. Se elas ficassem confundidas entre o Povo, e não tivessem senão um voto como os outros, a liberdade comum seria a sua escravidão, e elas não teriam interesse em defender a liberdade, porquanto a maioria seria contra elas. A participação dessas pessoas na Legislação deve pois estar proporcionada às demais vantagens que têm no Estado. Ora, isto se dará se elas formarem um corpo com direito de frear as iniciativas do Povo, assim como o Povo terá o direito de frear as delas.

Montesquieu (2000) então reforça a necessidade de haver freios nas ações dos poderes feitos por eles mesmos para que não ocorram arbitrariedades que vá de encontro com a finalidade de proteger e garantir os direitos da sociedade.

Moraes (2014, p. 188) bem elucida:

A Constituição, ao determinar que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são Poderes da República, independentes e harmônicos, adotou a doutrina constitucional norte americana do *check and balances*, pois ao mesmo tempo que previu diversas e diferentes funções estatais para cada um dos Poderes, garantindo-lhes prerrogativas para o bom exercício delas, estabeleceu um sistema complexo de freios e contrapesos para harmonizá-los em prol da sociedade. Assim, poderá o Poder Legislativo sustar a excecutoriedade de lei delegada editada pelo Chefe do Poder Executivo que exorbite os limites constitucionais (CF, art. 49, V); o Senado Federal processará e julgará o Presidente da República e os Ministros do Supremo Tribunal Federal em crimes de responsabilidade (CF, art. 52, I e II) e igualmente deverá aprovar por maioria absoluta de seus membros a indicação presidencial para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 52, III). Todos esses instrumentos encontram-se previstos no sistema de freios e contrapesos constitucionais, visando impedir o arbítrio estatal.

Deste modo, é possível assimilar que, deve ao mesmo tempo, existir divisão das funções do Estado, bem como a independência deste, sem que haja a prevalência de um Poder sobre o outro. Porém, deve haver a possibilidade de interferência de um no outro com o devido controle e a vigilância recíproca. Assim, vê-se quão importante se faz a independência e a harmonia entre os Poderes.

Portanto, a Separação dos Poderes sistematizada e estruturada por Montesquieu é a teoria acolhida pela CRFB/88. Desta forma, pode-se compreender após seu estudo, que as finalidades desta teoria se encontram em impedir que todo o poder do Estado se concentre em apenas um indivíduo, resultando em decisões arbitrárias e que vá de encontro com as garantias e direitos do povo.

A divisão de funções deve, por conseguinte, resultar na harmonia e independência dos poderes, onde exista cooperação, para que se alcance a maior eficácia de sua atuação. O controle exercido reciprocamente entre os poderes é também um meio de alcançar esta eficácia.

Compreender como se dá a atuação dos poderes e como estes se relacionam entre si, de maneira harmônica e independente, é de suma importância, para que se chegue a definitiva percepção de como o fenômeno do Ativismo Judiciário pode interferir nesta estrutura

Entretanto, é preciso que se analise de maneira objetiva e profunda, como se dá a atuação ativista do Supremo Tribunal Federal, que será o tema do próximo capítulo. E que após esta análise, seja possível responder se esta atuação é prejudicial a Separação dos Poderes, que a teoria acolhida pela CRFB/88, com visto anteriormente.

4. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4.1 A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4.1.1 INTRODUÇÃO

No presente capítulo, busca-se compreender de maneira pormenorizada a Suprema Corte brasileira, abordando sua constituição, suas competências e sua

atuação no tocante ao Ativismo Judicial. Por meio do estudo de grandes autores e da ponderação entre suas teorias e ideias, torna-se plausível a compreensão e a análise da atuação do Supremo Tribunal Federal.

Neste cerne, é imperioso que se analise a princípio como ocorre a proteção da Constituição e também em que consiste a Jurisdição Constitucional. Para que assim, se torne acessível a análise da atuação do STF e se o fenômeno do Ativismo Judicial influi no âmbito da Suprema Corte.

4.1.2 O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO

Como anteriormente estudado, a Constituição de um país é uma força dotada de normatividade, sendo ela a lei fundamental do Estado. Diante de tamanha importância, faz-se necessário a criação de um órgão que vise a proteção desta supremacia. Assim é fundamental a existência de um guardião da Constituição.

Quem deve ser o guardião da Constituição? Essa pergunta foi enfoque de grande controvérsia entre Kelsen (2003) e Schmitt (2007). Enquanto que para Kelsen o protetor da Constituição deve ser um Tribunal Constitucional, para Schmitt esta proteção deve ser exercida pelo Chefe de Estado.

Neste sentido, Kelsen (2003,p.240) leciona:

[...] o fato de que, caso se deva mesmo criar uma instituição através da qual seja controlada a conformidade à Constituição de certos atos do Estado-particularmente do Parlamento e do governo-, tal controle deve ser confiado a um dos órgãos cujos atos não devem ser controlados. A função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Garantia da Constituição significa a segurança de que tais limites não serão ultrapassados.

Para o autor, o controle e a proteção dos preceitos constitucionais, devem ser exercidos por um órgão independente e que não seja objeto de controle dos demais. Pois a Constituição estabelece limites ao exercício do poder, sendo necessário, por conseguinte, que se assegure a não violação deste.

Por outro lado, Schmitt (2007,p.234) estabelece como guardião da Constituição o presidente do Reich:

O fato de o presidente do Reich ser o guardião da Constituição corresponde, porém, apenas também ao princípio democrático, sobre o qual se baseia a Constituição de Weimar. O presidente do Reich é eleito pela totalidade do povo alemão e seus poderes políticos perante as instâncias legislativas (especialmente dissolução do parlamento do Reich e instituição de um plebiscito) são, pela natureza dos fatos, apenas um "apelo ao povo". Por tomar o presidente do Reich o centro de um sistema de instituições e poderes plebiscitários, assim como político-partidariamente neutro, a vigente Constituição do Reich procura formar, justamente a partir dos princípios democráticos, um contrapeso para o pluralismo dos grupos sociais e econômicos de poder e defender a unidade do povo como uma totalidade política. Talvez se possa duvidar de que, com o tempo, será possível privar a posição do presidente do Reich do funcionamento político-partidário e mantê-la em uma objetividade e neutralidade imparciais, determinadas a partir da totalidade estatal.

Para Schmitt (2007), o presidente do Reich é o único legitimado para exercer a efetiva guarda da Constituição. Pois este foi eleito pelo povo e se encontra no centro do poder, sendo um político neutro, devendo defender a unidade do seu povo.

Schmitt (2007, p.32) em sua teoria nega o papel de guardião da Constituição aos Tribunais:

Assim, guardiões da Constituição não são todas as posições e pessoas que, ocasionalmente pela não aplicação de leis anticonstitucionais ou pela não obediência a disposições anticonstitucionais, possam contribuir para que a Constituição seja respeitada e não seja violado um interesse protegido constitucionalmente. Essa é a ponderação sistemática que justifica não considerar os tribunais, mesmo quando exercerem o direito de exame judicial acessório e difuso, como guardiões da Constituição.

Entretanto, Kelsen (2003, p.141-142) rebate duramente esta visão:

[...] para tomar possível a noção de que justamente o governo — e apenas ele — seria o natural guardião da Constituição, é preciso encobrir o caráter de sua função. Para tanto serve a conhecida doutrina: o monarca é — exclusivamente ou não — uma terceira instância, objetiva, situada acima do antagonismo detentor de um poder neutro. Apenas sob esse pressuposto parece justificar-se a tese de que caberia a ele, e apenas a ele, cuidar que o exercício do poder não ultrapasse os limites estabelecidos na Constituição. Trata-se de uma ficção de notável audácia, se pensarmos que no arsenal do constitucionalismo desfila também outra doutrina segundo a qual o monarca seria de fato o único, porque supremo, órgão do exercício

do poder estatal, sendo também, particularmente, detentor do poder legislativo: do monarca, não do parlamentos, proviria a ordem para a lei, a representação popular apenas participaria da definição do conteúdo da lei. Como poderia o monarca, detentor de grande parcela ou mesmo de todo o poder do Estado, ser instância neutra em relação ao exercício de tal poder, e a única com vocação para o controle de sua constitucionalidade?

Kelsen (2003), expressa a impossibilidade de o governo ser o guardião constitucional, pois afirmar esta teoria seria não compreender as peculiaridades de sua função. Explicita ainda, que sendo o governo detentor de grande parte do poder do Estado, este não possui neutralidade diante deste mesmo poder.

A Constituição brasileira, através do poder constituinte originário, adotou a visão kelsiana ao estabelecer o Supremo Tribunal Federal como órgão competente para exercer o controle concentrado de constitucionalidade e proteger a supremacia constitucional.

A Constituição da República Federativa do Brasil dotou de grande importância o Supremo Tribunal Federal, conforme bem explicita Siqueira Junior (2012, p.436):

O Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição. A supremacia da Constituição em face da lei coloca o órgão incumbido da jurisdição constitucional em um papel importante no sistema democrático. O Tribunal Constitucional atua como legislador negativo, com a função de eliminar do sistema jurídico as normas inválidas, ou seja, incompatíveis com o texto constitucional.

O STF faz parte do Poder Judiciário e lhe compete precipuamente ser o guardião da Constituição conforme estabelece o art. 102 da CRFB/88 (Brasil). Esse poder se exterioriza, com a ação do tribunal de eliminar leis e normas que se encontrem em discordância com a norma constitucional, preservando assim sua supremacia.

Quanto as funções da Suprema Corte, Bulos (2015,p.1310) explicita:

Incumbem-lhe, preponderadamente, as seguintes missões: fiscalizar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos; emitir a última palavra nas questões submetidas ao seu veredito; primar pela regularidade do Estado Democrático de Direito, garantindo a separação dos Poderes; e defender a supremacia das liberdades públicas, dos direitos fundamentais, em face dos Poderes do Estado.

Percebe-se que a Corte Constitucional, ao exercer todas as suas funções, está em busca de resguardar a Carta Magna, visando garantir a ordem pública e a supremacia constitucional, uma vez que a Constituição é a Lei Maior, tendo uma hierarquia superior às demais leis.

Vê-se que é imprescindível a existência de um guardião constitucional, para que ante a arbitrariedade haja a proteção da Lei maior. Dessa forma, a atuação constitucional se exercerá de maneira efetiva através da Jurisdição Constitucional, é que um importante aspecto do constitucionalismo moderno. A Compreensão da Jurisdição Constitucional será objeto de estudo do próximo tópico.

4.1.3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Como se viu no primeiro capítulo, com o constitucionalismo houve uma ampliação da influência da Constituição sobre todo ordenamento e decisão jurídica, nasce assim a jurisdição constitucional que tem por finalidade dizer o direito atrás das normas constitucionais.

O STF, portanto, busca verificar e garantir a soberania da Constituição. Kelsen (2003, p.150) em sua obra sobre a Jurisdição Constitucional leciona:

Portanto não é com o próprio Parlamento que podemos contar para efetuar sua subordinação à Constituição. É um órgão diferente dele, independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarregado da anulação de seus atos inconstitucionais, isto é, uma jurisdição ou um tribunal constitucional.

Kelsen (2003) defende que o poder legislativo, que é quem cria o direito, não pode ele mesmo verificar se seus atos estão ou não de acordo com a Constituição. Assim faz-se necessário que a defesa da constitucionalidade seja feita por um órgão diferente e independente, o que no nosso país é exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

O autor exclama que o órgão responsável por esta ação exerce o controle de constitucionalidade, que tem por objeto leis que tenham sua inconstitucionalidade

alegada, assim através da jurisdição constitucional ocorre o controle de constitucionalidade.

Quanto a isso Siqueira Junior (2012, p.33) leciona:

A jurisdição constitucional é um meio de controle. É um instrumento de controle político, visto que sua existência contribui para o aprimoramento da democracia. O desenvolvimento da democracia alia-se à ideia de controle. A jurisdição constitucional é um aspecto da democracia que pressupõe a existência de controle.

No que se refere ao controle de constitucionalidade, Siqueira Junior (2012, p.178) explica a sua importância para se garantir os direitos da sociedade:

O controle de constitucionalidade, como instituto de direito processual constitucional, é um instrumento necessário no Estado de Direito, na medida em que é o meio adequado para garantir os preceitos estabelecidos na Carta Magna de 1988. A existência de um documento escrito que traz em seu bojo a organização política de um Estado Democrático não é suficiente para a existência desse Estado. Faz-se necessária a previsão de institutos asseguradores, ante a ofensa da Constituição pelos detentores do Poder Político.

Siqueira Junior (2012, p. 180) elucida que “o controle de constitucionalidade surge a partir da existência de um sistema jurídico complexo e hierarquizado, que possua uma Constituição rígida e superior sobre todo o ordenamento jurídico”.

Bulos (2005, p.201) em sua doutrina esclarece sobre os tipos de controle de constitucionalidade existente no Brasil:

Controle jurisdicional concentrado = exercido pelo Supremo Tribunal Federal, fiscaliza a inconstitucionalidade das leis e atos normativos federais e estaduais na via de ação. Trata-se de um controle abstrato, instaurado por provocação dos agentes, órgãos e entidade previstos no art. 103 da Lei Maior. Também pode ser acionado o controle abstrato de leis ou atos normativos estaduais ou municipais perante os Tribunais de Justiça dos Estados, em face das constituições estaduais (CF, art. 125, §2º).

Controle jurisdicional difuso = realizado por juízes e tribunais, nos processos de sua competência (CF, art. 97). O Supremo Tribunal Federal também o pratica em sede de recurso extraordinário (art. 102, III, a, b e c) e de recurso ordinário ou quando aprecia a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos que se tenham fundado em decisões recorridas (art. 102, II). O Superior Tribunal de Justiça exercita o controle incidental via recurso especial (art,105, III, a, b e c).

Siqueira Junior (2012) explica que tanto o controle concentrado quanto o controle difuso são espécies de controle repressivo. Onde respectivamente, é apreciado, em tese, como objeto principal da ação, enquanto o outro ocorre incidentalmente no curso de um processo comum.

Siqueira Junior (2012) em sua obra, esclarece detalhadamente sobre as ações própria para o controle de constitucionalidade, quais sejam, Ação direta de inconstitucionalidade (ADI), Ação declaratória de constitucionalidade (ADC), Ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (ADO), Ação direta de inconstitucionalidade interventiva (ADI interventiva), Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

Diante da compreensão do que se entende por jurisdição constitucional, Moro (2002, p.208) esclarece que:

A função da jurisdição constitucional é a guarda Constituição como um todo, devendo atuar não apenas em casos de mau funcionamento da democracia ou apenas para resguardar as “condições de gênese democrática” dos atos normativos. A legitimidade da atuação da jurisdição constitucional demanda a demonstração da consistência de sua atividade.

Pode-se compreender que a jurisdição constitucional nasce pela necessidade de proteção ao texto constitucional. Assim, a Suprema Corte ao dizer o direito exerce sua jurisdição, sendo esta uma jurisdição constitucional, pois tem por base e pressuposto a Constituição.

Ante a isto, se torna acessível o entendimento de que a Suprema Corte é a guardiã constitucional, e exterioriza este papel através de suas inúmeras funções. Importa ressaltar que esta função se legitima e é limitada pelo próprio texto constitucional. Desse modo, para que se alcance a solução da problemática apresentada por este trabalho, é impreterível o estudo da atuação da Suprema Corte brasileira.

4.1.4 ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Após se compreender qual a função do STF e como ele exerce o controle das leis e dos atos normativos, é essencial que se compreenda o seu cenário atual, em que há um grande protagonismo do Judiciário. Assim, por meio de alguns autores,

buscar-se-á entender acerca do protagonismo do tribunal e se este protagonismo e seu ativismo tem deixado de lado a separação e a independência dos demais poderes.

Pogrebinschi (2013, p.19) em sua obra *Judicialização ou Representação* expressa o seu entendimento acerca da judicialização da política e do ativismo judicial:

O discurso de que o Poder Judiciário se agiganta fazendo sombra aos demais poderes parece igualmente persuadir jornalistas e intelectuais, os quais, por vezes, unem suas vozes em uníssono para cantar o coro de uma suposta crise da representação da política. À medida que avança a tese da judicialização, ganha corpo a crença de que esta teria como causa e efeito a crise de representação. Um falso silogismo que não poderia resultar senão na falácia: a de que uma crise institucional ameaça a crise brasileira.

Pogrebinschi (2013) relata que uma das grandes premissas para que se fale que há uma crise institucional é o crescente número de Ações Diretas de Inconstitucionalidade impetradas no STF, que passou a ser um indicador do nível de judicialização no país. A autor esclarece que o grande número de ADI's não decorrem necessariamente de um ativismo instalado em nossa corte constitucional, menos ainda de que este venha de uma retração do Legislativo, que passa por uma crise de funcionalidade e de representatividade.

Segundo Pogrebinschi (2013), para que se chegue à conclusão de que a política é judicializada, o STF é ativista e que o Legislativo encontra-se em crise, é necessário olhar além do volume de ações impetradas e se chegar aos resultados daquelas efetivamente decididas pelo STF. A autora complementa ainda que este silogismo é fundado em “*outliers*” que são aqueles registros que se desviam do restante dos dados componentes de uma amostra.

Pogrebinschi (2013, p.25) relata que o controle de constitucionalidade é um meio pelo qual o STF fortalece os demais poderes:

[...]desde 1988 o STF vem exercendo sua função contramajoritária de modo bastante parcimonioso e, mais do que isso, vem contribuindo, no exercício do controle de constitucionalidade, para o fortalecimento da vontade majoritária expressa pelas instituições representativas, isto é, pelos poderes Legislativo e Executivo. Ajustadas as premissas, tem-se como conclusão do silogismo da judicialização o fortalecimento da representação.

O que se pode compreender, é que para a autora a atuação do STF tem sido feita com temperança e que na verdade a decisões em sede de controle de constitucionalidade tem fortalecido a vontade representativa dos poderes Legislativo e Executivo. Assim, para a autora ao invés de crise institucional está na verdade ocorrendo um fortalecimento na representação.

Pogrebinschi (2013, p.25-26) esclarece os meios pelo qual ocorre este fortalecimento:

São dois os modos pelos quais a representação se fortalece por meio da judicialização. De um lado, como já mencionado, pela atitude do STF de convalidar a expressão da vontade majoritária realizada no Congresso, ao abster-se de exercitar sua função contramajoritária de invalidar normas ou exercê-las de modo a preservar e aperfeiçoar a produção legislativa. De outro lado [...] o conceito de representação política deve ser alargado de modo a abranger as cortes constitucionais, que não podem, afinal, deixar de ser reconhecidas como instituições políticas.

A autora defende em sua obra que o STF não sofre de uma dificuldade contramajoritária, pois é muito inexpressivo o total de suas decisões que declararam a inconstitucionalidade de leis e atos normativos criados pelo Poder Legislativo. O STF em número expressivo reforça a vontade majoritária expressa pelo legislativo. E que este não ocupa o vácuo normativo que supostamente foi deixado pelo legislativo. O STF não enfraquece o Poder Legislativo suspendendo suas decisões, na realidade o STF impulsiona o legislativo a legislar sobre determinados assuntos.

Vejamos a visão de Streck (2013, p.1):

A grande questão não é o “quanto de judicialização”, mas “como as questões judicializadas” devem ser decididas. Aqui está o busílis. Este é o tipo de controle que deve ser exercido. A Constituição é o alfa e o ômega da ordem jurídica. Ela oferece os marcos que devem pautar as decisões da comunidade política.

Portanto, para o autor é a Constituição quem deve pautar as decisões políticas. Streck (2013, p.1) continua:

[...]reflexões apontam para o perigo que o ativismo judicial representa para a representação política, até porque uma ofensa à Constituição

por parte do Poder Judiciário sempre é mais grave do que qualquer outra desferida por qualquer dos outros Poderes, porque é ao Judiciário que cabe sua guarda. Quem nos salvará se não há mais salvadores? Ou pior: quem nos salvará dos salvadores?

O autor alerta para o perigo de haver ofensa à Constituição exatamente por parte de quem tem o dever de protegê-la, sendo, portanto esta ofensa muito mais grave do que as feitas pelos outros órgãos. Pois, que nos protegeria contra atos de quem precipuamente devia nos resguardar?

Ao contrário do que Pogrebinski(2013) afirma, Streck (2013) assegura que há ativismo em excesso, concorda que um ato positivo de inconstitucionalidade não determina que haja ativismo ou não, podem ser elementos que apontam algo, mas não tudo.

Streck (2013, p.1) argumenta que:

Mais ainda, por vezes, judicializar a política pode não ser exatamente o mesmo que praticar ativismos. Aliás, não é o mesmo. Se verificarmos bem, veremos que a judicialização é contingencial. Ela não é um mal em si. O problema é o ativismo (que é comportamental espécie de behaviorismo cognitivo-interpretativo). [...] é bom lembrar que o fato de existirem, no STF, mais demandas indeferidas que as que foram deferidas se deve também ao enorme contingente de legitimados. Grande parcela de ações que tratam de questões constitucionais são fadadas ao fracasso *ab ovo*, por falta de requisitos formais. Isso não diminui o grau de ativismo.

Para o autor o ativismo é algo de grande preocupação, ele também rebate a crítica de Pogrebinski (2013), pois evidencia que a grande demanda de ações impetradas e indeferida no STF também se deve fato de haver hoje um número bem maior de legitimados. Mais ele, do mesmo modo esclarece que esta informação não diminui o nível de ativismo.

Streck (2013, p.1) continua evidenciando que basear-se apenas nos números de ações procedente não é o bastante para dizer que há um reforço do Legislativo:

Dizer, por exemplo, que o STF reforça a vontade majoritária do Poder Legislativo pode ser um enunciado que sofre de anemia significativa. Será que, como sustenta, por exemplo, Thamy Pogrebinski, 14% de ações consideradas procedentes de uma produção legislativa de 21 anos é efetivamente pouco? Qual é o critério para o "pouco" ou "muito"? Não quero jogar com esses dados. Mas não afirmaria, *tabula rasa*, que tais números representa(ri)am um reforço do Legislativo.

O autor elucida que os tribunais e o STF fazem política quando dizem que não a faz, eles fazem ativismo quando dizem o contrário, e judicializam quando dizem não o fazer. Ele usa como exemplo desta afirmação, a decisão do STF que diz que no art. 366 do CPP, considerar a prova urgente dá poder ao juiz de decidir ao seu arbítrio.

Streck (2013, p.1) quanto a isso afirma que “o STF vem julgando por políticas em grandes causas e não por princípios. Na verdade, ele atende aos vários segmentos, numa espécie de presidencialismo de coalizão judicial”. O autor cita o exemplo dos seguimentos que se manifestam a favor das cotas, não se manifestaram politicamente, pelo contrário, foram diretamente ao STF reivindicar sua legitimidade.

Streck (2013, p.1) esclarece que afirmar que não há ativismo com base apenas em números é um erro:

Por vezes, números enganam. E muito. Há pesquisas — e a mais detalhada, efetivamente, é a da brilhante Professora Thamy Pogrebinschi na obra citada — que apenas demonstram, por números, que, olhando os resultados dos julgamentos do STF, ele mais julga a favor do parlamento e do executivo do que contra. Mas, atenção: esses números escondem os demais julgamentos do STF. Mais do que isso, colocam uma cortina de fumaça sobre o imenso contingente de julgamentos ativistas dos Tribunais da República, que vão desde o simples descumprimento de direitos fundamentais (ativismo às avessas, pois não?) até decisões descontroladas fornecendo xampu para calvos. Ou seja, o que é isto, o ativismo? O que é isto, a judicialização?

O autor vai de encontro com a ideia proposta por Pogrebinschi (2013) de que o STF não é ativista por decidir muito mais a favor do legislativo. Streck (2013) evidencia que muitas das vezes esses números não demonstram a realidade do imenso conjunto de julgamentos ativistas que chegam a ir contra os direitos fundamentais.

Streck (2013, p.1) ainda relata tamanha interferência do judiciário nas políticas públicas:

Mais ainda, a discussão sobre a judicialização não deve ficar restrita à atuação (ou crítica à atuação) do STF. Basta vermos que várias unidades da federação gastam mais em pagamento de ações judiciais sobre o acesso à saúde e remédios do que nos próprios

orçamentos. Em São Paulo, por exemplo, os gastos da Secretaria Estadual da Saúde com medicamentos por conta de condenações judiciais em 2011 chegaram a R\$ 515 milhões, quase R\$ 90 milhões gastos além do previsto no orçamento do ano destinado a medicamentos.

Streck (2013) relata que outra evidência do ativismo brasileiro são os julgamentos que determinam que municípios e Estados gastem mais cumprindo decisões judiciais do que em seus próprios orçamentos. Para o autor este fato explicita a interferência do judiciário nos demais poderes, que são os responsáveis pelas políticas públicas.

Em entrevista concedida à Haidar, Barroso (2013, p.1) afirma que:

não existe um surto de ativismo judicial” em curso no país. [...]a quantidade de leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo é ínfima e, mesmo em casos emblemáticos, o tribunal tem como característica a deferência ao Congresso Nacional. “Por exemplo, no julgamento sobre a possibilidade de se fazer pesquisas com células-tronco embrionárias, o Supremo manteve a lei que foi editada pelo Congresso. Não há um padrão rotineiro de ingerência indevida.

Barroso (2013,p.1) afirma ainda que o STF age de maneira respeitosa com relação ao Congresso Nacional:

Não acho que o Brasil viva um problema que se possa denominar de ativismo judicial, se a essa expressão se quer emprestar um conteúdo negativo. É possível que uma ou outra decisão tenha provocado uma fricção maior entre o Supremo e o Congresso. Mas foram decisões excepcionais. No geral, ao contrário do que às vezes se pensa, o Supremo costuma ser deferente para com a atuação do Congresso. A quantidade de leis federais declaradas inconstitucionais é ínfima e, em casos mais emblemáticos, o Supremo manteve a decisão política do Congresso ou do Executivo. Isso se depreende de diversos casos.

O que se extrai, é que para o autor o ativismo, com relação ao STF, é ínfimo e que o emprego desta expressão denota algo negativo. Em sua maioria, a atuação do Supremo se constitui em apoio aos demais poderes.

Streck (2013, p.1), ao comentar e criticar decisões proferidas pelos ministros do Supremo, alerta:

O aplauso de hoje do ativismo jurídico pode ter sua antítese amanhã, quando os que hoje festejam se sentem prejudicados. Ora, o ativismo é behaviorista. Não se pode admitir, pelo menos em um regime democrático, baseado no respeito às regras do jogo, que o Judiciário lance mão de “argumentos metajurídicos” em suas decisões. Eles precisam decorrer de uma atribuição de sentidos oriunda de textos normativos. Assim como não existe salvo-conduto para atribuição arbitrária de sentidos, com tal razão não se pode admitir que um julgador deixe de lado o texto constitucional em benefício de qualquer outro fundamento. Senão, está ferindo as regras do jogo democrático, do qual ele, por determinação constitucional, é exatamente o guardião.

Para o autor, é inconcebível que em um Estado Democrático de Direito, que tem por Lei Maior uma Constituição que estabelece as regras do jogo democrático, o julgador profira decisões baseadas em seus próprios pressupostos, deixando de lado os fundamentos expressos no texto constitucional. Streck (2013) alerta, demonstrando quão grande prejuízo estas ações trazem ao regime democrático, principalmente por serem realizadas por aqueles que exercem o mister de proteger a supremacia constitucional.

Streck (2013, p.1), segue em seu argumento:

Ao que me parece, o que há nos “argumentos metajurídicos” é, na verdade, uma tentativa de “moralização do Direito”. Aposta-se no protagonismo judicial, considerado como inevitável (conforme Kelsen já dizia). Mas o fato do intérprete atribuir o sentido não quer dizer que ele possa, sempre, dar o sentido que lhe bem convier (como se houvesse uma separação integral entre texto e norma e como se estes tivessem existências autônomas) e deixar de lado o texto constitucional.

Streck (2013) evidencia que, argumentos metajurídicos, ou seja, argumentos além do que a norma estabelece, em primeira análise deixam de lado a norma constitucional, pois os julgadores influídos de suas subjetividades, trazem sentido as normas como bem lhes aprouver. Os ministros e juízes, como já estudado, não são apenas boca da lei, mas sim seus interpretes. Entretanto, é imperioso ressaltar, que esta interpretação se baseia em regras e métodos jurídicos, para que se chegue ao real sentido da norma, trazendo as claras o que pretendia o legislador originário. Assim, a interpretação que busque o sentido que me convém, fere, a priori, a norma constitucional.

Em contraposição, Barroso (2011, p.89) esclarece a necessidade da atuação efetiva do Judiciário:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios. [...] o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. [...] a ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades construindo regras específicas da conduta de enunciados vagos [...]

Barroso (2011) busca elucidar de maneira clara, que o ativismo é necessário para que se alcance a efetiva aplicação da Constituição e de seus preceitos, levando assim, por parte do Judiciário, a uma atuação mais ampla. Muitas das vezes, sendo necessário que esta atuação ocupe espaços que constitucionalmente devem ser ocupados pelos demais poderes.

Barroso (2011, p.101) acrescenta que esta atuação não deve ser arbitrária e desenfreada:

Uma nota final: o ativismo, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do poder legislativo.

O autor trata o ativismo, exercido pelo judiciário, como sendo a solução para a crise dos demais poderes em efetivar os direitos constitucionais. Porém, ao mesmo tempo, alerta quanto ao perigo se exercer o ativismo judicial, sem qualquer controle e com habitualidade, pois neste caso o que era a solução, pode-se torna o problema.

Como se viu existem grandes controvérsia com relação a atuação do STF, ora autores afirmam não existir ativismo em suas ações, pois estas em sua maioria buscam confirma o que legislativo prolatou, ora outros autores afirma categoricamente a existência de ativismo judicial no STF declarando que muita das

vezes o Supremo decide contra até mesmo direitos expressos na Constituição e interferem explicitamente na atuação dos demais poderes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do presente trabalho monográfico intentou-se alcançar uma ilação, alicerçada nos ditames constitucionais, acerca da atuação ativista do Supremo Tribunal Federal e se esta ação é prejudicial à teoria da Separação dos Poderes, que por meio do Poder Constituinte Originário foi estabelecida como a teoria adotada por nosso país.

Para tanto, optou-se inicialmente, pela efetivação de um estudo a respeito do conceito e da criação do ativismo judicial, o que permitiu a compreensão da importância deste fenômeno, traduzindo-o assim, como desvirtuamento da atuação do Judiciário, passando assim a extrapolar os limites e as restrições que são impostas a sua função.

Em seguida, uma vez demonstrada a implicações geradas por este fenômeno, compreendeu-se que a Constituição é uma força normatizadora dotada de soberania, sendo a ordem fundamental da sociedade, onde estão estabelecidas e organizada a estrutura estatal. Assim, as normas estabelecidas pela Constituição devem de fato se concretizar, sendo imperiosa sua interpretação e aplicação eficaz, em todos os âmbitos, inclusive nos limites impostos aos poderes estatais.

Dessa forma, evidenciou-se a veemente relevância deste fenômeno no plano nacional, visto que, o texto constitucional é a norma angular do nosso ordenamento, sendo sua observância imprescindível para a manutenção da ordem constitucional. O Judiciário como garantido e concretista, também se submete aos preceitos constitucionais, devendo suas ações e posições serem pautadas, em primeiro, nos preceitos constitucionais.

Ademais, no segundo capítulo optou-se por tratar exclusivamente da Teoria da Separação dos Poderes, especificamente no que tange à influência da ação judiciária e suas interferências na separação independente e harmônica das funções dos demais poderes da república.

Consignou-se que a separação de poderes, estabelecidas por nossa Lei Maior, tem por finalidade evitar a concentração do poder nas mãos de uma só

pessoa, ou a um só órgão restrito, para que não haja uma atuação arbitrária e desrespeito aos direitos e garantias fundamentais. Esta separação, tem por desígnio evitar que um poder se submeta ou se sobrepuja a outro Poder.

Para tanto, a relação entre os poderes se dá, como o próprio texto constitucional estabelece, com independência e harmonia. Apurou-se que essas duas características são essenciais ao exercício estatal. Independência, ao exercer suas funções, tipicamente estabelecidas e harmonia para que haja equilíbrio e que assim seja alcançado o bem social. Assim, através dessas características pôde-se compreender que os poderes se assistem e ao mesmo se controlam. O poder freia o poder.

Ultrapassadas essas premissas iniciais, de compreensão dos institutos que englobam a atuação do judiciário e suas influências na relação constitucional com os demais poderes, passou-se ao exame da atuação do Supremo Tribunal Federal, visando depreender conhecimento acerca do ativismo realizado por este órgão e, por conseguinte, entender se esta atuação fere todo conteúdo compreendido anteriormente.

Proveu-se uma análise crítica da atuação da Suprema Corte, através de grandes doutrinadores, em primeiro lugar, empreendeu-se que o Supremo é, constitucionalmente, o guardião constitucional, devendo preservar e resguardar os preceitos estabelecidos no texto constitucional, principalmente quanto as suas funções.

Em primeiro momento, o que se pode compreender é que o STF, como guardião constitucional, deve garantir a efetiva soberania constitucional. Assim, todas as suas ações devem convergir para esse fim, sendo incompatível com este entendimento, qualquer ato que contrarie ao que estabelece a norma constitucional.

Em seguida, concluiu-se que o Judiciário como poder garantidor, deve buscar a efetivação dos preceitos constitucionais. A interpretação constitucional trouxe ao Judiciário a função de interprete da lei, se distanciando da ideia de boca da lei apenas, devendo assim, através de métodos hermenêuticos aplicar a vontade do legislador. Para tanto, não se pode olvidar, que esta função concretista é limitada pelo próprio texto constitucional, deste modo, pode-se entender que qualquer interpretação ou ação que vise concretizar direitos, mas que para isso, se distancie do que estabelece a Constituição, é arbitrário e inconstitucional, ferindo assim a Supremacia da Lei Maior.

Neste sentido, apurou-se que o Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário, deve priorizar em todos os seus atos a guarda e a proteção dos preceitos constitucionais, diante de sua função de guardião constitucional. O respeito à Teoria da Separação dos Poderes é meio de se exercer a proteção constitucional. Assim, qualquer ação, que extrapole o que estabelece a Lei Maior, quanto às funções e limites dos poderes estatais, fere a Constituição.

Por fim, tem-se que o Ativismo Judicial leva o Judiciário a exorbitar o que estabelece a Constituição da República quanto as suas funções, pois ao exercê-lo o Judiciário interfere e ocupa funções destinadas aos demais poderes, sendo neste vértice, esquecida a Separação dos Poderes trazida pelo texto constitucional. Vale ressaltar que, a Judicialização é um fenômeno legítimo, pois nasce de nosso próprio modelo constitucional, estando suas decisões embasadas em texto legais e não no arbítrio do julgador, como é o caso do Ativismo.

Em suma, como pôde ser visto, mediante a presente pesquisa, concluiu-se, em consonância com todo estudo doutrinário, que o Ativismo Judiciário é um risco a Separação dos Poderes, pois outorga ao julgador a liberdade de decidir unicamente com base em seu arbítrio, inclusive com relação aos demais poderes, ocorrendo assim, a prevalência do Judiciário sobre os demais poderes, o que é inconstitucional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade**. Revista de Direito Privado. São Paulo: RT, nº 24, p. 334-344, out./dez. 2005.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2011

_____, Luís Roberto. **O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro**. Revista da EMERJ, v.6, n. 23, 2003.

_____, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

_____, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)**. In *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Luís Roberto Barroso (organizador). 2ª Edição. Rio de Janeiro : Renovar, 2006.

_____, Luís Roberto. **O neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n.851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em : 12 Out. 2016.

_____, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Consultor Jurídico, 2008.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil, de 1988**. Dispõe de normas constitucionais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituição/constituição.Htm>. Acesso em: 03 de Dezembro de 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo . **Curso de Direito Constitucional**.9. Ed. De acordo com a Emenda Constitucional n. 83/2014, e os últimos julgados do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____, Uadi Lammêgo . **Constituição Federal Anotada** - 10ª Editora Saraiva. São Paulo. 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

COELHO, Fernanda Soares Ferreira. **Ativismo judicial à luz da teoria de Ronald Dworkin**. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4554,20 dez. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45321>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

DWORKIN. Ronald. **Levando os direitos a sério Ronald Dworkin**; tradução e notas. Nelson Boeira. São Paulo : Manins Fontes, 2002.

_____, Ronald. **Domínio da Vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. CAMARGO, Jefferson Luiz. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?**. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/12921>>. Acesso em: 21 nov. 2016

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Interpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.

Haidar, Rodrigo. **Entrevista com Luis Roberto Barroso, ministro do STF**. “ Tribunal não cumpre seu papel com 80 mil processos”. *Revista Consultor Jurídico*, 7 de Jun. 2013.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional/Konrad Hess**; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Direito Processual Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Trad. do Alemão: Alexandre Krug; Trad. do Italiano: Eduardo Brandão; Trad. do Francês: Maria Ermantina Galvão; Revisão Técnica: Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____, Hans. **A justiça e o direito natural**. Tradução de João Baptista Machado, 2ª ed..Coimbra: Coleção Estadium, 1979.

_____, Hans, **Teoria Geral do Direito e do Estado/ Hans Kelsen**. Tradução de Luís Carlos Borges, 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEHMKUHL, Milard Zhaf Alves. **O Exercício Legítimo do Ativismo Judicial**. Revista BoniJuris, Fevereiro de 2015. Ano XXVI, n. 615, v.27,n.2.

LOCKE, John. **O Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Editora Vozes: Petrópolis, 1994.

MARSHALL, William P. **Conservatives and Seven sins of judicial activism**. University of Colorado. Law Review. V. 73. Set. 2002.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondant. **O Espírito das Leis**. Apresentação: Renato Janine Ribeiro. Tradução: Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. 2002. 284 f. Tese (Pós-Graduação em Direito) – Universidade do Paraná. Paraná, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9ª Ed. São Paulo: Método, 2014.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou Representação? Política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Campos-Elsevier, 2013.

ROCHA, Leonel Severo. **Teoria do Direito e do Estado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudo em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: RT, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho; Coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Det Rey, 2007

STRECK, Lenio Luiz. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Revista Eletrônica Consultor Jurídico. 13 de Jun. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ouimaginacao-alguns#_ftn1_6849>. Data de acesso: 5 de Dezembro de 2016.

_____, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**, 4º Ed. São Paulo : Livraria Saraiva, 2011.

_____, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____, Lenio Luiz. **O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?**. Revista Consultor Jurídico. 7 Jan, 2016.

_____, Lênio Luiz. **O Supremo não é o guardião da moral da nação**. Revista Consultor Jurídico. 5 de Setembro de 2013

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**. Limites da atuação do Judiciário. 1ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Separação de Poderes volume 1**/ Organizador Sérgio Antônio Ferreira Victor, Autores: Ana Paula Oliveira de Souza, Emilly Azevedo de Souza, Francilma Mendonça, Gustavo Henrique Dutra Dantas, João Guilherme Sampaio dos Anjos, Jucelane Tagliari, Manoel Messias de Sousa, Lucas Sales da Costa, Louise Nicácio Santa Cruz. – Brasília : IDP, 2015.

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