

UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ
CURSO DE DIREITO

TIAGO EDELMIRO MARQUEZINI FIORAVANTE

**SEPARAÇÃO DOS PODERES *versus* ATIVISMO JUDICIAL: CRISE DE
LEGITIMAÇÃO DOS PODERES OU AVANÇO DA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL?**

Marabá
2015

UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ

CURSO DE DIREITO

**SEPARAÇÃO DOS PODERES *versus* ATIVISMO JUDICIAL: CRISE DE
LEGITIMAÇÃO DOS PODERES OU AVANÇO DA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL?**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará,
como requisito parcial para a obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Mss. Júlio César Sousa Costa.

**Marabá
2015**

TIAGO EDELMIRO MARQUEZINI FIORAVANTE

**SEPARAÇÃO DOS PODERES *versus* ATIVISMO JUDICIAL: CRISE DE
LEGITIMAÇÃO DOS PODERES OU AVANÇO DA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL?**

MONOGRAFIA

Apresentada em: ____/____/2015

BANCA EXAMINADORA

Prof. M. SC. Júlio César Sousa Costa
Orientador (UNIFESSPA)

Prof. M. SC. Edieter Luiz Cecconello

“A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem”.

Montesquieu

RESUMO

Este estudo trata sobre separação dos poderes e o ativismo judicial dando ênfase à crise de legitimação dos poderes e o avanço da jurisdição constitucional. A separação dos poderes é um princípio que vem sendo discutido desde a Antiguidade até os dias atuais. Esse princípio foi defendido por ilustres filósofos como Aristóteles, John Locke e Montesquieu, que o pensaram de acordo com o momento histórico em que viveram. O princípio da separação dos poderes se apresenta como importante ferramenta de contenção de uso do poder, sendo fundamental na afirmação e manutenção das democracias existentes no mundo. Em contraponto a esse princípio, a realidade da sociedade moderna e a defesa de direitos constitucionais aos cidadãos apontam o crescimento do ativismo judicial, a possibilidade do Judiciário de revisar os atos dos demais poderes, onde o Supremo Tribunal Federal assume a função de zelar pela garantia dos direitos constitucionais. Nesse contexto, esse estudo objetiva realizar uma discussão sobre o princípio da separação dos poderes e o ativismo judicial e os limites da atuação do Judiciário, inquirindo se essa realidade aponta para uma crise de legitimação dos poderes ou para um avanço da jurisdição constitucional. Ao final dessa discussão, com que bases teóricas podemos concluir que a ação do Judiciário é crescente num momento em que a sociedade precisa recorrer a esse Poder para ver garantidos direitos fundamentais constitucionais.

Palavras-chave: Três Poderes. Ativismo Judicial. Judicialização. Política.

ABSTRACT

This study deals with separation of powers and judicial activism emphasizing the legitimacy crisis of powers and the advancement of constitutional jurisdiction. The separation of powers is a principle that has been discussed since ancient times to the present day. This principle was defended by philosophers like Aristotle, John Locke and Montesquieu thought that according to the historical moment in which they lived. The principle of separation of powers is presented as important use containment tool crucial to the affirmation and maintenance of existing democracies in the world. In contrast to this principle, the reality of modern society and the defense of constitutional rights citizens have indicated the growth of judicial activism, the possibility of judicial review of the acts of the other branches, where the Supreme Court assumes the task of ensuring the guarantee of constitutional rights. In this context, this study aims to hold a discussion on the principle of separation of powers and judicial activism and the limits of the judicial role is opposing this reality points to a legitimation crisis of powers or an advance of constitutional jurisdiction. At the end of this discussion with theoretical basis we can conclude that the action of the judiciary is growing at a time when society needs to use that power to see guaranteed fundamental constitutional rights.

Keywords: Three Powers. Judicial activism. Judicialization. Policy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – EVOLUÇÃO HISTÓRICA – PRECEDENTES TEÓRICOS – ATUALIDADE	9
1.1 PRECEDENTES TEÓRICOS.....	9
1.1.2 O princípio da separação dos poderes em Aristóteles.....	9
1.1.3 – O princípio da separação dos poderes em John Locke	10
1.1.3 – O princípio da separação dos poderes em Montesquieu	13
1.2 APLICAÇÃO HISTÓRICA/PRÁTICA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	17
1.2.1 Na Revolução Americana (1787).....	17
1.2.2 Na Revolução Francesa (1789).....	22
1.2.3 O Princípio da Separação dos Poderes nas Constituições Brasileiras	27
1.2.3.1 Na Constituição de 1824	27
1.2.3.2 Na Constituição de 1891	29
1.2.3.3 Na Constituição de 1934.....	30
1.2.3.4 Na Constituição de 1937	31
1.2.3.5 Na Constituição de 1946.....	32
1.2.3.6 Na Constituição de 1967	32
1.2.3.7 Na Constituição de 1988	33
2 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	39
2.1 DIREITO E POLÍTICA	39
2.2 ATIVISMO JUDICIAL	46
2.3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....	46
3 ATIVISMO JUDICIAL <i>versus</i> PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	49
CONCLUSÃO	566
REFERÊNCIAS	61

INTRODUÇÃO

No transcorrer da história da civilização as sociedades foram tornando-se cada vez mais complexas. Esse fato obrigou os indivíduos a abrirem mão de uma parcela de sua liberdade em favor de uma convivência segura e organizada.

Quando os indivíduos renunciaram à uma parcela de sua liberdade entregaram-na ao Estado com o intuito de que este organizasse a vida em sociedade. Em face da complexidade da tarefa, foi necessário criar órgãos capazes de operar essa missão, e nomear indivíduos para presidir esses órgãos.

Com o surgimento do Estado e o desenrolar de suas atribuições foi percebido que os indivíduos que possuíam poder perante a sociedade, tendiam a desviar a finalidade do uso desse poder, causando, com isso, prejuízos à população, em favor de seus interesses.

Com o intuito de frear essa tendência humana, filósofos voltaram seus estudos para a criação de sistemas e ferramentas capazes de impedir ou, ao menos, reduzir as consequências dos excessos cometidos pelos governantes.

Desses estudos frutificaram diversas fórmulas cujo principal objetivo é a contensão do poder estatal, dentre as quais se podem destacar o princípio da separação dos poderes, as constituições escritas e os direitos e garantias fundamentais do cidadão.

O princípio da separação dos poderes dividiu as atribuições do Estado em órgãos distintos de tal forma, que um dos poderes pudesse conter o tendente abuso do outro. Esse princípio, desde seu surgimento, até os dias atuais foi sofrendo modificações quanto à forma de sua aplicação. E serviu de instrumento para a afirmação de um conjunto mínimo de direitos capazes de permitir com que os integrantes da população consigam desfrutar de uma vida digna, os quais foram denominados direitos fundamentais.

No entanto, muitas vezes, para defender interesses próprios, os poderes deixam de realizar suas atribuições, em especial quando estes se relacionam a direitos sociais garantidos pela Constituição. Nesse sentido, o ativismo judicial surge como importante mecanismo que contempla o reconhecimento do direito das minorias em face da omissão legislativa e/ou executiva.

Quando um poder se omite em benefício da máquina pública, o poder judiciário sendo imparcial e distante de ambas as partes, deve possuir legitimidade para o reconhecimento e devida formalização de direitos.

Dentro desse contexto, este estudo tem por objetivo discutir sobre a separação dos poderes *versus* ativismo judicial, enfocando a crise de legitimação dos Poderes e o avanço da jurisdição constitucional, buscando um posicionamento sobre essa importante questão vivenciada pelo Estado brasileiro.

Para a melhor discussão do tema, este estudo foi dividido em três capítulos, sendo que o primeiro trata sobre a evolução histórica, os precedentes teóricos do princípio da separação dos poderes.

A evolução histórica e os precedentes teóricos da separação dos poderes apresenta o embasamento no pensamento de Aristóteles, John Locke e Montesquieu, assim como a aplicação prática do princípio na Revolução Americana, na Revolução Francesa e nas Constituições brasileiras chegando às discussões desse tema na atualidade.

O segundo capítulo trata do ativismo judicial e da judicialização da política trazendo conceitos e posições de importantes doutrinadores sobre o assunto a partir de elementos essenciais como o Direito, a Política e o Judiciário.

Por fim, o terceiro capítulo traz considerações sobre o ativismo judicial *versus* princípio da separação dos poderes, com base em jurisprudências que mostram como a realidade atual da defesa dos direitos sociais garantidos pela Constituição tem levado o Poder Judiciário a revisar os atos dos demais poderes.

Essa discussão é complexa e importante porque traz um paradoxo, pois o princípio da separação dos poderes é muito importante na manutenção do controle do poder; mas, no entanto, precisa evoluir e acompanhar as mudanças e transformações da sociedade atual, principalmente no que se refere a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos. Nesse cenário, muitas vezes o Judiciário é chamado a se posicionar onde os outros poderes se omitiram e/ou adotaram medidas equivocadas em garantia dos direitos previstos pela Constituição.

1 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – EVOLUÇÃO HISTÓRICA – PRECEDENTES TEÓRICOS – ATUALIDADE

O princípio da separação dos poderes é uma ferramenta de contenção de uso do poder, que vem sofrendo constante evolução desde a antiguidade grega até os dias atuais. Este princípio possui papel de destaque na afirmação e manutenção das democracias existentes no mundo.

1.1 PRECEDENTES TEÓRICOS

Face o elevado grau de importância do princípio da separação dos poderes, abordamos nesse momento as formulações teóricas, que se iniciaram através de Aristóteles, na antiguidade grega; passando por John Locke no século XVII, e Montesquieu, no século XVIII.

1.1.2 O princípio da separação dos poderes em Aristóteles

Podemos encontrar na obra “A Política” escrita pelo filósofo Aristóteles (382-322 a.C), na antiguidade grega, a origem do princípio da separação dos poderes. Embora Aristóteles não tenha dividido o poder estatal e atribuído cada parcela deste poder a mãos distintas, sua contribuição para o princípio foi a identificação de três diferentes espécies de ações exercidas pelo poder soberano, sendo elas: a elaboração de normas gerais a serem observadas por todos, a execução das normas elaboradas ao caso concreto, e a função de julgamento com o objetivo de solucionar os conflitos ocasionados pela execução das normas (LENZA, 2011, p. 433).

Tais afirmações podemos verificar em trecho de sua obra, “A Política”:

Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas. (ARISTÓTELES, 1991, p. 113).

Sobre o tema Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2012, p. 425-426) estabelecem que:

Não se pode afirmar, contudo, que os gregos tenham pensado em um sistema político que a tripartição tivesse o objetivo de reduzir os riscos e abusos no exercício do poder. Isso porque, na época em que Aristóteles escreveu sua obra, imperava a mais absoluta centralização política, com todo governo sendo exercido por um único soberano, que detinha ilimitados e incontrastáveis poderes. Com isso, o eminente estagirita pregava o exercício das três funções – legislativa, executiva e julgamento – pela mesma pessoa, o soberano [...].

Com base nessa análise, concluem os autores em questão da seguinte forma:

Por essa razão, podemos asseverar que a contribuição de Aristóteles para a formação da teoria da tripartição do poder esgotou-se na identificação das três diferentes funções essenciais de governo, pois não havia no seu pensamento nenhuma preocupação com o elemento “limitação do poder”. E nos dois milênios seguintes não foi modificada a concepção de exercício do poder de modo absoluto: o monarca continuou governando com poderes ilimitados, exercendo, de forma unipessoal, as três funções identificadas por Aristóteles. (PAULO; ALEXANDRINO, 2012, p. 426)

1.1.3 – O princípio da separação dos poderes em John Locke

John Locke foi um filósofo inglês, natural de Bristol, pertencente a uma família de burgueses comerciantes (AIEX; MONTEIRO, 1983, p. VIII). Obteve destaque no ramo da filosofia política através da obra “Segundo Tratado sobre o Governo Civil”, onde podemos encontrar uma sugestão teórica do princípio da separação dos poderes.

Locke era contra o absolutismo dos reis e a ideia de seu poder inato de origem divina, advogava a tese de que o “estado de sociedade” e o “poder político nascem de um pacto entre os homens”, cujo objetivo é escapar do estado natural. (AIEX; MONTEIRO, 1983, p. XV V)

No estado natural o homem possui liberdade, contudo essa liberdade torna-se perigosa, ao passo que todo indivíduo age do jeito que quiser sendo capaz de impor aos outros indivíduos em situações mais frágeis a sua vontade, desta forma, com medo que alguém, com maior força, se aproprie das suas posses, as pessoas se submetem ao poder do Estado.

Locke afirma que “o grande objetivo da entrada do homem em sociedade consistindo na fruição da propriedade em paz e segurança, e sendo o grande instrumento e meio disto as leis estabelecidas nessa sociedade [...]” (LOCKE, 1983, p.86).

Historicamente, o princípio da separação dos poderes tem como principal objetivo a contenção do poder estatal, objetivando que o mesmo seja utilizado de forma prudente através da limitação funcional, evitando assim o uso tirânico. Com a finalidade de alcançar esse objetivo, Locke sugere na sua obra um modelo de separação do poder estatal o qual coloca o Poder Legislativo em uma posição de superioridade ante aos outros dois poderes que ele denomina Poder Executivo e Poder Federativo.

A atribuição do Poder Legislativo é a produção de leis, contudo o Poder Legislativo não é absoluto e tem como limite o bem público, como podemos observar em trecho extraído da obra de Locke:

O poder do legislativo, em seus limites extremos, restringe-se ao bem público da sociedade. É poder que não tem outro objetivo senão a preservação e, portanto, não poderá ter nunca o poder de destruir, escravizar ou propositalmente empobrecer os súditos. (LOCKE, 1983, p. 87).

Locke acredita que o poder creditado ao governo deve ser exercido através das leis, pois assim possibilita o conhecimento dos membros da sociedade e transmite segurança a eles, como também permite uma contenção no uso do poder por parte do governo, como podemos observar:

Todo poder que o governo tem, destinando-se tão-só ao bem da sociedade, da mesma forma que não deve ser arbitrário ou caprichoso, também deve ser exercido mediante leis estabelecidas e promulgadas, para que não só os homens possam saber qual o seu dever, achando-se garantidos e seguros dentro dos limites das leis, como também para que os governantes, mantidos dentro de limites, não fiquem tentados pelo poder que têm nas mãos a entregá-los para fins tais e mediante medidas tais que os homens não tivessem conhecimento nem aprovassem de boa vontade. (LOCKE, 1983, p.88).

Locke sintetiza as atribuições do Poder Legislativo e suas características da seguinte forma:

Tais são as obrigações que os encargos a eles conferidos pela sociedade e pela lei de Deus e da natureza atribuíram ao poder legislativo de qualquer comunidade, em todas as formas de governo: Primeiro, têm de governar por meio de leis estabelecidas, que não poderão variar em casos particulares, instituindo a mesma regra para ricos e pobres, para favoritos na corte ou camponeses no arado; Segundo, tais leis não devem ser destinadas a qualquer outro fim senão o bem do povo; Terceiro, não devem lançar impostos sobre a propriedade do povo sem o consentimento deste, dado diretamente ou por intermédio de seus deputados. E essa propriedade somente diz respeito aos governos quando o legislativo é permanente, ou pelo menos quando o povo não reservou qualquer porção do poder legislativo para deputados a serem por ele escolhidos de tempos em tempos; Quarto, o legislativo não deve nem pode transferir o poder de elaborar leis a quem quer que seja, ou colocá-lo em qualquer outro lugar que não o indicado pelo povo. (LOCKE, 1983, p. 90).

Locke sugere que o poder legislativo não fique estabelecido permanentemente, pois não teria do que se ocupar, e, além disso, quando dissolvido garantiria maior segurança quanto ao objetivo público das leis, pois se os integrantes do poder legislativo souberem que no momento que estão elaborando as leis terão que se sujeitar as mesmas mais a frente, farão leis justas, pois caso contrário estariam se prejudicando.

Quanto ao Poder Executivo, Locke estabelece que este tem como atribuição “a execução das leis municipais da sociedade dentro dos seus limites com relação a todos que a ela pertencem” (LOCKE, 1983, p. 92), já o Poder Federativo o qual corresponde ao “poder de guerra e de paz, de ligas e alianças, e todas as transações com todas as pessoas e comunidades estranhas à sociedade” (LOCKE, 1983, p. 91), tem como atribuição a gestão da segurança e do interesse da sociedade com ou contra agentes externos.

A esses dois poderes Locke preceitua que sejam centralizados nas mesmas mãos, como podemos observar:

Embora, conforme disse, os poderes executivo e federativo de qualquer comunidade sejam realmente distintos em si, dificilmente podem separar-se e colocar-se ao mesmo tempo em mãos de pessoas distintas; visto como ambos exigindo a força da sociedade para seu exercício, é quase impraticável colocar-se a força do Estado em mãos distintas e não subordinadas, ou os poderes executivo e federativo em pessoas que possam agir separadamente, em virtude do que a força do público ficaria sob comandos diferentes, o que poderia ocasionar, em qualquer ocasião, desordem e ruína. (LOCKE, 1983, p. 92).

Quanto ao poder judiciário não é facilmente identificável a qual dos três poderes Locke desejou subordiná-lo. Para Gough (*apud* ALBUQUERQUE, 2006, p.

413) o judiciário não consiste em um poder autônomo na obra de Locke, e parece estar incluído no poder executivo, ao qual é atribuída a administração total das leis.

Armando Albuquerque (2006, p. 413), estabelece duas preocupações essenciais na teoria da separação dos poderes proposta por Locke, sendo elas: “por um lado, depositar em mãos distintas a prerrogativa de elaboração das leis e a prerrogativa da execução das mesmas; por outro lado, a de subordinar o poder executivo ao poder legislativo”.

Podemos observar que o que ganhou destaque na sua teoria foi a imposição dos direitos e liberdades individuais da sociedade ante o domínio do rei e dos políticos. Com ênfase ao direito à vida, à liberdade e direito de propriedade.

Nesse sentido refere Paulo Bonavides (2013, p. 47):

[...] John Locke, como dissemos, não emerge inteiramente triunfante em sua obra de cerceamento do poder estatal. Onde ele mais convence, onde seus argumentos ostentam mais força de persuasão, raramente igualada por outro pensador, é tão somente na teoria dos direitos e liberdades individuais como direitos oponíveis à sociedade política. O célebre livro de Locke, Tratado sobre o Governo Civil, ficou longe de alcançar os efeitos do Espírito das Leis em matéria de contenção do poder. Em Locke, o poder se limita pelo consentimento, pelo direito natural, pela virtude dos governantes, de maneira mais ou menos utópica. Em Montesquieu, sobretudo pela técnica de sua organização, de forma menos abstrata.

1.1.3 – O princípio da separação dos poderes em Montesquieu

Foi o filósofo francês Charles-Louis Secondat (1689-1755), conhecido como Montesquieu, que expandiu para o mundo a teoria da separação dos poderes através de sua obra o Espírito das Leis, dando-lhe traços até então não concebidos, que permitem que esta seja um dos pilares da democracia até hoje.

Ciente de que o poder sem limites causava danos para a sociedade, pois quem o exercia em algum momento se corromperia e usurparia do poder, o filósofo desenvolveu uma teoria que dividia o poder estatal visando conter o mesmo.

[...] a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites. [...] Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. (MONTESQUIEU, 1985, p. 148).

Montesquieu dividiu o poder estatal em três órgãos, e atribuiu a cada um deles tarefas específicas, como podemos observar em trecho extraído de sua obra:

Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem o direito civil. [...] Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado. (MONTESQUIEU, 1985, p. 149).

Dividida as especialidades do poder estatal, Montesquieu sugere que cada uma delas seja atribuída a mãos distintas de forma que uma freie a outra, caso contrário, estará comprometida a liberdade dos integrantes da sociedade. Nesse sentido explica o filósofo:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. [...] Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. [...] (MONTESQUIEU, 1985, p. 149).

Ainda, para Montesquieu (1985, p. 149), tudo estaria perdido “se o mesmo homem, ou o mesmo corpo de 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”.

Quanto aos juízes aos quais é atribuído o que Montesquieu denominou poder de julgar estes não devem ser formados por uma cúpula permanente, mas sim, como determina o filósofo, “por pessoas extraídas do corpo do povo, num certo período do ano, de modo prescrito pela lei, para formar um tribunal que dure apenas o tempo necessário” (MONTESQUIEU, 1985, p. 149). Contudo, em relação as sentenças proferidas pelos juízes, estas não podem ser “mais do que um texto exato da lei” (MONTESQUIEU, 1985, p. 150). A respeito disso acrescenta o filósofo que “os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a *boca que pronuncia as sentenças da lei*, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor” (MONTESQUIEU, 1985, p. 150).

No que tange ao poder legislativo e ao poder executivo, Montesquieu estabelece que devem ser “outorgados a magistrados ou a cortes permanentes, porque não se exercem sobre nenhum indivíduo, sendo um somente a vontade geral

do Estado, e o outro somente a execução dessa vontade geral” (MONTESQUIEU, 1985, p. 150).

Quanto à composição do poder legislativo, o filósofo determina que seja através de representantes escolhidos pelo povo, tendo em vista, ser impossível a participação total da sociedade. Como podemos observar:

Já que, num Estado livre, todo homem que supõe ter uma alma livre deve governar a si próprio, é necessário que o povo, no seu conjunto, possua o poder legislativo. Mas como isso é impossível nos grandes Estados, e sendo sujeito a muitos inconvenientes nos pequenos, é preciso que o povo através de seus representantes, faça tudo o que não pode fazer por si mesmo. (MONTESQUIEU, 1985, p. 150).

No que tange ao poder executivo, Montesquieu estabelece o seguinte:

O poder executivo deve permanecer nas mãos de um monarca porque esta parte do governo, que quase sempre tem necessidade de uma ação momentânea, é mais bem administrada por um do que por muitos; ao passo que o que depende do poder legislativo é, amiúde, mais bem ordenado por muitos do que por um só. [...] Porque, se não houvesse monarca, e se o poder executivo fosse confiado a certo número de pessoas extraídas do corpo legislativo, não haveria mais liberdade, pois os dois poderes estariam unidos, neles tomando parte, algumas vezes ou sempre, as mesmas pessoas. (MONTESQUIEU, 1985, p. 151)

Gozag Truc (1985, p. XVIII) afirma que a separação dos poderes definida por Montesquieu não é tão rígida quanto aparenta, é possível verificar que o filósofo previu o poder de veto do monarca sobre as deliberações do poder legislativo, a intervenção do legislativo no judiciário quando estabelece que os nobres só poderão ser julgados por seus pares, a competência do poder executivo em convocar o legislativo e a fiscalização do poder legislativo sobre o executivo quanta a forma de execução das leis feitas pelo primeiro.

Quanto ao poder de veto do monarca, Montesquieu justifica da seguinte forma: “Se o poder executivo não tem o direito de vetar os empreendimentos do corpo legislativo, este último seria despótico porque, como pode atribuir a si próprio todo o poder que possa imaginar, destruiria todos os demais poderes” (MONTESQUIEU, 1985, p. 152).

No que tange ao poder de convocação do legislativo o filósofo estabelece o seguinte:

O corpo legislativo não deve convocar a si próprio, pois um corpo só é considerado como tendo vontade quando está reunido. E, se ele não se convocasse por unanimidade, não se poderia dizer que parte representaria verdadeiramente o corpo legislativo: a que se reuniu ou a que não se reuniu. Pois se tivesse direito a prorrogar a si próprio, poderia acontecer que ele nunca se prorrogasse, o que seria perigoso no caso em que pretendesse atentar contra o poder executivo. Aliás, alguns períodos são mais convenientes do que outros para a assembleia do corpo legislativo; é necessário, portanto, que seja o poder executivo quem regulamente o momento da convocação e da duração dessas assembleias, com relação às circunstâncias que ele conhece. (MONTESQUIEU, 1985, p. 152).

Montesquieu atribuiu ao legislativo o poder de fiscalizar o executivo no que concerne a correta execução das leis, como podemos observar em trecho do Espírito das Leis: “Porém, se num Estado Livre o poder legislativo não deve ter o direito de sustar o poder executivo, tem o direito e deve ter a faculdade de examinar de que maneira as leis que promulga devem ser executadas” (MONTESQUIEU, 1985, p. 152).

Outra situação de flexibilização do princípio idealizado pelo filósofo, é em relação ao poder de julgar, que ele determina não ficar atribuído aos poderes legislativo e executivo. Podemos observar em trecho da obra situação em que Montesquieu atribui o poder de julgar ao legislativo, justificando, conforme segue:

Apesar de que, em geral, o poder de julgar não deva estar ligado a nenhuma parte do legislativo, isso está sujeito a três exceções. [...] Os poderes estão sempre expostos à inveja e se fossem julgados pelo povo não fruiriam do privilégio que, num Estado livre, o mais humilde cidadão possui de ser julgado pelos seus pares. Cumpre portanto que os nobres sejam levados, não diante dos tribunais ordinários da nação, mas diante da parte do corpo legislativo composta de nobres. (MONTESQUIEU, 1985, p. 152).

Concluindo seu modelo de contenção do poder, Montesquieu afirma que estabelecidas às regras de organização do poder estatal propostas por ele, “Estes três poderes deveriam formar uma pausa ou uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, eles são obrigados a caminhar, serão forçados a caminhar de acordo” (MONTESQUIEU, p. 153).

1.2 APLICAÇÃO HISTÓRICA/PRÁTICA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Uadi Lâmega Bulos (2014, p. 71) ensina que o constitucionalismo ganhou consistência no século XVIII, com o fortalecimento de alguns princípios, que passaram a ser aderidos pela maioria dos Estados através de declarações de direitos e garantias fundamentais. A partir desse momento histórico o constitucionalismo passou promover a ideia de que todo Estado deveria possuir uma constituição escrita com potencial para impedir o arbítrio do Poder Estatal.

A fórmula utilizada para a contenção do Poder Estatal foi absorvida da teoria de Montesquieu com algumas modificações introduzidas pelos responsáveis de elaborar as constituições de cada Estado.

Uadi Lâmega Bulos (2014, p. 71) afirma que “o constitucionalismo moderno inaugura-se a partir do advento das Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, de 14 de setembro de 1787, e da França, de 3 de setembro de 1791. São nessas duas constituições que podemos verificar as primeiras aparições do princípio da separação dos poderes com bastante influência da estrutura defendida pelo filósofo francês Montesquieu, porém com algumas alterações”.

1.2.1 Na Revolução Americana (1787)

Com o advento da Constituição Americana em 1787, provocada pela conclusão da Revolução das treze colônias contra os abusos do governo inglês, podemos verificar a primeira aparição do princípio da separação dos poderes em uma carta constitucional escrita.

Antes de nos atermos a identificar o modo como o princípio da separação dos poderes foi colocado em prática na Constituição Americana de 1787, é necessário verificarmos o que foi a Revolução Americana e quais foram às causas do seu acontecimento.

A Revolução Americana consiste na batalha das colônias inglesas formadas na costa leste da América do Norte, durante o século XVII, contra os arbítrios da coroa britânica, a qual ensejou no ano de 1774, uma guerra com o objetivo de

estabelecer a independência das colônias em face do governo inglês. (BARROSO, 2009, p. 15-16).

Luís Roberto Barroso (2009, p. 15-16) afirma que acontecimentos como o *Stamp Act*, em 1765, nome atribuído ao ato do governo britânico que determinou tributo sobre o selo de jornais, documentos e diversos outros itens, com justificativa de que as colônias deveriam contribuir para a sua defesa; o Massacre de Boston, em 1770, tragédia onde cinco manifestantes foram mortos por disparos efetuados por militares ingleses, durante manifestação contra impostos fixados pelo governo britânico sobre importações das colônias.

Pontua, ainda, o referido autor que o *Tea Act*, 1773, permitiu a distribuição de chás no mercado americano pela Companhia das Índias Ocidentais, ocasionando prejuízo aos comerciantes americanos culminando na reação dos mesmos em jogar parte desse chá, que tinha menor custo do que o local, na baía de Boston, atitude que proporcionou o primeiro combate entre tropas inglesas e americanos insurgentes, somadas às sanções da coroa contra os colonos de Massachusetts e a transferência para o Canadá das terras pertencentes ao norte de Ohio, deflagrando a convocação do Primeiro Congresso Continental, no ano de 1774, que consiste no marco da reação das colônias contra a Inglaterra.

O ano de 1775 foi marcado pela instauração do Segundo Congresso Continental que tinha por objetivo definir as diretrizes da revolução, dentre as determinações foram incentivadas as colônias a adotarem constituições escritas e constituída a comissão encarregada de elaborar a Declaração de Independência, confirmada em 4 de setembro de 1776. (BARROSO, 2009, p. 16).

As colônias americanas eram independentes, o poder político existente era advindo dos integrantes de cada estado com suas peculiaridades, não existia um poder central que coordenasse todas as treze colônias.

Luís Roberto Barroso (2009, p. 16) preleciona que em 1781 foi ratificado o *Articles of Confederation*, aprovado em 1778, que permitiu o surgimento de uma confederação entre as colônias, com o objetivo de regular a convivência e confirmar a independência entre as mesmas. No entanto, esta confederação não foi capaz de enfrentar os desafios da consolidação das novas nações independentes e de impedir a competição predatória entre elas.

Diante da fragilidade do modelo político adotado tornou-se necessário a revisão do mesmo. Com esse objetivo foi convocada uma convenção, reunida na

Filadélfia em 14 de maio de 1787, que se voltou para a confecção de uma Convenção Constitucional com a finalidade de estabelecer um sistema político central capaz de coordenar e harmonizar a convivência das treze colônias. (BARROSO, 2009, p. 16).

A Convenção da Filadélfia, como ficou conhecida, acarretou na unificação das treze colônias e na promulgação da Constituição dos Estados Unidos da América, conforme explica Luís Roberto Barroso (2009, p. 17):

Em 17 de setembro de 1787 o texto foi aprovado pela Convenção e estava pronto para ser submetido à ratificação dos Estados. A primeira Constituição escrita do mundo passou a ser o marco simbólico da conclusão da Revolução Americana em seu tríptico conteúdo: a) independência das colônias; b) superação do modelo monárquico; c) implantação de um governo constitucional, fundado na separação de poderes, na igualdade e na supremacia da lei (*rule of the law*).

A Constituição Americana não retirou toda a autonomia dos Estados, ela permitiu a convivência dos poderes estaduais com o poder federal, através de uma nova forma de organização do Estado, denominada Federação. (BARROSO, 2009, p. 17).

A Carta Magna dos Estados Unidos da América adotou o sistema de tripartição dos poderes no intuito de conter o poder do Estado ante a ambição de seus eventuais detentores. Para isso, dedicou o artigo primeiro da carta constitucional a regulamentação do Poder Legislativo, o artigo segundo se ateve ao Poder Executivo e o terceiro preocupou-se em estabelecer o funcionamento do Poder Judiciário.

A Constituição Americana adotou o sistema bicameral como modelo de estruturação do Poder Legislativo, conforme define a Secção nº 1 do Artigo 1º: “Todos os poderes legislativos outorgados pela presente serão atribuídos a um Congresso dos Estados Unidos, o qual consistirá de um Senado e de uma Câmara dos Representantes.”. (EUA, Constituição, 1987, p. 1).

A Câmara dos Representantes é composta por membros escolhidos pelo povo em cada Estado da nação com quantidade proporcional ao número de habitantes de cada, a escolha dos membros da Câmara acontece a cada dois anos. É atribuída a esta câmara o poder de *impeachment*.

O Senado é formado por dois senadores de cada Estado, os quais serão divididos em três classes, onde a cada dois anos as cadeiras de cada classe

deverão ser renovadas. Ao Senado, a Constituição Americana atribui o poder de julgar todos os *impeachments*.

Confirmando o nosso entendimento obtido através da análise do Artigo 1º da Constituição Americana, Luís Roberto Barroso (2009, p. 18) sintetiza a composição e funcionamento do legislativo americano da seguinte forma:

O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso, em sistema Bicameral, compreendendo a Câmara dos Representantes e o Senado. A Câmara é composta por 435 membros, sendo a representação de cada Estado proporcional ao número de habitantes. Os representantes são eleitos para um mandato de dois anos, pelo sistema majoritário distrital. O Senado é o órgão de representação dos Estados, cada um elegendo dois senadores, perfazendo um total de cem, com mandato de seis anos. Cabe ao Senado, que é presidido pelo Vice-presidente da República, a deliberação final acerca dos tratados firmados pelo Poder Executivo. Os projetos de lei aprovados em uma casa legislativa são submetidos à outra. As competências legislativas da União são limitadas e se encontram expressas na Constituição. Os Estados exercem os poderes remanescentes, o que faz com que, nos Estados Unidos, seja estadual a maior parte da legislação que rege o dia-a-dia das pessoas, como as normas de direito penal, comercial, contratos, responsabilidade civil, sucessões etc. O Congresso desempenha também, amplas competências de investigação e fiscalização.

A composição e as atribuições do Poder Executivo são reguladas no Artigo 2º da Constituição dos Estados Unidos, atribuindo conforme preleciona a Secção nº 1, o poder em questão ao Presidente da República, que o exercerá por período de quatro anos. Dentre as diversas funções do Presidente destacam-se a chefia das Forças Armadas e a nomeação dos principais agentes públicos do país, após aprovação do Senado. (BARROSO, 2009, p. 19).

Luís Roberto Barroso (2009, p. 19) afirma, ainda, que além de exercer competências administrativas, o Presidente também exerce funções normativas, como por exemplo, o envio de projetos de lei ao congresso e o exercício do poder de veto.

O poder de veto previsto na Constituição Americana e conferido ao Presidente, não é absoluto conforme sugeria Montesquieu, após o veto do chefe do executivo o projeto pode ser novamente analisado pelo Congresso, e se obtido aprovação por dois terço dos integrantes de ambas as câmaras e seções distintas, o projeto será aprovado transformando-se em lei, sem a concordância do Presidente.

Tal situação está prevista na Secção nº 7, do art. 1º, da Constituição Americana, com a seguinte redação:

Todo Projeto de Lei que contar com a aprovação da Câmara dos Representantes e do Senado deverá, antes de transformar-se em lei, ser apresentado ao Presidente dos Estados Unidos; se este aprovar, deverá assiná-lo; em caso contrário, devolvê-lo-á com suas objeções à Câmara da qual se originou o projeto, fazendo esta constar na sua ata de objeções por extenso e procedendo à sua reconsideração. Se após está reconsideração dois terços daquela Câmara aprovarem o projeto, este deverá ser encaminhado, juntamente com as objeções, à outra Câmara, pela qual será igualmente considerado e, se aprovado por dois terços desta, tornar-se-á lei. (EUA, Constituição, 1987, p. 3-4).

No que tange ao Poder Judiciário, a Constituição estabelece no Artigo 3º, Secção nº 1 que este “será confiado a uma Corte Suprema e a tantas cortes inferiores quantas o Congresso venha ordenar e estabelecer” (EUA, Constituição, 1987, p. 1). A Corte Suprema é formada por nove integrantes nomeados pelo Presidente após aprovação do Senado.

Observando o sistema de tripartição dos poderes adotado nos Estados Unidos é possível observar um protagonismo do Poder Judiciário exercido através da Corte Suprema. São causas desse protagonismo a adoção do *common law* e a textura aberta da constituição.

Nesse sentido Luís Roberto Barroso (2009, p. 20) expressa o seguinte:

A história do direito constitucional americano é contada pelas decisões da Suprema Corte, órgão supremo do Poder Judiciário, composto por nove membros (Justices). Desde que avocou a condição de intérprete maior da Constituição, sua trajetória é marcada por avanços e recuos, prudências e ousadas, ativismo e autocontenção.

Refere o autor que:

A brevidade do texto constitucional e suas cláusulas gerais e abertas deram à Suprema Corte um papel privilegiado na interpretação e definição das instituições e dos valores da sociedade americana. Ao longo de mais de dois séculos, coube-lhe, dentre outras tarefas, (i) definir as competências e prerrogativas do próprio Judiciário, do Legislativo, e do Executivo; (ii) demarcar os poderes da União e dos Estados dentro do sistema federativo; estabelecer o sentido e alcance de princípios fluídos, como devido processo legal (procedimental e substantivo) e igualdade perante a lei; (iv) assegurar liberdades fundamentais, como a liberdade de expressão, o direito de privacidade e o respeito aos direitos dos acusados em matéria penal; (v) traçar os limites entre a atuação do Poder Público e da iniciativa privada em matéria econômica (BARROSO, 2009, p. 20).

Com isso podemos observar que o Poder Judiciário americano acaba desempenhando uma função diferente da sugerida por Montesquieu, onde este seria

limitado pelo texto da lei. O histórico permite que o Poder Judiciário execute suas atribuições com uma autonomia um pouco maior que os demais poderes.

1.2.2 Na Revolução Francesa (1789)

Foi a Revolução Francesa iniciada em 1789 que desencadeou o cenário para o surgimento da constituição do país em 1791.

Nesse período da história o rei e a nobreza gozavam de um vasto poder e viviam uma vida regada de luxo, esbanjando a riqueza obtida através dos impostos arrecadados da burguesia e da população trabalhadora. No entanto, a maior parte da população era formada pela burguesia e pelo proletariado.

Tais fatos causaram a indignação do povo com o poder absoluto do rei e com as regalias hereditárias da nobreza, culminando em uma reação violenta por parte da grande parcela dos franceses que eram obrigados a sustentar a vida mansa do rei e da nobreza e viviam afastados de condições dignas de vida. O Estado, representado até então pelo Monarca, o qual possuía centralizado em suas mãos todos os poderes estatais; tanto de criar, quanto de executar as leis, como também de punir todos que desafiassem as suas determinações fundadas apenas nos interesses particulares seus e da nobreza, que era manter a sua classe no mais alto luxo através da exploração do povo por meio de impostos e do trabalho.

O marco inicial da Revolução Francesa foi a tomada da Bastilha em 14 julho de 1789, fortaleza na qual eram detidos os inimigos do regime absolutista e armazenados armas e pólvora.

Luís Roberto Barroso (2009, p. 25) explica que “[...] na noite do dia 14 de julho de 1789, a multidão sem controle marchou pelas ruas de Paris, então capital do mundo civilizado, e derrubou a Bastilha, os pobres e deserdados saíram pela primeira vez da escuridão dos tempos”.

Um dos principais fatores do desencadeamento da revolução foi a crise financeira do Estado francês, que vinha de derrota na guerra contra a Inglaterra, agravada com o apoio ao combate da independência americana. (BARROSO, 2009, p. 25).

Com o intuito de formar uma nação baseada nos ideais de igualdade, liberdade e fraternidade, os revoltosos derrubaram do poder, Luis XVI, e montaram uma Assembleia Constituinte revolucionária que foi influenciada pelo mecanismo de

contenção do poder de Montesquieu e pelos ensinamentos de Rousseau, o qual afirma que o poder para a elaboração da leis advém da vontade geral do povo, proporcionando a criação da Constituição francesa de 1791. (TEIXEIRA, 2012, p. 1).

Foi na Constituição de 1791 que se pode observar a segunda aparição do princípio da separação dos poderes com grande semelhança ao idealizado pela doutrina de Montesquieu.

Michel Verpeaux (*apud* TEIXEIRA, 2012, p.1) informa que o modelo de separação dos poderes formulado pela Assembleia Constituinte revolucionária tinha como principal objetivo proibir que o rei participasse da elaboração das leis ou que as aplicasse por meio de medidas gerais e impessoais, tendo em vista que este modo de aplicação proporcionava ao monarca distorcer os objetivos do legislador no ato de criação das leis.

Grégoire Bigot (*apud* TEIXEIRA, 2012, p.1) menciona que os pioneiros constituintes de 1789 conseguiram impor uma revolução no direito público francês, quando dividiram os poderes até então concentrados no rei, em órgãos distintos com funções específicas.

A Carta de 1791 estabelecia uma “monarquia constitucional e parlamentar” (BARROSO, 2009, p. 26), onde o Poder Executivo era exercido pelo Rei e mais seis ministros, o Poder Legislativo era atribuído a Assembleia Legislativa composta por 745 representantes (eleitos através do sistema censitário onde só era permitido o voto daqueles que possuíam propriedades excluindo da votação a parcela sofrida do povo); e o Poder Judiciário era exercido pelo Tribunal de Cassação, composto por juízes. (BULOS, 2014, p. 72).

Além da Constituição de 1791, a Revolução Francesa contribuiu também para promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual menciona no art. 16 que “toda sociedade em que a garantia dos Direitos não é assegurada, nem a *separação de Poderes* é determinada, não possui Constituição alguma.” (FRANÇA, Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789).

O Artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão declara que:

A Lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através dos seus representantes, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, quer se destine a proteger quer a punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a

sua capacidade, e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos. (FRANÇA, Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789).

Embora a disposição acima mencionada atribua que o objetivo das leis é expressar a vontade geral do povo, o que ocorreu foi que quem participava da formação da vontade estatal com advento do novo modelo de Estado francês era a burguesia, a qual utilizava o nome do povo como escudo para assumir o poder e buscar seus interesses. (BARROSO, 2013, p. 67).

Mesmo que os fatos ocorridos depois de 1791 nos remontem um possível fracasso da Revolução, pois levaram a França a imposição de um regime totalitário através do golpe de Estado deflagrado por Napoleão Bonaparte em 1799, que ficou conhecido como 18 Brumário (BARROSO, 2009, p. 27), não é isso que realmente ocorreu, Luís Roberto Barroso explica que:

A Revolução, na verdade, vencera. A França, a Europa e o mundo já não eram os mesmos e jamais voltariam a ser. O antigo regime estava morto: não havia mais absolutismo real, nobreza, estamentos privilegiados, corporativismo ou poder incontestável da Igreja Católica. [...] Quanto às instituições políticas e ao constitucionalismo, consolidaram-se valores como o sufrágio universal, a soberania popular, a *separação dos poderes*, a proteção dos direitos individuais, com ênfase nas liberdades públicas, na igualdade formal e na propriedade privada. (BARROSO, 2009, p. 28).

Essa herança deixada pela Revolução Francesa fez com que o povo descobrisse o seu poder e a capacidade de, unidos, vencer as injustiças e as imposições das classes detentoras do poder; o legado deixado pela revolução marcou a sociedade deste país e o mundo; e permitiu, posteriormente, a implantação novamente da República adotando o modelo de tripartição dos poderes, absorvendo os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade.

Atualmente encontra-se em vigor na França a Constituição de 1958 a qual adota o governo semipresidencialista fundado na soberania popular e na separação dos poderes. (BARROSO, 2009, p. 29).

A Carta de 1958 estabelece que o Poder Executivo é exercido de forma compartilhada entre o Presidente da República que é o chefe de Estado eleito através do sufrágio universal para um mandato de sete anos, e o Primeiro-Ministro que é o chefe de governo e da administração, o qual é nomeado pelo Presidente. (BARROSO, 2009, p. 29). Aqui cabe salientar que a investidura e a permanência do

Primeiro-Ministro no cargo é condicionada a vontade da maioria do Parlamento, podendo este substituir aquele mediante deliberação. (BARROSO, 2006, p. 5).

Dentre as atribuições do Presidente podemos destacar a nomeação do Primeiro-Ministro, a presidência do Conselho de Ministros, o comando das Forças Armadas, a capacidade de dissolver a Assembleia Nacional e a negociação de tratados. (BARROSO, 2009, p. 29).

Das atribuições do Primeiro-Ministro destacam-se a competência de formular a política nacional, propor projetos de leis, dar cumprimento às leis, exercer o poder regulamentar e nomear funcionários públicos tanto na esfera civil quanto na militar. (BARROSO, 2009, p. 29).

Na Constituição da França, quem representa o Poder Legislativo é o Parlamento, através do sistema bicameral formado pela Assembleia Nacional e pelo Senado. (BARROSO, 2009, p. 29).

Sobre o Parlamento, Luís Roberto Barroso (2006, p. 32), explica remontando aos artigos da Constituição Francesa:

É da sua competência votar as leis, em todas as matérias previstas no art. 34. As leis poderão ser de iniciativa do Primeiro-Ministro ou dos membros do Parlamento (art. 34) e os respectivos projetos deverão ser examinados nas duas assembleias, sucessivamente (art. 45). As propostas e emendas formuladas pelos membros do Parlamento serão rejeitadas quando importarem em redução de recursos públicos ou na criação ou aumento de encargos públicos (art. 41). As matérias que não tenham sido reservadas à lei, nos termos do art. 34, terão caráter regulamentar (art. 37).

A Assembleia Nacional é composta por 577 deputados, eleitos por cinco anos através de voto direto. Já o Senado é composto por 521 senadores eleitos por nove anos, os quais têm como função principal representar as coletividades territoriais. (BARROSO, 2009, p. 29).

O Judiciário na França é atribuído a dois órgãos diferentes, sendo eles a Corte de Cassação e o Conselho de Estado. Ao primeiro cabe a jurisdição judicial e ao segundo cabe a jurisdição administrativa. (BARROSO, 2009, p. 30).

O Conselho de Estado além de ser a mais alta instância da jurisdição administrativa é também o mais alto órgão consultivo do governo. Dentre as competências de jurisdição administrativa cabe ao conselho julgar a conformidade dos regulamentos à lei, aos princípios gerais de direito e à Constituição, já quanto à competência consultiva cabe ao Conselho se manifestar acerca dos projetos de lei,

medidas provisórias e decretos regulamentares que interfiram com textos de caráter legislativo. (BARROSO, 2009, p. 31).

A Corte de Cassação corresponde à mais alta instância da jurisdição judicial, e é dividida em jurisdição civil e jurisdição criminal; a primeira abrange causas referentes a direito civil, comercial e do trabalho; já a segunda abrange os processos relativos a contravenções, delitos e crimes. (PINTO, 2008, p. 116).

Luís Roberto Barroso (2009, p. 31) estabelece, ainda, que a França tem um histórico de desconfiança do Judiciário, de tal forma que a constituição o estabelece mais como um departamento especializado, do que como um Poder propriamente dito. Podemos verificar isso com o fato do país não admitir o controle constitucional das leis nos moldes norte-americano. Também desconsidera os ensinamentos de Montesquieu, quando no artigo 64 da Carta francesa estabelece que o Presidente da República é o responsável por garantir a independência do Judiciário, sem se preocupar com o fato de que o abuso de poder do Presidente que pode ensejar uma ingerência indevida. (BARROSO, 2009, p. 30-31).

Dalmo de Abreu Dallari (*apud* PINTO, 2008, p. 112) afirma que:

Um dos fatores desencadeadores da Revolução Francesa foi a forte desconfiança que recaía sobre a magistratura de então, claramente tendenciosa aos interesses das altas classes sociais e à defesa do *ancien régime*, máxime pelo fato de que os cargos de juiz eram vendidos, herdados ou alugados como uma propriedade qualquer e essa ausência de imparcialidade e de vocação para a judicatura fazia com que as querelas que chegassem à sua apreciação se transformassem em instrumentos de chantagem e troca de favores.

Embora o artigo 1º da Constituição Francesa de 1791 tenha proibido o exercício da magistratura pelos membros do legislativo e pelo Rei, o histórico de instabilidade político-institucional da França proporcionou diversas alterações na estruturação e autonomia do Poder Judiciário, contudo sempre submetendo este ao legislativo ou ao executivo. (PINTO, 2008, p. 111-112).

No que tange ao controle de constitucionalidade, atualmente ele é exercido pelo Conselho Constitucional o qual não possui qualquer vínculo com outra autoridade estatal. (PINTO, 2008, p. 123). Como vimos, na França não é admitido o controle difuso nos moldes norte-americano, apenas é admitido o controle preventivo que ocorre antes da entrada em vigor de certa lei, a consequência disso é que depois de aprovada pelo Conselho Constitucional a norma não mais pode ser

questionada, impossibilitando que o Conselho reavalie sua decisão. (PINTO, 2008, p. 123).

Podemos observar que o sistema francês não possibilita que o Judiciário explane sua interpretação para a aplicação das leis, sendo que sua manifestação só é permitida antes da aprovação das mesmas, isso impossibilita o exercício do ativismo judicial, diferentemente do modelo norte-americano no qual o Judiciário é protagonista e intervém na esfera política como vimos anteriormente. A organização dos poderes na França tem como característica o receio ante o Judiciário.

1.2.3 O Princípio da Separação dos Poderes nas Constituições Brasileiras

O princípio da separação dos poderes no Brasil, foi adotado a partir da Constituição de 1824 e desde então permaneceu inserido em todas as Cartas Políticas que sucederam a Constituição Imperial. No entanto, sofreu distintas formas de aplicação durante o transcorrer da história constitucional de nosso país, que abordaremos no decorrer deste capítulo.

1.2.3.1 Na Constituição de 1824

A Constituição Política do Império do Brasil foi outorgada em 25 de março de 1824, dois anos após a Declaração de Independência proclamada por Dom Pedro I, e não adotou o sistema de tripartição dos Poderes puro conforme idealizou Montesquieu, e sim um sistema com quatro poderes, sendo eles, Executivo, Legislativo, Judiciário e Moderador, os três primeiros com traços da doutrina de Montesquieu e o último idealizado por Benjamin Constant. O Governo era monárquico. (LENZA, 2011, p. 98).

O Poder Moderador era exercido pelo imperador e permitia que este interferisse nos demais poderes; no âmbito do Legislativo tinha competência para nomear os Senadores, convocar a Assembleia Geral extraordinariamente, sancionar e vetar proposições do Legislativo, dissolver a Câmara dos Deputados, convocar imediatamente outra que a substituía; no âmbito do Executivo era encarregado de nomear e demitir livremente os Ministros de Estado, e no âmbito do Judiciário tinha poder para suspender os magistrados. (LENZA, 2011, p. 98).

Embora os criadores da Constituição do Império divulgassem a ideia de que a mesma estava sendo fundada com base em ideais democráticos, a utilização do Poder Moderador centralizado nas mãos do imperador mostrava que na prática era admitido o absolutismo (BASTOS *apud* PAULO; ALEXANDRINO, 2012, p. 26). Tanto que para a elaboração da Constituição, inicialmente foi convocada por Dom Pedro I uma Assembleia Constituinte, a qual posteriormente foi dissolvida pelo mesmo por ir contra os seus interesses autoritários. Para substituir a Assembleia Constituinte, Dom Pedro I criou o Conselho de Estado com o intuito de elaborar uma constituição que correspondesse com suas vontades. (LENZA, 2011, p. 96).

O Poder Legislativo nesse período era exercido pela Assembleia Geral, organizada com base no sistema bicameral, sendo composta pela Câmara de Deputados e pelo Senado; a primeira era formada por deputados eleitos através do sufrágio censitário para mandatos temporários; já a segunda seus integrantes eram nomeados pelo imperador e possuíam mandato vitalício. (PAULO; ALEXANDRINO, 2012, p. 26).

Aqui podemos observar o quanto o quarto poder atribuído ao Imperador era arbitrário, pois metade do Poder Legislativo era nomeado a seu critério e a outra metade representada pela Câmara de Deputados mesmo sendo eleita através do voto, era permitido ao imperador dissolvê-la. Assim, sempre que a Câmara contrariasse seus interesses, ele poderia utilizar o Poder Moderador para fazer falar mais alto suas intenções. O mesmo acontece com o Judiciário, pois era permitido ao titular do Poder Moderador suspender os magistrados.

O Poder Executivo era exercido por Dom Pedro I através de seus Ministros de Estado, o quais não dependiam da confiança da Assembleia para permanecer nos seus cargos. (LENZA, 2011, p. 97)

O Poder Judiciário era composto de juízes e jurados, sendo que a estes emitiam pareceres sobre os fatos e aqueles eram responsáveis por aplicar a lei. (LENZA, 2011, p. 97).

Embora a Carta de 1824 tivesse características liberais absorvidas do legado deixado pela Revolução Americana e Francesa, tais como a separação dos poderes e enumeração expressa de direitos individuais (PAULO;ALEXANDRINO, 2012, p. 26), não conseguiu cumprir o seu objetivo principal que era impedir a arbitrariedade de quem detém o poder. Sendo que o principal mecanismo que

impossibilitou o cumprimento de seu objetivo foi o Poder Moderador, que possibilitava a intervenção do imperador perante os outros três poderes.

1.2.3.2 Na Constituição de 1891

Pedro Lenza (2011, p. 100) explica que o descontentamento dos militares com a redução de efetivo e orçamento, somados com desavenças entre a Igreja Católica e a Monarquia, gerou o enfraquecimento da mesma, que através de um golpe militar comandado por Deodoro da Fonseca retirou Dom Pedro II do poder e proclamou a República em 15 de novembro de 1889.

Entre os anos de 1889 e 1891 se instalou no Brasil o Governo Provisório através do Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889 que foi redigido por Rui Barbosa e presidido por Deodoro da Fonseca, com o objetivo de consolidar a República e elaborar uma nova Constituição. (LENZA, 2011, p. 100).

A Assembleia Constituinte foi eleita em 1890, vindo a promulgar a Constituição em 24 de fevereiro de 1891, a primeira Constituição da República, que adotou a forma federativa de Estado e a forma Republicana de Governo. (LENZA, 2011, p. 100).

O regime adotado pela Carta de 1891 foi o representativo, no qual os membros do Poder Executivo e Legislativo eram eleitos através de voto direto para mandatos com prazo determinado. (PAULO; ALEXANDRINO, 2012, p. 27).

O sistema de governo foi o presidencialista absorvido da cultura norte-americana. (PAULO; ALEXANDRINO, 2012, p. 27).

O Poder Moderador foi abolido e a República passou a organizar os Poderes conforme a doutrina da tripartição de Poderes de Montesquieu, estabelecendo no art. 15 da Constituição que “são órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário, harmônicos e independentes entre si”. (LENZA, 2011, p. 101).

O Poder Legislativo era representado pelo Congresso Nacional através do sistema bicameral, a Câmara dos Deputados tinha como principal objetivo representar o povo e seus integrantes eram eleitos através do sufrágio direto para mandatos de três anos e o Senado representava os Estados e o Distrito Federal através de três Senadores por Estado, também eleitos pelo sufrágio direto, porém para mandatos de nove anos. (LENZA, 2011, p. 102).

O Poder Executivo era atribuído ao Presidente da República eleito através do voto direto para um mandato de quatro anos, o qual era assessorado por Ministros de Estado admitidos e demitidos conforme sua vontade. (LENZA, 2011, p. 102).

No que tange ao Poder Judiciário, as inovações trazidas foram a criação do Supremo Tribunal Federal como órgão máximo do poder em tela, composto por 15 juízes, o estabelecimento das hipóteses dos crimes de responsabilidade, a previsão de vitaliciedade para os Juízes Federais e a garantia de irredutibilidade de vencimentos. (LENZA, 2011, p. 102)

Podemos observar que a Constituição de 1891 foi muito influenciada pela forma norte-americana de organização dos poderes estatais, tal fato ocorreu devido à simpatia e os estudos aprofundados do mentor da primeira Constituição da República, Senador Rui Barbosa.

1.2.3.3 Na Constituição de 1934

A Constituição de 1934 foi promulgada em 16 de julho de 1934, e é fruto do rompimento da ordem jurídica realizado pela Revolução de 1930, que pôs fim a Primeira República e colocou Getúlio Vargas no poder. (LENZA, 2011, p. 104-105).

Uma das grandes inovações trazidas pela Carta de 1934 foi a enumeração dos direitos sociais através de normas programáticas absorvidas do legado deixado pelos alemães com a Constituição de Weimar de 1919. (PAULO; ALEXANDRINO, 2012, p. 28)

No que tange a estrutura fundamental do Estado, a Magna Carta de 1934 não operou modificações, mantendo a forma estabelecida pela Constituição de 1891, ou seja, foi mantida a república, a federação, a divisão de poderes, o presidencialismo e o regime representativo. (SILVA apud PAULO; ALEXANDRINO, 2012, p. 28).

Um grande avanço trazido por esse período foi o Código Eleitoral estabelecido pelo Decreto nº 21.076 de 24 de fevereiro de 1932, ainda durante o segundo Governo Provisório, o qual criou a Justiça Eleitoral, adotou o voto feminino e o sufrágio universal, direto e secreto. (LENZA, 2011, p. 106).

1.2.3.4 Na Constituição de 1937

Em 10 de novembro de 1937, Getúlio Vargas, fechou o Congresso Nacional, revogou a Constituição de 1934, outorgou a Constituição de 1937 e instalou a ditadura, este período ficou conhecido como Estado Novo. (PAULO; ALEXANDRINO, 2012, p. 28).

A Carta de 1937 manteve os traços da doutrina de Montesquieu dividindo as funções estatais entre três órgãos (Legislativo, Executivo e Judiciário); contudo, isso aconteceu somente de maneira formal, pois o regime autoritário operou um esvaziamento do Judiciário e do Legislativo centralizando o poder nas mãos do Presidente. (LENZA, 2011, p. 109).

Nesse sentido Paulo Bonavides e Paes de Andrade (*apud* MALDONADO, 2003, p. 236) afirmam que:

A competência dos três Poderes na Constituição de 1937, era meramente formal. Os artigos 38 e 49 que tratavam do Poder Legislativo esboroavam-se com o conjunto do texto e, mesmo, com a coexistência de um Conselho Federal criado pelos artigos 50 e 56, usurpando faculdades legislativas com dez dos seus membros escolhidos pelo Presidente da República e os restantes pelas Assembleias Legislativas dos Estados. [...] Era o Senado sem voto popular, constituído já à época, dos senadores biônicos que recebiam a designação de “conselheiros”. [...] Quanto ao Judiciário, o arbítrio do Poder Executivo ultrapassava até mesmo o texto da Carta constitucional. Esta, todavia deixava a brecha para esses abusos, quando em seu artigo 91, ressaltava as restrições à vitaliciedade, à inamovibilidade, à irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados. A competência dos três Poderes ficou limitada ao centralismo do Executivo e condicionada aos interesses do chefe supremo da administração – o Presidente da República.

José Afonso Silva (*apud* PAULO; ALEXANDRINO, 2012, p. 29) explica que:

A Carta de 1937 não teve, porém, aplicação regular. Muitos de seus dispositivos permaneceram letra morta. Houve ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República, que legislava por via de decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão do Executivo.

Embora a centralização do poder ocasione uma queda na implementação de direitos sociais e dos ideais de liberdade, o período trouxe algumas contribuições como a consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e a instituição de alguns direitos sociais como o salário mínimo, sem mencionar no crescimento econômico que foi gerado para o país. (LENZA, 2011, p. 109).

1.2.3.5 Na Constituição de 1946

Com o advento da Segunda Guerra mundial e o ingresso do Brasil no confronto, Getúlio Vargas perdeu importante apoio, devido à dicotomia do modelo estatal da época com características fascistas e a luta externa contra países que adotavam o regime fascista. (LENZA, 2011, p. 112).

Tais fatos levaram a ruína do denominado Estado Novo e a queda de Getúlio do poder, vindo a proporcionar uma redemocratização do Brasil com a instalação de uma Assembleia Constituinte, em 2 de fevereiro de 1946, a qual foi encarregada e elaborar a Constituição, que foi promulgada em 18 de setembro de 1946. (PAULO; ALEXANDRINO, 2012, p. 29).

A Constituição de 1946 absorveu as ideias liberais da Carta de 1891 e as ideias sociais da de 1934, e operou, no campo econômico, uma harmonização do princípio da livre-iniciativa com o princípio da justiça social. (LENZA, 2011, p. 113).

A Carta Magna de 1946 proporcionou novamente a materialização da doutrina de tripartição dos poderes de Montesquieu, diferente da anterior que adotava o sistema apenas no sentido formal, como vimos. (LENZA, 2011, p. 113).

1.2.3.6 Na Constituição de 1967

A Constituição de 1967 foi produto do Golpe Militar realizado em 1964, que vestiu uma carapuça de movimento democrático, mas na realidade ocasionou o retorno ao regime ditatorial com muita restrição o funcionamento da democracia. (LENZA, 2011, p. 115-116).

A Carta de 1967 foi outorgada em 24 de janeiro de 1967, e teve forte influência da Constituição de 1937 considerada pela doutrina majoritária como antidemocrática. (PAULO; ALEXANDRINO, 2012, p. 30).

Igualmente a Carta de 1937, a de 1967 manteve o sistema de tripartição dos poderes de Montesquieu, mas somente de maneira formal na prática o poder foi centralizado e o Legislativo e Judiciário sofreram grandes restrições.

Celso Bastos (apud LENZA, 2011, p. 116) afirma que apesar da Constituição de 1967 adotar o sistema de tripartição dos poderes. “[...] no fundo existia um só,

que era o Executivo, visto que a situação reinante tornava por demais mesquinhas as competências tanto do Legislativo quanto do Judiciário [...]”.

Adotando a mesma característica da Carta de 1934, a de 1967 permitia ao Presidente legislar através de decretos-leis. No entanto, Pedro Lenza (2011, p. 117) explica que:

O art. 58, parágrafo único, previa a criticada aprovação por decurso de prazo do decreto-lei, já que, publicado o texto, que tinha vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovava ou o rejeitava, dentro de 60 dias, não podendo emenda-lo. Se, porém, nesse prazo não houvesse deliberação, o texto seria tido como aprovado.

Esse período foi marcado pela arbitrariedade dos militares detentores do poder, esvaziando os ideais de democracia e representação popular, onde houve diversas restrições aos direitos fundamentais.

A Constituição de 1967 sofreu diversas modificações operadas através da Emenda Constitucional nº 1/1969, todas com o objetivo de expandir ainda mais o poder do Executivo o qual estava na mão dos militares.

Sobre essa emenda José Afonso da Silva (2006, p. 87) explica que:

Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil.

A Emenda Constitucional nº 1/1969 de maneira formal pretendia manter a estrutura de um Estado Democrático de Direito, mas na prática os poderes abrangentes do Presidente da República e as hipóteses de suspensão de direitos individuais impossibilitavam a existência desse modelo. (PAULO;ALEXANDRINO, 2012, p. 31).

1.2.3.7 Na Constituição de 1988

Com o término dos Governos militares através da eleição para presidência de República de forma indireta, de Tancredo Neves, em 15 de janeiro de 1985, foi

possível dar início a um processo de redemocratização do Brasil. (PAULO; ALEXANDRINO, 2012, p. 31).

No entanto, antes de assumir o cargo de Presidente, Tancredo Neves, veio a óbito acometido por grave enfermidade, e quem assumiu o comando da nação foi José Sarney, o Vice-Presidente. (LENZA, 2011, p. 121).

Para que a idealizada redemocratização se operasse era necessário que uma nova Constituição fosse elaborada, tendo em vista, que as anteriores colaboravam com a centralização do poder e com um regime nada democrático.

Com esse objetivo a Emenda Constitucional nº 26/1985 convocou uma Assembleia Nacional Constituinte composta pelos membros das duas casas do Congresso, concluindo seus objetivos em 5 de outubro de 1988 com a promulgação da Constituição de 1988. (PAULO; ALEXANDRINO, 2012, p. 31).

A Constituição de 1988 pretendeu estabelecer no Brasil um Estado Democrático de Direito, elencando um grande número de direitos, os quais deveriam ser implantados através da prestação de serviços por parte do Estado, e também estabeleceu ferramentas que possibilitam ao cidadão exigir do Estado a implementação dos direitos devidos. (PAULO; ALEXANDRINO, 2012, p. 32).

Essas características fizeram a Constituição de 1988 ficar conhecida com Constituição Cidadã. (PAULO; ALEXANDRINO, 2012, p. 32).

No que tange a forma de organização dos poderes foi retomado o modelo tradicional de três poderes formulado por Montesquieu, contudo não apenas de maneira formal como nas Constituições dos períodos ditatoriais. A Carta de 1988 possibilitou um equilíbrio entre os poderes através da adoção do sistema de freios e contrapesos, o qual permite a interferência de um poder sobre o outro, visando à manutenção da independência entre eles. (LENZA, 2011, p. 124).

O sistema de freios e contrapesos, como nos remonta Maurílio Maldonado (2013, p. 240), é fruto do empirismo britânico, da racionalização de Montesquieu e do pragmatismo norte-americano, e é considerado o principal elemento caracterizador do princípio de tripartição dos poderes no Direito Contemporâneo. Dos britânicos são extraídos o veto e o impeachment, do filósofo francês o bicameralismo e dos norte-americanos, o controle de constitucionalidade das leis. (MALDONADO, 2003, p. 240).

O veto consiste em mecanismo de controle do Executivo sobre atividade específica do Legislativo, inserido no Artigo 66, § 1º e Artigo 84, inciso V, da Constituição de 1988, os quais possuem as seguintes redações, respectivamente:

Art. 66, § 1º. Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

[...]

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

V – vetar os projetos de lei, total ou parcialmente; [...]. (BRASIL, Constituição, 1988).

O Artigo 84 da Constituição de 1988 prevê mais dois casos de interferência do Executivo em atividade de especialização do Legislativo, sendo o primeiro caso previsto no seu inciso III, que permite ao Presidente da República obedecendo os procedimentos e as hipóteses previstas na Carta Constitucional, iniciar o processo legislativo e o segundo previsto no inciso IV, que confere ao Chefe do Executivo competência para promulgar, sancionar e publicar leis, como também expedir decretos e regulamentos para a execução das mesmas.

Ao Executivo também é facultado exercer certo controle de correção sobre a atividade jurisdicional através da concessão de indulto e comutação de pena, previstos do inciso XII, do Artigo 84, da Constituição de 1988. (MALDONADO, 2003, p. 243).

O principal mecanismo de interferência do Judiciário sobre o Legislativo é o controle de constitucionalidade das leis elaboradas por este, e está previsto no *caput* do Artigo 102, da Constituição de 1988, o qual confere ao mais alto órgão do Poder Judiciário, a guarda da constituição. (MALDONADO, 2003, p. 244).

Para interferência em atividade específica do Executivo, o principal mecanismo utilizado pelo Judiciário é a ação direta de inconstitucionalidade por omissão dirigida aos órgãos da administração, que visam obrigar a administração pública, de competência do Executivo, a adotar medidas que permitam a plena eficácia de determinada norma constitucional sob pena de responsabilidade. O procedimento em questão está regulado no Artigo 103, § 2, da Constituição de 1988. (MALDONADO, 2003, p. 245).

O Legislativo além da função de elaborar as leis tem como atribuição a fiscalização da execução das mesmas, podendo em diversos casos previstos na constituição interferir na execução das leis, atividade típica do Poder Executivo. Figuram como exemplos desses casos o impeachment, e as hipóteses de fiscalização previstas no Art. 49, da Constituição de 1988. (MALDONADO, 2003, p. 246).

Sobre a interferência do Legislativo ante o Judiciário, Maurílio Maldonado (2003, p. 246-247) afirma:

O Poder Judiciário também está sujeito ao controle do Poder Legislativo. Assim ocorre quando das deliberações do segundo sobre as proposições legislativas de iniciativa do primeiro, nos termos do caput do artigo 48 da CF.[...] Outro importante instrumento de controle do Poder Legislativo, que também pode recair sobre o Poder Judiciário, o controle de fiscalização exercido através das Comissões Parlamentares de Inquérito, previsto no § 3º do art. 58 da CF, encontra exemplo na memória recente de nossa história, pela ação do Poder Legislativo federal na chamada CPI do Judiciário.

As situações expostas acima acerca dos modos de interferência entre as esferas dos três poderes não são exaustivas, mas sim exemplificativas, figurando algumas outras hipóteses não abordadas. Os exemplos foram mencionados para demonstrar que os poderes não possuem uma independência absoluta, podendo sofrer intervenção dos demais, e essa intervenção tem como principal objetivo a manutenção da independência entre eles de tal forma que um não consiga se sobrepor ao outro.

1.2.4 O princípio da separação dos poderes na atualidade

O princípio da separação dos poderes, como vimos, ainda é importante mecanismo de controle do poder, o qual possibilitou a queda do absolutismo dos reis que assombrava as sociedades passadas e auxiliou na instituição dos direitos de liberdade e de igualdade. Sem ele não teríamos produzido esse grande avanço na qualidade de vida dos cidadãos.

Embora estejamos longe de alcançar um padrão ideal de implementação dos direitos de liberdade e de igualdade (direitos estes complementares), e, por consequência, de uma sociedade justa, o princípio da separação dos poderes permitiu que fossem operadas importantes mudanças na qualidade de vida dos

seres sociais. No entanto, este princípio não oferece mais a mesma eficiência de outrora.

Nesse sentido Paulo Bonavides (2013, p. 64) escreve:

Esse princípio – que nas origens de sua formulação foi, talvez, o mais sedutor, magnetizando os construtores da liberdade contemporânea e servindo de inspiração e paradigma a todos os textos de lei fundamental, como garantia suprema contra as invasões do arbítrio nas esferas da liberdade política – já não oferece em nossos dias, o fascínio das primeiras idades do constitucionalismo ocidental.

Refere, ainda este autor que o princípio da separação dos poderes:

[...] Representou seu papel histórico. O constitucionalismo democrático por ele tem a mais justa e irredimível dívida de gratidão. Merece, com efeito, a homenagem e o reconhecimento dos que, na doutrina política, consagram sua luta aos ideais de liberdade e democracia. Ajudou a implantar na consciência ocidental o sentimento valorativo dos direitos e garantias individuais, de que foi, no combate aos déspotas do absolutismo, a arma mais eficaz (BONAVIDES, 2013, p. 64).

Atualmente a divisão dos poderes não comporta a mesma rigidez do passado, foi desenvolvida pela doutrina a ideia de que o poder estatal é uno, indivisível e indelegável, tais características acabam tornando impróprio falar em divisão de poderes. (SILVA, 2006, p. 107).

O poder estatal como vimos é uno, o que foram divididas são as funções, sendo elas: a legislativa, encarregada da elaboração de normas gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, conhecida como leis; a executiva, encarregada da solução dos problemas concretos e individualizados conforme os ditames das leis; e a jurisdicional incumbida de aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflitos de interesse. Cada uma dessas funções é atribuída, respectivamente, a órgãos distintos denominados, Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. (SILVA, 2006, p. 108).

Embora o artigo 60, §4, inciso III da Constituição de 1988, defina a separação dos poderes como cláusula pétreia, o que acarreta a impossibilidade de deliberação que vise abolir essa divisão funcional do poder estatal, não significa dizer que as características dessa divisão não podem sofrer modificações com o tempo.

Luis Roberto Barroso (2009, p. 174) aduz que “[...] apenas haverá violação à cláusula pétrea da separação de Poderes se o seu conteúdo nuclear de sentido tiver sido afetado”.

Esse conteúdo nuclear é formado por dois elementos, a especialização funcional, e a independência orgânica. (SILVA, 2006, p. 109).

A especialização funcional significa que cada órgão deve desempenhar uma função distinta, e a independência orgânica, comporta três características essenciais: primeiro, uma mesma pessoa não pode fazer parte de mais de um Poder ao mesmo tempo; segundo, um Poder não pode demitir os integrantes de outro através de decisão puramente política, e terceiro além de desempenhar suas funções típicas, cada Poder possui funções atípicas que servem de reforço ante os demais Poderes. (BARROSO, 2009, p. 174).

Atualmente é possível observar uma crescente expansão de atividades atípicas no âmbito dos três poderes, contudo esses fatos não ofendem os limites materiais fixados pelas cláusulas pétreas da atual Constituição, pois a proteção é referente ao núcleo essencial dos conceitos protegidos no § 4º, do art. 60, da Constituição de 1988. (BARROSO, 2009, p. 169-171).

Como podemos observar com o passar do tempo o sistema jurídico foi evoluindo através de significativas mudanças, tais como as verificadas acima na forma de funcionamento da tripartição das funções do poder estatal. Acompanhando essa evolução podemos verificar uma tensão entre Política e Direito que será analisada no próximo capítulo.

2 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

2.1 DIREITO E POLÍTICA

É possível constatar na evolução histórica da sociedade ocidental, uma grande tensão entre Direito e Política. Essa tensão provocou uma inversão de prioridades entre esses elementos fazendo que em determinados momentos históricos se tenha priorizado um, ante o outro. É possível até mesmo verificar uma submissão entre eles.

Tais fatores associados à criatividade e inteligência de estudiosos, proporcionaram a evolução e moderação no desempenho das respectivas atribuições do Direito e da Política, e até mesmo uma relação entre esses elementos distintos.

Nas comunidades primitivas o Direito era um produto rígido e de difícil mutação que possuía independência e superioridade de importância sobre a Política, onde não era contestada sua origem, tão pouco sua validade, isto pelo fato de que era creditado a forças divinas o surgimento e a validação de suas regras.

Dieter Grimm explica que:

O Direito era válido mais por força de tradição imemorial ou instituição divina. A sociedade o encontrara e o experienciava como imutável. Sob essas condições não colocava a pergunta acerca da justiça do direito vigente. Direito e justiça eram coincidentes. Tal direito não era objeto de decisão, mas de conhecimento. Ele não dependia da política nem em seu conteúdo nem em sua validade. Ao contrário, o direito era anteposto ao domínio político e obrigava tanto este quanto a restante comunidade jurídica. A tarefa da política esgotava-se na imposição do direito em vigor independente dela. Ela não precisava formá-lo, mas conservá-lo e, no caso de uma violação, restabelecê-lo. Para o cumprimento dessa tarefa, ela era munida de poder. Mas só enquanto exercia seu poder a serviço do direito, gozava de legitimidade e podia exigir observância. (GRIMM, 2006, p. 4)

Essa característica de imutabilidade do Direito da época primitiva, era válida devido à pequena abrangência territorial das sociedades de outrora e a lenta mutação das relações dos seres sociais. No entanto, com a evolução e o crescimento das sociedades, esse Direito rígido passou a ser contestado e deixou de ter eficácia procedimental, isto é, não estava solucionando os problemas mais recentes presentes no meio social.

Dieter Grimm defende que essa imutabilidade era a principal deficiência do Direito de outrora dizendo que:

[...] em sua vinculação a um direito imutável com pouco espaço para mudanças, o sistema era extraordinariamente inflexível. É aí que residia seu ponto fraco. Ele só podia continuar existindo enquanto as relações sociais, às quais o direito se referia, continuassem inalteradas e as verdades religiosas em que ele se baseava continuassem fora de dúvida. Em contrapartida, se a mudança social se acelerava de tal modo que as mudanças eram concebidas como problemas para os quais o direito vigente não tinha soluções à disposição, toda a ordem social caía, dessa maneira, em uma crise de legitimação. (GRIMM, 2006, p. 5)

Essa crise no direito ocasionou um fenômeno denominado politização do direito. Houve uma inversão hierárquica entre os dois conceitos, agora a política passava a se encarregar da modificação e criação do novo direito, não mais com justificação na vontade divina, mas no direito natural que preceituava a virtude dos atores sociais.

Com o surgimento do Estado, o poder de modificar o Direito ficou centralizado na mão deste, e o direito passou a ser positivado. Dieter Grimm (2006, p. 8) afirma que “o direito tornara-se factível e podia ser instituído como instrumento para fins políticos”.

Contudo, essa modificação muitas vezes era em prol da vontade das classes dominantes, por hora os príncipes, e depois a burguesia.

Muitas vezes na história pode-se verificar que o direito foi utilizado como cláusula que ampara os fins mais injustos possíveis, ele acabava não cumprindo o seu papel de organizar o meio social, mas sim colaborar com os desejos arbitrários dos detentores do poder.

Exemplo disso é a atuação política de Adolf Hitler, ditador alemão que promoveu massacres amparados pelo direito positivo. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, e impulsionado pelos atos de violação dos direitos humanos de Hitler, amparados pela lei, o positivismo que pregava o fiel cumprimento da lei foi questionado e posteriormente superado por uma nova corrente filosófica cujo nome se atribuiu “pós-positivismo”.

Já ocorrida à inversão de polos entre Direito e Política, verificava-se que ainda não era o suficiente para se atingir um estágio ideal de justiça que abrangesse a diversidade social. Dessa polêmica surgiu uma indagação. Como fazer o Direito e a Política caminharem em harmonia para fins justos?

A solução para esse dilema foi utilizar novamente o direito para limitar a política, através de um conjunto normativo denominado Constituição. Operou-se aqui um fenômeno inverso ao ocorrido anteriormente, denominado judicialização da política.

Como se verifica, o problema da tensão entre o direito e política está na utilização do poder; raramente quem o exerce, faz isso de forma benéfica de modo a irradiar para o meio social o valor que é a justiça.

Foi com o intuito de controlar o poder com base na premissa de que “todo poder tende a corromper-se e todos os que o possuem tendem a ser levados, mais cedo ou mais tarde, a abusar de seu emprego” (BONAVIDES, 2013, p. 47), que o filósofo francês Charles-Louis Secondat, conhecido como Montesquieu expandiu para o mundo a teoria da separação dos poderes através de sua obra o “Espírito das Leis”, dando-lhe traços até então não concebidos.

Como vimos anteriormente, Montesquieu conseguiu sistematizar de forma eficiente o modelo de tripartição do poder estatal.

É perceptível o sucesso da teoria de Montesquieu que até hoje se busca proteger a separação dos poderes como requisito fundamental para a democracia.

A teoria de Montesquieu foi muito importante na concretização e tutela dos direitos de liberdade; contudo o liberalismo defendido por ele e demais filósofos da mesma corrente, cometeu um erro, proporcionou o enfraquecimento do Estado e colocou no poder uma classe social que não estava preocupada com o bem estar da sociedade e sim com seus próprios interesses.

Por trás dos ideais de liberdade tomou o poder a burguesia, classe a qual se credita grande parcela de culpa das desigualdades sociais geradas no passado e existentes até os tempos atuais, como podemos constatar, o domínio deixou as mãos dos reis e passou para o poder monetário da burguesia.

Paulo Bonavides (2006, p. 67) explica que:

A burguesia triunfante, ao soar esse ensejo histórico, enfeixava todos os poderes e se justificava socialmente como se fora o denominador comum de todas as classes, por cuja liberdade – uma liberdade que, de modo concreto, só a ela aproveitava em grande parte – havia terçado armas com o despotismo vencido. [...] Como se vê, o título de representação da liberdade fora usurpado pela burguesia. [...] Em verdade o que ela representava era uma liberdade de cunho político, que se compadecia harmoniosamente com os seus interesses de classe social preponderante e com a ordem de relações econômicas que sustentava, como força vanguardeira da Revolução Industrial incipiente. [...] Não havia custado

muito à crítica pós-revolucionária das primeiras décadas do século passado resumir todos os erros, lacunas e imperfeições daquele conceito de liberdade, seu normativismo vazio e os inumeráveis erros que apresentava, declarando-o, por conseguinte, inoperante para promover as necessidades e reivindicações sociais das classes desfavorecidas, principalmente aquelas que compunham os escuros quadros da miséria urbana e proletária nas minas de fábricas da chamada Revolução Industrial. (BONAVIDES, 2006, p. 67).

Contudo, grande evolução se teve com o princípio da separação dos poderes como sistema de freios às arbitrariedades dos reis e contenção do uso do poder. Mesmo a burguesia manipulando o poder a favor de seus interesses, os resultados da desigualdade proporcionada pelos seus atos fez proliferar uma classe desfavorecida que não gozava dos direitos de liberdade por estar condenada ao trabalho quase que escravo e era excluída da participação política por não opinar na escolha dos governantes.

O clamor e descontentamento do proletariado fez surgir os valores de democracia e o constitucionalismo democrático, que, em tese, tirou o poder das classes dominantes e colocou na mão do povo, impedindo as restrições ao sufrágio e permitindo que as classes desfavorecidas participassem da formação política do Estado.

Foi no século XVIII, junto com os direitos de liberdade e procurando tutelá-los contra o arbítrio absolutista, que nasceu o constitucionalismo moderno através de cartas escritas que organizavam as funções do Estado, com base na separação de poderes de Montesquieu.

Vencido aqui o Estado Liberal, restava ainda o combate às desigualdades proporcionadas pela Revolução Industrial, que gerou o chamado Estado Social, onde, da busca pelo não intervencionismo do Estado em prol do indivíduo, advogado pelo liberalismo, se passou a defender a participação do ente estatal para proporcionar aos cidadãos a igualdade de direitos e incluir na sociedade a classe submersa na miséria, excluída do gozo dos seus direitos de liberdade.

Toda essa evolução do direito foi de grande importância para institucionalização dos direitos de liberdade; contudo, não foi o suficiente para irradiar a justiça de forma abrangente na sociedade, pois ainda se verificava e se verifica que grande parcela da sociedade está excluída do mínimo necessário para uma vida digna.

Com o objetivo de proporcionar essa vida digna e levar os direitos de liberdade à população deles excluída, emergiu no século XIX o Estado Social, com o objetivo de proporcionar a redução das desigualdades sociais, e daí nasceram os direitos sociais e foram classificados como fundamentais.

Nesse período o constitucionalismo passou a positivizar não só os direitos de liberdade, como também os de igualdade; porém, ainda não foi o suficiente para que esses direitos se materializassem na vida dos cidadãos. Eles estavam presentes nas constituições dos estados, mas os governantes os deixavam de lado injustificadamente.

Com o intuito de obrigar os governantes a materializar os direitos sociais as constituições passaram a comportar normas que dirigiam os governantes a intervir na sociedade através da prestação de serviços visando à redução das desigualdades sociais.

A constituição de Weimar de 1919, na Alemanha, foi uma das primeiras a implantar os direitos sociais, econômicos e culturais dentre os direitos fundamentais e vincular o esforço do Estado para implementação desses direitos na sociedade. No entanto, não basta somente a inserção desses direitos no texto constitucional, se eles não saírem do papel e virem a se materializar na vida de cada cidadão excluído.

Esse legado produzido pela constituição de Weimar proporcionou o surgimento do que chamamos de judicialização da política, e o nascimento das Constituições dirigentes, compromissadas com a efetivação dos direitos fundamentais, que apesar da idealização magnífica, não conseguiram coagir de forma eficiente o poder público.

No Brasil, a inovação da busca pela igualdade material dos direitos fundamentais só pode ser verificada com eficiência na Constituição de 1988, através da inserção de metas a serem perseguidas pelos poderes executivo e legislativo; contudo, percebe-se que a ineficiência de implantação desses direitos está presente até hoje no meio social.

Foi com a ineficiência dos estados na implementação dos direitos fundamentais, em destaque os sociais, que a separação dos poderes de Montesquieu passou a ser questionada.

O princípio da separação dos poderes, junto com os ideais do Estado, sofreram evolução no decorrer da história, tal como o direito primitivo na época da

politização do direito, a separação dos poderes deixou de ter a mesma eficiência que tinha no século XVIII, mitigado pela mudança social característica da sociedade, e sofreu uma relativização com objetivo de se adequar as necessidades atuais. Contudo, não foi enterrada e ainda continua em evolução mesmo de forma não mais tão rígida, como idealizava Montesquieu, encontra-se em aplicação.

Paulo Bonavides (2013, p. 65) ao se referir ao princípio da separação dos poderes estabelece que:

Desde que o constitucionalismo entrou a envolver no sentido do enriquecimento de seu conteúdo, para deixar de ser forma e se converter em substância, abrangendo paulatinamente novas áreas da realidade social, notadamente as de teor econômico, passou aquele princípio a ter interesse secundário, por haver deixado de corresponder ao sentido atual de organização democrática, na qual fatores estranhos, desconhecidos à teoria política do século XVIII, começaram de interferir na estrutura da sociedade, modificada por relações imprevistas de caráter social e econômico.

O problema é que atualmente esse princípio vem sendo utilizado como escudo dos poderes executivo e legislativo, para se eximir de suas obrigações constitucionais.

Esse fator fez com que o constitucionalismo contemporâneo abandonasse, em parte, o positivismo, e promovesse uma valorização dos chamados princípios constitucionais. Essa valorização e o fato do Poder Judiciário ser o guardião da constituição, e a quem é incumbida sua interpretação e aplicação, fez crescer a intervenção deste poder nas atividades atribuídas aos demais, visando obrigá-los a cumprir os mandamentos emitidos pela Carta Magna, nasce aí o que a doutrina denomina de ativismo judicial, o juiz cumprindo o papel do administrador e legislador ante a omissão dos poderes executivo e legislativo.

No entanto, não é só de flores que vive essa nova tendência, muitos questionamentos surgiram dessa nova função do Judiciário, tais como: será que os juízes e a infraestrutura que é emprestada são capazes de tomar decisões eficientes ante as políticas públicas? Até que ponto suas decisões são imparciais? Até que ponto sua intervenção beneficia o sistema de efetivação dos direitos sociais? O judiciário ao realizar o papel do legislador e administrador não compromete o orçamento estatal vindo a prejudicar outros serviços necessários à população?

Todos esses questionamentos são feitos pondo em dúvida se existe alguma contribuição acerca do ativismo judicial.

Em contrapartida ao ativismo tem se percebido que o governo tem sido insensível com os problemas sociais da população, e visando impossibilitar a intervenção do judiciário vem usando como pretexto as teses da discricionariedade do ato administrativo e da legitimidade democrática.

Dentre os problemas expostos é importante salientar que parcela abrangente da doutrina jurídica, tanto no Brasil como mundo afora, tem considerado legítima a intervenção judicial em face da insuficiência ou omissão do legislativo e executivo.

Nesse sentido KRELL (*apud* TRINDADE, 2008) estabelece que:

Onde o processo político (Legislativo, Executivo) falha ou se omite na implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais nelas implicados, cabe ao Poder judiciário tomar uma atitude ativa na realização desses fins sociais através da correção da prestação dos serviços sociais básicos.

No entanto, não se pode deixar o judiciário agir a ponto de relegar a segundo plano as escolhas e prioridades traçadas pelo executivo e legislativo.

Diante desse empasse, é necessário encontrar a medida para a legitimação da intervenção do poder judiciário e a maneira que essa intervenção deve ser realizada, sem que se prejudique o objetivo das políticas públicas.

Essa medida reside entre os limites que correspondem ao “mínimo existencial” e a “reserva do possível”. A busca por esses limites pode variar dentre um direito fundamental e outro, bem como o procedimento a ser realizado na intervenção do judiciário também.

O *mínimo existencial* é um princípio constitucional que visa assegurar a cada indivíduo, um conjunto de direitos que são essenciais para o desenvolvimento de sua vida em sociedade de forma digna. Esses direitos devem ser prestados pelo Estado à sociedade através da implantação de políticas públicas.

Embora a Constituição ao elencar um conjunto básico de direitos, obrigue o Estado implementá-los, essa materialização depende de recursos financeiros que são limitados, desta forma, visando controlar a exigência desses direitos, caros aos cofres públicos, a doutrina jurídica criou o princípio da *reserva do financeiramente possível*, cujo principal objetivo é frear as pretensões de cidadãos despidas de razoabilidade.

2.2 ATIVISMO JUDICIAL

Clarissa Tassinari traz as considerações de Marcos Paulo Verissimo sobre o ativismo judicial, identificado por esse autor como “o controle incidente sobre as políticas de ação social do governo” (VERRISSIMO, *apud* TASSINARI, 2013, p. 35).

De acordo com essa autora são de grande importância as discussões sobre o ativismo judicial, que se fortaleceu como prática do Poder Judiciário depois da Segunda Guerra Mundial, para que se evite que o Judiciário assumira as funções de governo e de legislador.

Refere Andrei Koerner que o ativismo judicial,

[...] é um termo que tem sido utilizado para apreciar as instituições e agentes judiciais nas democracias contemporâneas. O termo tem distintas designações, como modelo ou programa para a decisão judicial, atitude ou comportamento dos juizes, ou ainda tendência das decisões judiciais em conjunto. Tal como o seu oposto, a contenção judicial, ele tem sido criticado por sua ambiguidade, dificuldades de utilização para analisar e classificar decisões particulares e carga valorativa (KOERNER, 2013, p. 69).

Referindo-se a utilização do termo ativismo judicial em nosso país, comenta o autor:

No Brasil, ele é utilizado para apreciar decisões do STF que ampliaram o alcance e o impacto da jurisdição constitucional e se distanciaram de suas formas consagradas de atuação (KOERNER, 2013, p. 70).

Podemos observar que uma grande quantidade de juristas vem utilizando a expressão ativismo judicial para identificar uma invasão do Poder Judiciário em atribuições específicas do Executivo e Legislativo, questionando essa prática, sob o fundamento de violar o princípio da separação dos poderes.

2.3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Expressa Clarissa Tassinari (2013, p. 36) que:

A judicialização da política é um fenômeno contingencial, isto é, no sentido de que surge na insuficiência dos demais Poderes, em determinado contexto social, independente da postura de juizes e tribunais, ao passo que

o ativismo diz respeito a uma postura do judiciário para além dos limites constitucionais.

Para Rafael Tomaz de Oliveira (2012), a judicialização da política:

[...] representa um conjunto de coisas sob as quais o Judiciário, simplesmente, não possui controle [...]. São fatores preexistentes em relação à sua atividade e atuação. São, na verdade, razões de ordem político-sociais que podem ser pensadas de diversas maneiras. A aglutinação cada vez maior de matérias judicializadas, deve-se, por exemplo, ao aumento da litigiosidade e de uma peculiaridade que pode ser observada, em maior ou menor medida, nos mais diversos países, das mais diversas origens (da Alemanha aos países do leste europeu).

Conforme Eliane Spacil de Mello (2012, p. 01):

O fenômeno da judicialização da política pode ser definido como um processo de transferência decisória dos Poderes Executivo e Legislativo para os magistrados e tribunais. Para que isso seja possível, a democracia é um fator essencial, visto que a ampliação do poder judiciário somente acontece dentro de regimes abertos.

Luís Roberto Barroso (2012) visando diferenciar judicialização da política de ativismo judicial, expressa que o primeiro trata-se de um fato, uma opção política do constituinte originário que decidiu incluir na Constituição muitas matérias; enquanto o segundo, não é um fato, e sim, uma postura proativa e expansionista de interpretação da Carta Política.

Face ao exposto, podemos deduzir que a judicialização da política é produto das garantias fundamentais previstas na Constituição, que proporcionaram aos cidadãos reclamar ao Judiciário os direitos assegurados pela Carta Política que não são ofertados pelo Estado ou são disponibilizados de forma ineficiente.

Ao abordar os fatores causadores da judicialização da política, Clarissa Tassinari (2013, p.45) acrescenta que, além da expansão do catálogo de direitos fundamentais e a necessidade de cumprimento imediato desses direitos, também contribuíram para esse fenômeno, a “introdução da noção de *sociedade complexa*”, o aumento no acesso à justiça e a influência da economia no processo *político-jurídico*.

O Inciso XXXV, do Artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito”. O principal objetivo desse inciso é assegurar aos cidadãos a possibilidade de

reclamar em juízo a não oferta ou a interferência no gozo dos direitos assegurados na *Carta Magna*.

Contudo, sempre que um cidadão busca a efetivação de seus direitos por via judicial e o Judiciário determina que o Estado os implemente, o Executivo e o Legislativo, com o intuito de não cumprir as decisões judiciais, alegam que as mesmas ofendem o princípio da separação dos poderes ou que os cofres públicos não possuem recursos suficientes para atender todas as demandas da população.

3 ATIVISMO JUDICIAL *versus* PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Como vimos anteriormente, a expressão ativismo judicial vem sendo utilizada para identificar uma postura invasiva do Judiciário em atividades específicas dos demais poderes. No entanto, embora essa interferência não seja ideal, muitas vezes ela é necessária em face da ineficiente/omissa atuação do Legislativo e do Executivo.

Visando se eximir do cumprimento de decisões judiciais, Executivo e Legislativo, vem usando como escudo o princípio da separação dos poderes sob o fundamento de que este postulado jurídico impede o Judiciário de interferir nas esferas de atribuições dos demais poderes.

Nesse sentido, o princípio da separação dos poderes sofreu significativas modificações na sua forma de aplicabilidade, não comportando a mesma rigidez do passado, tal como abordado nos capítulos anteriores.

As alegações do poder público em face da invasão em suas esferas de atribuições por parte do Judiciário coloca em evidência apenas um dos aspectos inerentes ao princípio da separação dos poderes, qual seja, a independência, relegando a segundo plano a harmonia que deve existir entre as três espécies de funções do poder estatal, fazendo com que as mesmas possam trabalhar em prol do interesse dos cidadãos.

O Artigo 2º, da Constituição de 1988 estabelece que “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. (BRASIL, 1988)

No que tange a harmonia, Uadi Lâmega Bulos (2014, p. 516) escreve:

Harmonia entre Poderes - a harmonia entre os órgãos do poder exterioriza-se pelas seguintes notas: cortesia e trato respeitoso entre eles. Isso não impede, de modo algum, a interferência de um órgão no outro, a fim de assegurar o mecanismo de freios e contra pesos, garantindo as liberdades públicas e evitando o arbítrio e o autoritarismo. (*grifos do autor*)

Ao tratar da independência, Uadi Lâmega Bulos (2014, p. 517) defende que um poder não deve sobrepor-se ao outro, no entanto, o autor salienta que são “admitidas às exceções participantes dos mecanismos de freios e contrapesos”. (BULOS, 2014, p. 517).

Aqui, cabe salientarmos que a interferência do Judiciário em atribuições dos demais poderes deve acontecer em caráter excepcional e visando cumprir os mandamentos constitucionais, sempre que existir omissão ou ineficiência no desenvolver das funções do administrador público e do legislador.

Além do mais, quando o constituinte originário elencou um rol de direitos fundamentais a serem disponibilizados aos cidadãos, fez isso com o objetivo de obrigar o poder público a engajar esforços e adotar medidas que permitam aos integrantes da sociedade gozar desses direitos. E não, em desviar as finalidades dos institutos jurídicos previstos na Constituição para justificar suas omissões e equívocos.

A Constituição é um conjunto de escolhas políticas do Poder Constituinte que vinculam os poderes constituídos, com base nisso, e, analisando o disposto no §2, do Artigo 5º, da Constituição de 1988, o qual dispõe que “As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, não é aceitável que o Estado se omita em face desses direitos. (BRASIL, 1988)

Uadi Lâmega Bulos (2014, p. 517) defende a tese de que é legítima a interferência judicial com o objetivo de garantir os direitos e garantias fundamentais.

Diante do exposto, podemos verificar que as sentenças judiciais que buscam obrigar o administrador público e o legislador a desempenharem suas funções em prol da materialização dos direitos fundamentais, não ofendem o princípio da separação dos poderes, e sim, visam cumprir o disposto na Constituição, principalmente quando essas sentenças são proferidas pelo Supremo Tribunal Federal a quem é atribuída a função de guardião da Carta Constitucional.

André Karam Trindade (2008, p. 32-33) também defende esse posicionamento ao afirmar que:

[...] se a Constituição brasileira é dirigente e, além disso, ainda vincula o legislador e, também, o juiz e o administrador, que não têm liberdade absoluta de conformação, mas, sim, devem mover-se dentro do enquadramento constitucional, não é mais possível admitir que a doutrina tradicional e a jurisprudência majoritária do País ainda defendam, com base na separação dos poderes, uma larga margem de discricionariedade do legislador, a blindagem do mérito administrativo e a necessidade de conceitos jurídicos indeterminados [...].(TRINDADE, 2008, p. 32-33).

Luís Roberto Barroso (2012) aduz que “a judicialização associada a uma dose certa de ativismo, tem servido bem a realidade brasileira e ajudou no avanço

do processo político e social”, e, que “o ativismo pode e deve dar sua contribuição em certas searas da vida social em que o processo político majoritário não funciona de forma condizente”. (BARROSO, 2012)

Outra alegação que visa desqualificar posturas ativistas é o fato do Judiciário não possuir legitimidade popular. Políticos e parcela da doutrina usam desse argumento para tentar tornar ilegítima a interferência judicial.

Contra esse posicionamento Jônatas Luiz Moreira de Paula (*apud* PINTO, 2013, p. 02) afirma que “a legitimidade da atividade jurisdicional advém de uma conduta estritamente vinculada à realização da Justiça Social, contida no art. 3º, da CF”.

Defender a impossibilidade da interferência judicial em políticas públicas e em atos que estabelecem constitucionalmente obrigações ao Legislativo e Executivo, nos parece que é o mesmo que afirmar que o administrador público e o legislador podem fazer o que bem entender, apenas por serem eleitos através do voto.

Luís Roberto Barroso (2012) afirma que o ativismo judicial possui dois aspectos, um positivo e outro negativo. O positivo é que a postura ativista do judiciário brasileiro tem atendido a demandas que não foram contempladas pela política. Já o negativo, diz respeito a essa postura judicial revelar uma crise de legitimidade, representatividade e funcionalidade dos demais poderes, o que é um grave problema em um Estado Democrático de Direito.

Essa afirmação de que o sistema político de nosso país passa por uma crise de representação é facilmente observada em face do cenário político atual vivenciado no país. O governo reeleito durante o pleito eleitoral divulgou uma estratégia de gerência estatal visando obter votos, e meses após ser reeleito tomou diversas medidas contrárias às promessas eleitorais. Tais como o aumento dos juros, corte de verbas na educação, previdência e outros setores de grande importância social.

Podemos observar que o aspecto negativo salientado acima não é produto da atuação do Judiciário e sim da atuação dos poderes eleitos pelo povo, ficando evidenciado que a intervenção judicial tem como objetivo corrigir os atos do Legislativo e do Executivo, sempre que estes estejam em desacordo com os preceitos constitucionais. Assim, torna-se irracional que seja admitida a tese de falta de legitimação do Judiciário invocada pelos demais poderes.

Frequentemente, os poderes Executivos e Legislativos vêm utilizando como obstáculo para o cumprimento de decisões judiciais a *cláusula da reserva do financeiramente possível*, alegando que os recursos financeiros são insuficientes para atender todas as demandas da sociedade.

A respeito do assunto Osvaldo Canela Júnior (2011, p.101) estabelece que:

[...] constata-se que o fenômeno econômico tem sido invocado para impedir a concessão de direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário. Alega-se, em geral, que o Poder Judiciário não pode conceder direitos cuja satisfação demandará receitas não disponíveis pelo Estado. Tal fundamento, contudo, traz em si a desconsideração de que o Estado brasileiro possui objetivos a serem efetivamente atendidos, de tal forma que o orçamento há de servir como instrumento para a respectiva realização, e não como óbice.

Uadi Lâmega Bulos (2014, p. 378) explica que:

Pelo *princípio* ou *cláusula da reserva do possível* cumpre ao Supremo exercer o papel excepcional de garantir o cumprimento dos encargos político-jurídicos, outorgados aos Poderes Legislativo e Executivo pela Constituição do Estado. A reserva do possível (*Voerbehalt des Möglichen*) pressupõe que os direitos fundamentais não consagram, apenas, uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), contendo, também, um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Quer dizer, se, por um lado, a atribuição de formular e concretizar políticas públicas é tarefa típica das funções legislativa e executiva, de outro, é dever do oráculo da ordem jurídica - o Supremo Tribunal Federal - fiscalizar, em sede de controle normativo abstrato, o efetivo cumprimento das liberdades públicas e dos direitos revestidos de conteúdo programático, delineados na Carta Maior. A reserva do possível reside justamente neste ponto: verificar se os direitos constitucionais, a exemplo daqueles de segunda geração - direitos econômicos, sociais e culturais - estão sendo respeitados pelo Poder Público, o qual tem o dever constitucional de os concretizar. (BULOS, 2014, p. 378).

Complementa Uadi Lâmega Bulos (2014, p. 378) que para a aplicação do princípio da reserva do possível o Judiciário deve realizar a ponderação entre dois requisitos, quais sejam: a “razoabilidade da pretensão”; e a “disponibilidade financeira do Estado”.

Desta forma, existindo razoabilidade no pedido, o Judiciário deve tomar as medidas cabíveis visando coagir o Estado satisfazer a pretensão requerida, impossibilitando a alegação de indisponibilidade de recursos.

A respeito do tema, André Silva (*apud* PINTO, 2013, p. 5), acrescenta:

Sobre a reserva do possível financeira, temos a dizer o seguinte: numa comparação entre gastos, o jornal “O Valor Econômico”, de São Paulo, em 9 de abril de 2009, ou seja, relativamente há pouco tempo, informou que o Governo Federal gastou quarenta e oito milhões de reais, em 2008, com atendimento a decisões judiciais. Então, judicialização da saúde é o que todo mundo fala. Ora, há duas semanas, o jornal “O Globo” publicou que o gasto com propaganda governamental chegou quase à ordem de quatrocentos milhões de reais”. (SILVA *apud* PINTO, 2013, p. 5)

Em diversos momentos da história brasileira, pós-Constituição de 1988, o Poder Judiciário adotando uma postura ativista, contribuiu positivamente para a solução de conflitos de caráter político e social; e para o preenchimento das omissões dos poderes eleitos pelo povo.

Podemos citar como exemplo de atuação positiva por parte do Supremo, a apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, que culminaram no reconhecimento da união estável entre casais homoafetivos.

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. [...] INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (STF - ADI: 4277 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341)

Outro caso de grande repercussão em que o Supremo Tribunal Federal atuou de forma ativista foi a apreciação da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, onde o tribunal optou por descriminalizar o aborto de anencéfalo.

ADPF - ADEQUAÇÃO - INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ - FETO ANENCÉFALO - POLÍTICA JUDICIÁRIA - MACROPROCESSO. Tanto quanto possível, há de ser dada sequência a processo objetivo, chegando-se, de imediato, a pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Em jogo valores consagrados na Lei Fundamental - como o são os da dignidade da pessoa humana, da saúde, da liberdade e autonomia da manifestação da vontade e da legalidade -, considerados a interrupção da gravidez de feto anencéfalo e os enfoques diversificados sobre a configuração do crime de aborto, adequada surge à arguição de descumprimento de preceito fundamental. ADPF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ - GLOSA PENAL - PROCESSOS EM CURSO - SUSPENSÃO. Pendente de julgamento a arguição de descumprimento de preceito fundamental, processos criminais em curso, em face da interrupção da gravidez no caso de anencefalia, devem ficar suspensos até o crivo final do Supremo Tribunal Federal. ADPF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ - GLOSA PENAL - AFASTAMENTO - MITIGAÇÃO. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reserva, não prevalece, em arguição de descumprimento de preceito fundamental, liminar no sentido de afastar a glosa penal relativamente àqueles que venham a participar da interrupção da gravidez no caso de anencefalia. (STF - ADPF: 54 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 27/04/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-092 DIVULG 30-08-2007 PUBLIC 31-08-2007 DJ 31-08-2007 PP-00029 EMENT VOL-02287-01 PP-00021)

Gisleno Feitosa (*apud* CARVALHO, 2011, p. 1) conceitua anencefalia da seguinte forma:

Consiste na ausência parcial ou completa da abóbada craniana, bem como da ausência dos tecidos superiores com diversos graus de má formação e destruição dos rudimentos cerebrais. Em suma, anencefalia significa 'sem encéfalo', sendo encéfalo o conjunto de órgãos do sistema nervoso central, contidos na caixa craniana. (FEITOSA *apud* CARVALHO, 2011, p. 1)

Volgane Oliveira Carvalho (2011, p. 2) acrescenta que a anencefalia inviabiliza a sobrevivência do nascituro, mesmo que este resista ao parto, a durabilidade de vida é curta, vindo a óbito instantes depois.

Com base nessas afirmações o Supremo decidiu deixar a escolha pela efetuação ou não do aborto de anencéfalo a critério da gestante.

Durante o julgamento o Ministro Marco Aurélio Mello defendeu a descriminalização dessa espécie de aborto dizendo que "cabe à mulher, e não ao Estado, sopesar valores e sentimento de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez (de anencéfalos)". (PINTO, 2013, p.1).

Por fim, podemos destacar, ainda, como exemplo positivo de atuação ativista do Supremo Tribunal Federal, as apreciações dos Mandados de Injunção nº 670, 712 e 608, onde a Suprema Corte determinou que seja aplicado a lei de greve do setor privado (Lei 7.783/89) para os servidores públicos civis, com o intuito de

sanar a omissão do legislador pátrio que se eximiu de produzir a norma necessária para o gozo do direito de greve dos servidores públicos.

O Artigo 37, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil em vigor, assegura aos funcionários públicos civis o direito de greve, condicionando que este seja “exercido nos termos e nos limites estabelecidos em lei específica” (BRASIL, 1988). No entanto, devido à inexistência de lei que regule a forma de gozo do direito em tela, os servidores públicos eram impedidos de usufruir de seu direito. Tal fato acabou sendo levado para a apreciação do Supremo Tribunal Federal, onde o mesmo optou por solucionar a omissão legislativa através da aplicação da lei de greve do setor privado, como exposto acima.

Tratando sobre o tema o Ministro Celso de Mello expressou-se da seguinte forma:

[...] não mais se pode tolerar, sob pena de fraudar-se a vontade da Constituição, esse estado de continuada, inaceitável, irrazoável e abusiva inércia do Congresso Nacional, cuja omissão, além de lesiva ao direito dos servidores públicos civis - a quem se vem negando, arbitrariamente, o exercício do direito de greve, já assegurado pelo texto constitucional -, traduz um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República. (MELLO *apud* NOTÍCIAS DO STF, 2007).

Estes são alguns exemplos que podemos observar de uma postura ativista da Suprema Corte brasileira, onde o principal objetivo foi fazer cumprir os mandamentos constitucionais em prol dos cidadãos.

CONCLUSÃO

O constitucionalismo passou por diversas mutações no transcorrer da história das sociedades. O período pós Segunda Guerra Mundial proporcionou com que o positivismo ruísse e nascesse o pós-positivismo. O primeiro adotava a ideia de que as leis deveriam ser cumpridas a seu rigor; já o segundo permitiu o surgimento dos princípios jurídicos; que têm como principal papel servir como mandados de otimização.

A inserção dos princípios quebrou a objetividade das normas constitucionais e permitiu com que elas ganhassem sentido apenas no momento de sua aplicação, criou-se aí, a diferença entre enunciado-normativo e norma, o primeiro termo expressa o texto formal da lei, enquanto o segundo identifica a atribuição de sentido ao enunciado-normativo para a aplicação ao caso concreto, ou seja, o produto da interpretação da letra da lei.

Em consequência da evolução do constitucionalismo, as cartas constitucionais também sofreram modificações. Inicialmente elas serviram para frear os abusos do Estado perante os indivíduos, logo após, acumularam a função de regular a disposição dos órgãos estatais, e, posteriormente, ainda foi acrescentado um conjunto de escolhas políticas visando vincular e direcionar as medidas adotadas pelos poderes do Estado.

Nesse sentido, as cartas políticas passaram a ocupar um papel central na formação e desenvolvimento das sociedades, os objetivos a serem perseguidos pelos governantes passaram a ser pré-fixados de tal forma, que a estes só caberia escolher entre as diversas formas de perseguir esses objetivos, ou seja, os fins estavam pré-estabelecidos, cabendo ao Estado optar entre os diferentes meios de persecução desses fins.

O positivismo operou uma separação entre os ramos do Direito e da Política, no entanto, como essa filosofia jurídica foi superada por não conseguir impedir as atrocidades cometidas por ditadores tanto na primeira, quanto na segunda guerra mundial, o pós-positivismo que sucedeu a doutrina positivista, reuniu novamente Direito e Política, permitindo a comunicação entre estes círculos.

Acompanhando essas modificações, o princípio da separação dos poderes também foi alterado, passou a ser aplicado de forma menos rígida, permitindo

algumas intervenções entre as três formas do poder estatal, quais sejam, Executivo, Legislativo e Judiciário.

No Brasil, esses fenômenos só ganharam destaque após a promulgação da Constituição de 1988, isso porque, como vimos, o país passou por oscilações entre regimes democráticos e regimes totalitários.

Todos esses acontecimentos proporcionaram um avanço da jurisdição constitucional, magistrados passaram a intervir na esfera de competência dos representantes do povo, sempre que as opções ou as leis editadas por estes contrariassem os preceitos contidos nas cartas constitucionais, ou que se verificasse omissões quanto ao cumprimento dos deveres do legislador e do administrador.

Esse avanço proporcionou uma ascensão do Judiciário através da prática do que a doutrina denomina de ativismo judicial. Embora essa interferência do judiciário não seja ideal, ela vem se mostrando necessário para solução dos problemas político-sociais de diversos países, principalmente no caso do Brasil.

Com isso, ao final desse estudo que realizou uma abordagem a respeito do princípio da separação dos poderes e do ativismo judicial concluímos que o judiciário tem autonomia para interferir nas atribuições do legislativo e do executivo em face de que estes se omitem e tomam decisões que se chocam com os ditames constitucionais.

Tais fatores justificam e legitimam a intervenção do judiciário. Além do mais essa intervenção, na maioria das vezes, se dá em base no controle de constitucionalidade que é opção do constituinte originário.

A realidade brasileira nos mostra que a representação através do voto se dá até o dia das eleições, após tomarem posse os governantes e representantes do povo esquecem os projetos idealizados divulgados em suas campanhas responsáveis pela sua eleição e modificam suas posições e estratégias. Diante disso só resta à população a busca no judiciário da implementação de serviços de sua necessidade e dos direitos previstos na carta constitucional.

Deste modo, entendemos que o judiciário não está usurpando um poder ou uma faculdade dos demais poderes, nem ferindo a separação dos poderes. O que ocorre é uma interferência judicial que busca assegurar com que os objetivos previstos na Carta Magna sejam perseguidos, e não relegados a segundo plano pelos governantes, que perdem sua legitimidade a partir do momento que adotam

condutas que ofendem os preceitos constitucionais ou deixam de cumprir seus mandamentos.

A grande discussão que se apresenta no que se refere ao ativismo judicial no Brasil é a compreensão dos limites da atuação do Judiciário, para que essa atuação não venha a ferir a separação dos poderes e não venha a conferir maior poder a um em detrimento dos demais.

O estado democrático se fundamenta na garantia dos direitos dos cidadãos e estes devem ser observados pelos três poderes dentro das suas funções, sendo que se esses princípios forem respeitados não há necessidade de que o poder judiciário seja chamado a decidir sobre a legitimidade dos mesmos.

Embora seja perceptível que parcela da doutrina dedica seus estudos na busca de ferramentas que possam limitar a atuação do judiciário, não conseguimos observar nenhuma teoria que tenha se saído eficiente nessa tarefa. Por mais que a prática do ativismo judicial possua aspectos negativos, como a influência dos valores e da ideologia do juiz no momento da apreciação do caso, a tendência em preservar o poder do judiciário e a busca pela satisfação da opinião pública, essa prática tem contribuído para que as cartas constitucionais não se tornem apenas uma mera folha de papel.

Parcela majoritária de juristas é a favor da postura ativista dos magistrados, no entanto, reconhece os fatores negativos dessa conduta e procuram controlá-los. O fato é que, realmente o ativismo judicial não é uma ferramenta perfeita, em alguns casos poderá causar prejuízo. Agora, o excesso de discricionariedade do legislador e do administrador vem causando mais prejuízo ao controle dos problemas sociais, até porque os representantes do povo tem a faculdade de se eximir da apreciação dos problemas sociais polêmicos, evitando cometer erros que certamente irão prejudicar uma futura campanha eleitoral, enquanto o judiciário uma vez acionado não pode deixar de analisar os casos a ele submetidos.

Sabemos que os juízes não tem a legitimidade democrática dos legisladores para decidir sobre temas importantes e de relevância na manutenção dos direitos dos cidadãos, mas sabemos também que por motivos políticos nossos legisladores deixam de legislar quando o assunto é polêmico, controverso que possa representar um risco a sua carreira política. Esse posicionamento dos legisladores acaba levando as decisões para o judiciário, fazendo com que a Suprema Corte tenha que decidir sobre diversas pautas que continuam engavetadas no legislativo.

Temas como a união homoafetiva, a questão do aborto de anencéfalos, as cotas raciais nas universidades, e muitas outras questões que poderíamos relacionar são exemplos onde o direito de minorias fica relegado ao esquecimento pelo legislador que não deseja se comprometer com posicionamentos que são antipáticos para a sociedade como um todo.

Dentro desse contexto, o ativismo judicial tem se apresentado como uma solução para temas de grande relevância. O que não pode acontecer é que o ativismo se torne uma constante, pois a legitimidade e a representatividade dos cidadãos precisam estar garantidas por um legislativo e executivo eficientes.

Importantes doutrinados apontam que o Brasil vive uma crise de legitimidade no processo democrático, em especial na representatividade, o que abre espaço, a um vácuo que tem sido preenchido pelo judiciário.

Nesse sentido, o Poder Judiciário vem ampliando a sua atuação no espaço de garantia de direitos, assumindo um papel proativo em questões de caráter político, mesmo não sendo seus membros representantes diretos da vontade popular, já que não são eleitos pelo voto.

Diante disso, ressaltamos que para que o ativismo continue contribuindo para a melhoria da sociedade, os magistrados devem possuir a consciência do importante papel de suas decisões, de modo a evitar sentenças que em vez de contribuir, prejudiquem o desenvolvimento da sociedade, e, em consequência os cidadãos.

Mais uma vez lembramos que o ativismo judicial deve ser uma exceção e não uma constante. A separação dos poderes tem de ser respeitada e garantida pela própria ação efetiva de cada poder dentro das suas atribuições. Cada poder agindo com excelência na garantia dos direitos constitucionais, não haverá necessidade de que outro poder seja chamado a tomar decisões, como tem acontecido em nosso país.

Num cenário de turbulência política vivenciada no Brasil, o cidadão que não vê seu direito garantido pelo legislativo e executivo, tem recorrido ao judiciário na esperança de que esse faça cumprir as garantias constitucionais, e assim, o ativismo judicial tem sido a maneira pela qual o cidadão tem conseguido ter acesso a seus direitos sociais.

Assim, compreendemos que a sociedade vem cobrando do poder judiciário um maior poder de decisão, onde o Supremo Tribunal Federal tem sido chamado a garantir, através do ativismo judicial, os direitos constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Armando. **A teoria da separação de poderes na doutrina política de Locke**. História, pensamento e ação. 01 ed. Aracajú: Editora da Universidade Federal de Sergipe/FAP-SE, 2006, v. 01, p. 413-423. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4129304d04cff4cb>>. Acesso em: 28 de dezembro de 2014.

ARISTÓTELES. **A Política**. Trad. de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fortes, 1991.

BARROSO, Luís Roberto. **A Reforma Política**: Uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil. Disponível em: <http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/199180/mod_resource/content/1/reforma%20politica_projeto_ideias.pdf>. Acesso em: 10 de janeiro de 2015.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo Saraiva, 2009.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4 ed. São Paulo Saraiva, 2013.

_____. **Os Riscos da Hegemonia Judicial**: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Disponível em: <www.youtube.com/watch?v=DpE71CYjUt0>. Acesso em: 18 de março de 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Volgane Oliveira. **A anencefalia e o princípio da dignidade da pessoa humana no regime neoconstitucional brasileiro**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10385>. Acesso em 23 de abril de 2015

GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Tradução Geraldo de Carvalho, coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

KOERNER, Andrei. **Ativismo Judicial?**: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos estud. - CEBRAP* [online]. 2013, n.96, pp. 69-85. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-3002013000200006&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2015.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16 ed. Ver. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito constitucional esquematizado**. 15 ed. Ver. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano**. Traduções de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultura, 1983. (Os Pensadores).

MALDONADO, Maurílio. **Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos**: desenvolvimento no Estado brasileiro. Revista Jurídica "9 de Julho". São Paulo, nº 2, p. 224-246, 2003. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/503_arquivo.pdf>. Acesso em: 16 de janeiro de 2015.

MELLO, Eliane Spacil de. **A judicialização da política no Brasil**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 117, out 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13775>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2015.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do Espírito das Leis**. Introdução e notas de Gonzague Truc. Traduções de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultura, 1985. (Os Penadores).

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Judicialização não é sinônimo de ativismo judicial**. Revista Consultor Jurídico, 1 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-01/diario-classe-judicializacao-nao-sinonimo-ativismo-judicial>>. Acesso em 09 de janeiro de 2015.

PINTO, Flávia Sousa Dantas. **O Judiciário francês sob a ótica de um juiz brasileiro**. Revista da ESMARN. Mossoró, v. 8 nº 1, jan/jun 2008. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/viewFile/29/19>. Acesso em: 10 de janeiro de 2015.

PINTO, Marcos José. **Ativismo judicial no Brasil: visão crítica**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3674, 23 jul. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24991>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Notícias do STF**. 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=75355>>. Acesso em: 24 de abril de 2015.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. **A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo: uma crítica ao ativismo judicial.** Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 2: 31-46, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/volume282/02.pdf>>. Acesso em: 8 de fevereiro de 2015.

TEIXEIRA, Victor Epitácio Cravo. **A disputa ideológica sobre a relação entre os poderes Legislativo e Executivo na Revolução Francesa.** Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3448, 9 dez 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23190>>. Acesso em: 5 de janeiro de 2015.

TRINDADE, André Karam. **Constituição Dirigente e Vinculação do Administrador: Breves Considerações Acerca do Papel dos Tribunais na Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais.** EOS – Revista Jurídica da Faculdade de Direito/Faculdade Dom Bosco, Curitiba-PR, V. I, nº 4, 2008. Disponível em: <http://www.dombosco.sebsa.com.br/faculdade/revista_direito/1edicao-2009/eos-4-2009.pdf>. Acesso em: 14 de março de 2015.