

## A TRIPARTIÇÃO DO PODER DO ESTADO E O ATIVISMO JUDICIAL

### **THE TRIPARTITION OF STATE POWER AND JUDICIAL ACTIVISM**

#### **TAIDES TAVARES DOS SANTOS**

Doutor pelo Programa de Pós-graduação em Biodiversidade e Biotecnologia da Rede BIONORTE, Universidade Federal do Tocantins - UFT (2018). Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Microbiologia Agrícola da Universidade Federal de Viçosa - UFV (2014); Bacharel em Farmácia pelo Instituto Tocantinense Presidente Antônio Carlos - ITPAC (2012); Docente da Universidade Federal do Norte do Tocantins (UFNT), em Araguaína - TO.

#### **TACIANA PITA NUNES**

Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela mesma instituição, em Araguaína - TO. Graduada em Direito pela Faculdade Católica Dom Orione; Docente do curso de Direito do Centro Universitário Presidente Antônio Carlos (UNITPAC).

#### **WALLYSSON LOPES DA SILVA NASCIMENTO**

Pós-graduação em andamento em Direito do Trabalho pelo Instituto Gomes de Ensino Superior. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Presidente Antônio Carlos (UNITPAC).

#### **RESUMO**

**Objetivo:** apresentar uma visão geral acerca da funcionalidade dos três poderes, como é dividida a função de cada um deles, bem como a problemática do ativismo judicial dentro da tomada de decisões do País e como este ato de invasão de competências pelo Poder Judiciário, pode ser prejudicial para o sistema democrático de Direito do Brasil.

**Metodologia:** trata-se de pesquisa qualitativa no que se refere a abordagem do objeto, e explicativa do ponto de vista de seus objetivos, cujos métodos são o hipotético-dedutivo e o dialético. É uma abordagem forma qualitativa e quantitativa mediante a reunião de informações por meio de fontes primárias e secundárias, incluindo revisões bibliográficas de livros, revistas, periódicos e artigos científicos de diferentes autores que abordam o tema, além ainda de documentos legais como legislações e regulamentos específicos da área do Direito.

**Resultados:** para manter-se a organização estatal da forma correta é necessário a aprovação do Projeto de Lei criado em 2016 por vários deputados federais e que busca justamente impedir a invasão do Poder Judiciário nos demais poderes, fazendo com que tal invasão se torne crime de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

**Contribuições:** a proposta apresentada nesta pesquisa, busca trazer os pontos negativos da atuação e relação desarmoniosa dos três poderes constituídos, de modo pontual, no que toca a atuação do Poder Judiciário, por meio de decisões ativistas, mostrando como a invasão nas atribuições de outros poderes, pode colocar em xeque



toda a ordem jurídica estabelecida pela Constituição Federal (1988).

**Palavras-chave:** Ativismo Judicial. Direito Constitucional. Separação dos Poderes.

## ABSTRACT

**Objective:** present an overview of the functionality of the three powers, how the function of each of them is divided, as well as the problem of judicial activism within the country's decision-making and how this act of invasion of competences by the Judiciary can be detrimental to the democratic system of Law in Brazil

**Methodology:** this is a qualitative research with regard to the approach to the object, and explanatory from the point of view of its objectives, whose methods are the hypothetical-deductive and the dialectical. It is a qualitative and quantitative approach through the gathering of information through primary and secondary sources, including bibliographic reviews of books, magazines, periodicals and scientific articles by different authors that address the subject, as well as legal documents such as legislation and regulations specific to the area of Law.

**Results:** in order to maintain the state organization in the correct way, it is necessary to approve the Bill created in 2016 by several federal deputies and which seeks precisely to prevent the invasion of the Judiciary in the other powers, making such invasion a crime of responsibility of the Ministers of the Federal Supreme Court.

**Contributions:** the proposal presented in this research seeks to bring the negative points of the performance and disharmonious relationship of the three constituted powers, in a punctual way, with regard to the performance of the Judiciary, through activist decisions, showing how the invasion of the attributions of other powers, can put in check the entire legal order established by the Federal Constitution (1988).

**Keywords:** Constitutional Law; Judicial Activism; Separation of Powers.

## 1 INTRODUÇÃO

A problemática que envolve as funções constitucionais atribuídas aos poderes da República é o tema aqui abordado, bem como os limites à interferência de um poder nas atribuições do outro, especialmente no que toca as competências do Poder Judiciário, com vistas ao denominado ativismo judicial. O assunto ainda é pouco analisado no Brasil, embora seja amplamente praticado, como veremos oportunamente, desse modo, será buscado o conhecimento acerca de suas origens e implicações no atual cenário jurídico brasileiro.

Com isso, o tema atribuído a pesquisa é “A Tripartição do Poder do Estado e o Ativismo Judicial”, onde será trabalhado o conceito de ativismo judicial sob o ponto de vista de doutrinadores e pesquisadores na área, abordando ainda a relevância teórica do livro “O Espírito das Leis”, de Montesquieu, acerca da tripartição dos poderes, bem



como o *modus operandi* atribuído a cada um dos poderes pela Constituição Federal de 1988.

O ponto chave desta pesquisa é o tema do Ativismo Judicial, com foco no Supremo Tribunal Federal, trazendo, num primeiro momento, a definição de ativismo judicial e o seu *modus operandi*, ou seja, sua aplicação prática dentro do ordenamento jurídico brasileiro e a sua evolução histórica. Adiante, foi levantado o questionamento acerca da relevância do instituto do controle de constitucionalidade para a prática do ativismo judicial, especialmente nas decisões do Supremo Tribunal Federal, consideradas ativista.

Diante do exposto acima, refletiremos acerca da possibilidade do ativismo judicial, no Brasil, ser ou não em decorrência de condutas omissas dos demais poderes (Executivo e Legislativo), quer seja sob o aspecto do não cumprimento dos deveres de Estado, quer seja não legislando sobre temas de grande repercussão social. Por fim, é importante apresentar as decisões judiciais revestidas de caráter ativista, sobre temas polêmicos, portanto controversos, advindos da Suprema Corte brasileira, elencando seus pros e contras, junto com a análise de sua constitucionalidade e validade perante o sistema jurídico brasileiro.

A proposta apresentada nesta pesquisa, busca trazer os pontos negativos da atuação e relação desarmoniosa dos três poderes constituídos, de modo pontual, no que toca a atuação do Poder Judiciário, por meio de decisões ativistas, mostrando como a invasão nas atribuições de outros poderes, pode colocar em xeque toda a ordem jurídica estabelecida pela Constituição Federal (1988), maculando o direito e a sociedade com uma imensa insegurança jurídica, uma vez que não se saberá mais o que esperar das decisões judiciais, e ainda, acaba abrindo brecha para mais desarmonia entre os poderes, o que gera constantes embates.

Diante de tudo isso, o objetivo deste estudo foi apresentar uma visão geral acerca da funcionalidade dos três poderes e, como é dividida a função de cada um deles, bem como a problemática do ativismo judicial dentro da tomada de decisões do país e como este ato de invasão de competências pelo Poder Judiciário, pode ser prejudicial para o sistema democrático de Direito do nosso país.

## 2 METODOLOGIA



Tratou-se de uma pesquisa qualitativa no que se refere a abordagem do objeto, e explicativa do ponto de vista de seus objetivos, possuindo como método o hipotético-dedutivo e o dialético. Os resultados foram apresentados sobre forma qualitativa e quantitativa mediante a reunião de informações por meio de fontes primárias e secundárias, incluindo revisões bibliográficas de livros, revistas, periódicos e artigos científicos de diferentes autores que abordam o tema, além ainda de documentos legais como legislações e regulamentos específicos da área do Direito. A coleta de dados foi realizada por meio de pesquisas e abordagens amplas, sob o ponto de vista de autores variados a respeito do tema.

### 3 MONTESQUIEU E A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

#### 3.1 OS TRÊS PODERES E SUAS FUNÇÕES DEFINIDAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

Na República Federativa do Brasil estão instituídos três poderes, responsáveis pela manutenção do Estado em suas mais variadas necessidades. Eles atuam também em prol da defesa da ordem e das garantias constitucionais, seja legislando, julgando ou administrando a coisa pública.

Referidos poderes estão dispostos no artigo 2º da Constituição Federal de 1988, e são denominados Poder Legislativo, Executivo e Judiciário. No entanto, nem todos sabem de onde eles surgiram ou quem os idealizou. A ideia de fracionar o poder do Estado por meio funções específicas e bem delimitadas, surgiu com Aristóteles e nasceu a partir de uma ideia exposta em seu livro, “A política” (2001), de que todos os governos possuíam três poderes, diante disso, Figueiredo e Gibran (2016), apud Aristóteles (2001), disseram que:

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. (...) O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e maneira



desatisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição. (FIGUEREDO e GIBRAN (2016), apud Aristóteles (2001), p. 107).

Temos aqui o nascimento da ideia que séculos depois foi desenvolvida e melhor explicada pelo Barão de Montesquieu, que em análise ao estudo inicial de Aristóteles, criou e modernizou o que hoje chamamos de tripartição dos poderes.

Com isso, Montesquieu, em seu livro “O Espírito das Leis”, datado do ano de 1748, apresentou e detalhou o funcionamento de todas as formas de governo existentes no mundo, em sua época. No mesmo livro, Montesquieu separa e divide os poderes em três: Executivo, Legislativo e Judiciário, cada um com seus deveres e finalidades delimitados, com autonomia e liberdade para atuarem, sem que tivessem a interferência dos demais em suas decisões ordinárias.

Nas palavras de Montesquieu:

Em cada Estado há três espécies de poderes: o Legislativo; o Executivo das coisas que dependem do Direito das Gentes; e o Executivo das que dependem do Direito Civil”. Pelo primeiro, o Príncipe ou o Magistrado faz leis para algum tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes, ou julga as demandas dos particulares. A este último chamar-se-á Poder de Julgar; e ao anterior, simplesmente Poder Executivo do Estado. (MONTESQUIEU, 2008, p. 168 – 169).

Um ponto importante a se destacar das palavras de Montesquieu é a forma com a qual aborda a funcionalidade de cada poder, ou seja, a responsabilidade de cada um dentro de sua função. Assim, temos então a responsabilidade pela criação das leis do país atribuída ao Poder Legislativo, cabendo a este, portanto, o dever de elaboração de todas as leis, sejam elas duráveis eternamente ou que tenham valia apenas por um determinado tempo.

Cabe ainda ao Poder Legislativo, a mudança de quaisquer dessas leis existentes, seja para melhorá-las ou até mesmo para revogá-las. Incumbe ao Poder Executivo, à segurança do país, seja garantindo a paz ou declarando guerras, seja recebendo embaixadores de outros países, resumindo, o Poder Executivo é o responsável pela manutenção da ordem dentro dos limites territoriais do Estado.

Neste ínterim, temos ainda o Poder Judiciário e a este cabe uma atenção especial, pois Montesquieu dá a este poder, a definição simples de “poder de julgar”, já que a este poder cabe apenas a aplicação das leis elaboradas pelo poder legislativo, seja julgando a possível punibilidade de uma pessoa, seja analisando se um determinado ato praticado por uma pessoa é ou não crime.



Note que a ideia de fracionar o poder, remonta meados do século XVIII e veio a ser implementada no art. 2º da Constituição Federal de 1988, de maneira extremamente aproximada de suas bases históricas.

É perceptível que o constituinte originário da Constituição brasileira de 1988, encontrou na ideia de Montesquieu um modelo completo de organização estatal, tendo em vista que o exposto por Montesquieu, em seu livro, trabalha todos os pontos importantes em um Estado, pontos esses que dividem todas as funções e não sobrecarrega nenhum poder pois cada um, com sua responsabilidade, age em prol da necessidade do outro.

### 3.2 A TRIPARTIÇÃO DE PODERES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

Outro aspecto relevante é a afirmação do artigo 2º da CF/1988, de que os poderes constituídos são “independentes e harmônicos entre si”.

Sobre a independência funcional de cada poder, Montesquieu afirma que:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. (MONTESQUIEU, 2008, p. 169 – 170).

Vejamos como Montesquieu é enfático ao falar da independência de cada poder. Fala ainda das consequências graves, na hipótese de invasão e interferência de um poder nas competências legais do outro. Nesse sentido, cabe destacar como, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 definiu a competência de cada um deles.

Assim, temos o Poder Legislativo, composto pela união do Senado Federal, tendo em sua formação os representantes de cada estado e do Distrito Federal, e da Câmara dos Deputados, formada pelos representantes do povo, constituindo então o Congresso Nacional, responsável pela organização, criação e alteração das leis existentes e propostas neste país. Com isso temos então o texto constitucional dizendo que: “Art. 44, CF. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal”.



Importante destacar, que as atribuições do Poder Legislativo estão especificadas nos artigos 48 a 50 da CF/1988.

Em sequência, temos o artigo 51, da Constituição Federal de 1988, que elenca as atribuições privativas da Câmara dos Deputados. As do Senado Federal estão definidas no artigo 52, do mesmo diploma legal.

Em relação ao Poder Executivo, estabelece o art. 76 da CF/1988, que este é exercido pelo Presidente da República, sendo auxiliado pelos ministros do Estado. Ao Presidente cabe a chefia de todo o sistema constitucional, seguindo os preceitos do sistema presidencialista, exercendo os papéis de Chefe de Estado e Chefe de Governo.

Nesse sentido, Montesquieu coloca a importância, e, sobretudo, a necessidade de cada poder ser exercido por um número determinado de pessoas, tendo em vista o exercício de suas funções específicas. Vejamos:

O Poder Executivo deve estar nas mãos de um Monarca. Porquanto esta parte do Governo, tendo quase sempre necessidade de uma ação instantânea, é melhor administrá-la por um do que por diversos. Já o que depende do Poder Legislativo muitas vezes é regulado melhor por diversos do que por um só. Se não houvesse monarca, e o Poder Executivo fosse confiado a certo número de pessoas tiradas do corpo legislativo, não haveria mais liberdade, porque os dois poderes estariam unidos. As mesmas pessoas teriam algumas vezes, e poderiam ter sempre, participação num e outro poder. (MONTESQUIEU, 2009, p. 176-177).

Por fim, temos o Poder Judiciário, composto pelos tribunais elencados no art. 92 da CF/1988, tendo a responsabilidade de julgar e tomar decisões baseadas e justificadas de acordo com a lei em vigor no país. Com isso temos então o artigo 92, incisos I ao VII, da Constituição Federal dizendo que:

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I - O Supremo Tribunal Federal; I-A O Conselho Nacional de Justiça; II - O Superior Tribunal de Justiça; II- A - o Tribunal Superior do Trabalho; III - Os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV - Os Tribunais e Juízes do Trabalho; V - Os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI - Os Tribunais e Juízes Militares; VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Assim temos então elencados neste artigo todos os tribunais julgadores do país, cada um com sua responsabilidade, definida e explicada na carta magna de 1988.

Cabe destacar ainda, a ideia trazida por Montesquieu, acerca da necessidade de se constituir, no Estado, um Poder Moderador e sobre o tema o autor abordou que



se o Poder Executivo não tiver direito de frear as iniciativas do corpo legislativo, este será despótico. Porque, podendo atribuir-se todo poder imaginável, aniquilará os demais poderes (MONTESQUIEU, 2009, p. 178).

Montesquieu ainda afirma, com isso, que é necessário que haja uma contenção do poder pelo poder, ou seja, cada um deles seriam autônomos e independentes, todavia não de forma ilimitada, de modo que, dentro de cada governo, deveriam existir possibilidades legais de controle recíproco dos poderes constituídos, o que culminou no sistema de freios e contrapesos.

Na ordem jurídica brasileira, podemos citar como exemplo de aplicação do sistema de freios e contrapesos, a atribuição de competência ao poder legislativo para conduzir o processo de impeachment do líder do poder executivo, previsto no artigo 51, inciso I da Constituição Federal.

Assim, apesar da possibilidade de intervenção de um poder noutro poder, ou dito de outro modo, “a contenção do poder pelo poder”, está interferência não pode se dar de maneira ilimitada, mas dentro das possibilidades previstas na legislação interna do país.

## 4 PODER JUDICIÁRIO: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ATIVISMO JUDICIAL

### 4.1 DEFINIÇÃO DE ATIVISMO JUDICIAL.

De início, se faz necessário conhecer a definição do instituto. Por ativismo judicial se entende a conduta invasiva do Poder Judiciário dentro das competências dos demais poderes, Executivo e Legislativo, ou seja, ao invés de apenas julgar conforme manda a lei, a Suprema Corte acaba legislando e executando normas que não possuem sustentação legal.



Afirma o Ministro Luís Roberto Barroso, acerca da definição do tema:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de constitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2009, p. 19).

Diante as palavras do referido autor, temos o ativismo judicial como sendo à atuação do Poder Judiciário, de forma mais ativa, ou seja, trabalhando além de suas competências, no qual além de julgar, ele passa a atuar mais ativamente dentro dos poderes Legislativo e Executivo.

Pois bem é possível concluir também que no ativismo judicial o juiz substitui a vontade e a finalidade da lei, para levar em consideração, no caso concreto, a sua opinião, ou mesmo, suas concepções político-ideológicas, invadindo as atribuições constitucionais de outros poderes.

Neste sentido, vejamos a origem desta prática:

Para estabelecer a origem do ativismo judicial, faz-se necessária a menção à jurisprudência norte-americana, que foi a pioneira em implantar esse fenômeno, com decisões de sua Suprema Corte. [...] Nos Estados Unidos a primeira decisão que teve uma roupagem ativista foi proferida em caráter conservador, onde se procurava manter uma segregação racial, o que causou desconforto entre o Presidente Roosevelt e a Corte Norte-americana, em virtude da contrariedade ao intervencionismo estatal. Há quem diga que a origem do termo “ativismo judicial” não se deu nessa ocasião, pois teria sido pioneiramente utilizado esse título em um artigo escrito por Arthur Schlesinger, que traçou o perfil dos juízes da Suprema Corte Americana atribuindo a eles essa qualidade de ativista. (DIAS, 2013, p. 6-7).

Temos ainda que neste momento surgiu apenas a primeira decisão com roupagem ativista tendo o termo “ativismo judicial” nascido no título de um artigo:

Há quem diga que a origem do termo “ativismo judicial” não se deu nessa ocasião, pois teria sido pioneiramente utilizado esse título em um artigo escrito por Arthur Schlesinger, que traçou o perfil dos juízes da Suprema Corte Americana atribuindo a eles essa qualidade de ativista. (DIAS, 2013, p.7).



Assim, conforme abordado no texto, o ativismo judicial tem suas bases históricas firmada nos Estados Unidos da América, por meio da suprema corte norte-americana.

No Brasil, segundo Dias (2013), o ativismo judicial teve seu nascimento em meados da década de 90, após a promulgação da carta magna de 1988, tendo seu controle sido estabelecido dentro da Suprema Corte brasileira, porém tomando força nas decisões, apenas, no ano de 2008, quando o Supremo Tribunal Federal começou, além de julgar, legislar sobre temas controversos à época e assim adentrando em uma competência que não era sua.

Ainda sobre ativismo judicial temos as seguintes palavras de Mello:

Em uma palavra, Senhor Presidente: práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade. (MELLO, 2012, p. 10).

O referido autor trabalha em defesa do ativismo judicial alegando ser um mal necessário, no qual diante à falta de atividade do Poder Público, ou seja, como o Poder Legislativo e o Executivo se mostram inoperante em alguns pontos urgentes, que deveriam ser implementados, se dá maior destaque ao Poder Judiciário, como uma nova força, para dar voz ao povo na garantia dos direitos fundamentais. Dessa forma em contrapartida, há os que discordam desta posição ativista no Poder Judiciário.

Vejamos o que Montesquieu afirma sobre a concentração exagerada de poder nas mãos de um único poder constituído.

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. (MONTESQUIEU, 2008, p. 169-170).

A crítica do autor centraliza-se na grave ameaça as liberdades individuais que



passa a sofrer a sociedade, quando os poderes de Estado não atuam dentro dos limites estabelecidos pela ordem jurídica estabelecida, de modo que não há como se falar que o ativismo judicial é um mal necessário, já que o desbalanceamento no exercício do poder pode levar a uma tirania, como assevera Montesquieu.

Ainda sobre o tema, não só o ativismo judicial pode levar a sociedade a sofrer com eventuais supressões de suas liberdades individuais, mas a invasão de quaisquer dos três poderes um no outro pode acarretar este malefício.

Assim, caso o Legislativo invada ao Executivo, podemos ter neste momento o fim da liberdade social, já que teremos aqui uma nova forma de poder, que é o tirânico no qual o mesmo líder que legisla irá executar suas ordens da forma que ele entender pertinente.

No caso do poder de julgar, ou seja, o Poder Judiciário invadindo o Poder Legislativo teríamos um juízo totalmente arbitrário legislando e decidindo a vida dos cidadãos como ele bem quisesse, já com Judiciário atrelado ao poder Executivo teríamos uma nova forma de liderança social baseada na opressão das pessoas.

## 4.2 A SUPREMA CORTE BRASILEIRA E SUAS ATRIBUIÇÕES CONSTITUCIONAIS.

Findada a parte principiológica e conceitual do ativismo judicial, falaremos acerca das funções/atribuições da Suprema Corte brasileira, conhecida por Supremo Tribunal Federal. Para tanto, veremos as disposições dos artigos 101 a 103-B da Constituição Federal de 1988.

Afirma o artigo 101, *caput*, da Constituição Federal que:

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Como se nota, o texto constitucional criterioso na especificação das qualificações que devem ter as pessoas consideradas aptas ao cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal. Tão minucioso que não basta que seja uma pessoa que goze de boa reputação, mas também que demonstre profundo conhecimento jurídico, ao ponto de a ele ser dado o adjetivo de “notável”, e assim, esteja apto a participar e



contribuir com as discussões complexas que são próprias do poder judiciário.

Assim tanto o Regimento Interno do STF como a Constituição Federal atribuem à Suprema Corte unicamente o dever de julgar conforme o está estabelecido em lei, não atribuindo em nenhum momento o poder de legislar, mas apenas o poder e dever de julgar conforme o que já foi definido e estabelecido por lei sancionada.

## 4.3 O ATIVISMO JUDICIAL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Não é possível falar de ativismo judicial sem adentrar ao tema do controle de constitucionalidade.

O Ministro Barroso, assim diz:

[...] O controle de constitucionalidade é um desses mecanismos, provavelmente o mais importante, consistindo na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição. Caracterizado o contraste, o sistema provê um conjunto de medidas que visam a sua superação, restaurando a unidade ameaçada. A declaração de inconstitucionalidade consiste no reconhecimento da invalidade de uma norma e tem por fim paralisar sua eficácia. (BARROSO, 2019, p. 23).

Conforme visto nas palavras de Barroso o controle de constitucionalidade é uma forma de anular uma lei ou ato normativo que caminhe em desacordo com os preceitos estabelecidos na Constituição Federal, no qual por meio de uma análise criteriosa do texto legal questionado, este é declarado constitucional ou não.

Ainda segundo Barroso (2019), sempre que tivermos uma lei a ser discutida e esta não integre a Constituição Federal, deverá ocorrer um juízo de valor acerca de sua constitucionalidade, pois se está lei não for constitucional ela não poderá ser promulgada, devido ao fato de que quando uma lei confrontar a Constituição, será válido sempre o texto constitucional, já que aplicar uma norma inconstitucional é deixar de aplicar a Constituição.

Concebido o controle de constitucionalidade vamos analisar agora as modalidades existentes para combater a inconstitucionalidade, assim temos nas palavras de Barroso que:

A doutrina costuma identificar três grandes modelos de controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno: o americano, o austríaco e o francês. Desses matrizes surgiram variações de maior ou



menor sutileza, abrigadas nos sistemas constitucionais de diferentes países. É possível sistematizar as características de cada um levando em conta aspectos subjetivos, objetivos e processuais, ordenados na classificação abaixo: 1 Quanto à natureza do órgão de controle; 1.1 Controle político; 1.2 Controle judicial; 2 Quanto ao momento de exercício do controle; 2.1 Controle preventivo; 2.2 Controle repressivo; 3 Quanto ao órgão judicial que exerce o controle; 3.1 Controle difuso; 3.2 Controle concentrado; 4 Quanto à forma ou modo de controle judicial; 4.1 Controle por via incidental; 4.2 Controle por via principal ou ação direta. (BARROSO, 2019, p. 62-63).

Apesar da extensa classificação, será dado ênfase em 2 (dois), sendo eles:

1) Controle Difuso e 2) Controle Concentrado.

Deste modo, vejamos:

1) Aplicado pela primeira vez nos Estados Unidos, o controle difuso também é conhecido por ser universal, pois nele qualquer órgão judicial pode detectar a constitucionalidade de uma lei ou norma, ou seja, cada órgão judiciário pode, dentro de suas competências, realizar o controle de constitucionalidade. Podendo ainda, que tal controle possa ser feito até mesmo por um órgão judiciário diferente daquele que está julgando a causa, como, por exemplo, no caso do judiciário cível que reconhece uma constitucionalidade ocorrida dentro de um processo criminal, no qual mesmo que não seja área de sua competência ele pode levar esta constitucionalidade até o Nascido pela primeira vez na Constituição Austríaca, o controle concentrado ocorre por meio de um ou mais órgãos que podem ou não terem sido criados apenas para realizar o controle constitucional de lei ou atos normativos. No Brasil, está formado o controle concentrado ao Supremo Tribunal Federal, que o faz por meio de certos tipos de ações previstas na Constituição Federal, tendo em vista a verificação da conformidade do ato questionado à Constituição Federal (BARROSO, 2019).

Desse modo, o controle concentrado é um dos caminhos jurídicos pelos quais a suprema corte pode agir de maneira ativa, isto é, extrapolando os limites de suas atribuições legais. Referida atuação pode ocorrer por meio do julgamento de ações específicas, tais como: ADI (ADin) – Ação Direta de Inconstitucionalidade; ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade; ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão; e, ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Por fim, para reforçar as palavras do autor acerca do controle concentrado, é importante destacar também o texto constitucional que em seu artigo 102, inciso I, alínea “a”, que diz exatamente acerca da responsabilidade da Suprema Corte em julgar as ações diretas de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos federais e



estaduais, bem como julgar também a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Todavia, ao realizar o controle concentrado, por meio de quaisquer da ações judiciais já mencionadas, a suprema corte deve buscar julgar com elevada prudência, observando os limites de sua competência constitucional, para se evitar o risco de, agindo ativamente, desprezarem a vontade popular manifestada por meio do Congresso Nacional, e ainda, as funções típicas do Poder Executivo.

#### 4.4 PROJETO DE LEI 4.754/2016: TIPIFICA CRIME DE RESPONSABILIDADE DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO PODER LEGISLATIVO OU DO PODER EXECUTIVO.

2) Por conta de todos os malefícios que podem advir da invasão de competência de um poder no outro, foi que surgiu o PL 4.754/2016, proposto pelo Deputado Federal Sóstenes Cavalcante e outros 22 deputados, que juntos buscam alterar a redação do artigo 39 da lei 1.079, de 10 de abril de 1950, que trata dos crimes de responsabilidade cometidos pelos chefes dos poderes, tendo atualmente a seguinte redação:

Art. 39. São crimes de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal: 1- Altera, por qualquer forma, exceto por via de recurso, a decisão ou voto já proferido em sessão do Tribunal; 2 - Proferir julgamento, quando, por lei, seja suspeito na causa; 3 - Exercer atividade político-partidária; - Ser patentemente desidioso no cumprimento dos deveres do cargo; - Proceder de modo incompatível com a honra dignidade e decoro de suas funções.

O mencionado projeto de lei busca, portanto, o acréscimo do item 6 ao art. 39, acima transcrito, com a seguinte redação: “6. *Usurpar competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo.*”

Como justificativa do projeto o Deputado Sóstenes Cavalcante, assim fala:

Sabe-se, entretanto, que a doutrina jurídica recente tem realizado diversas tentativas para justificar o ativismo judiciário, algo praticamente inexistente em nosso país nos anos 50, época em que foi promulgada a lei que define os crimes de responsabilidade. Este ativismo, se aceito como doutrina pela comunidade jurídica, fará com que o Poder Judiciário possa usurpar a competência legislativa do Congresso. Não existem atualmente, por outro lado, normas jurídicas que estabeleçam como, diante desta eventualidade, esta casapoderia zelar pela preservação de suas competências. De onde decorre a importância da aprovação deste projeto.



Nas palavras do deputado, se percebe uma preocupação com a preservação das competências, especialmente do Poder Legislativo, haja vista os julgamentos da suprema corte em manifesta usurpação de competência dos demais poderes.

Sobre o tema, o Ministro Alexandre de Moraes afirmou que:

Com isso, a maioria dos métodos de controle do avanço de um ramo (poder) em relação a outro foi desaparecendo. Até por pressão da própria população, o que também é perigoso. **Não adianta acharmos que um poder só vai resolver todos os problemas do mundo. O que vamos fazer é criar daqui a pouco uma decepção também em relação ao Judiciário.** (Grifo nosso).

Assim, diante das palavras do ministro, é possível perceber que o tema não é alheio aos membros da Suprema Corte, e que eles, igualmente, carregam preocupação com o desequilíbrio institucional que pode advir de condutas ativas do Poder Judiciário.

Dante disso, para os deputados, a melhor solução para evitar desordens institucionais, é a legislação prever a punição de ministro que exceda os limites de sua competência, invadindo, deliberadamente, a competência constitucional atribuída aos demais poderes.

## 5 DECISÕES ATIVAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

### 5.1 PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA.

Apesar de ser uma decisão proferida em Habeas Corpus, ou seja, em ação judicial diversa daquelas típicas de controle concentrado de constitucionalidade, se faz mister conhecermos o tema, tendo em vista sua ampla discussão pela comunidade jurídica, e a ausência de posicionamentos pacíficos dentro do Supremo Tribunal Federal.

O Habeas Corpus 126.292/SP, em 17/02/2016, que teve como relator o Ministro Teori Zavascki, no qual foi apreciado e decidido por 7 votos contra 4 pela permissão da prisão do acusado, após a condenação em segunda instância.

Daí, no ano de 2019, após amplo debate, a mesma Corte, que antes entendia que aquele que fosse condenado em segunda instância deveria ser preso, voltou atrás em seu posicionamento e por 6 votos contra 5, decidiram pela aplicação literal da disposição constitucional prevista no art. 5º, LVII.



Quanto a este fato está previsto na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVII, que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado desentença penal condenatória;

Temos ainda a lei processual penal que diz em seu artigo 283, o seguinte:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar **ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.** (Grifo nosso).

Neste ponto é importante acrescentar, que o trânsito em julgado de uma sentença condenatória só ocorre após encerrada todas e quaisquer formas de recurso, ou seja, somente após o fim das possibilidades de ações recursais.

Deste modo não cabe se falar em prisão para qualquer réu que foi condenado em segunda instância se não nos casos em que a lei processual define, ou seja, se o réu não apresentar riscos evidentes a sociedade, a ordem pública, econômica ou riscos de evasão para burlar a aplicação da lei, não há porque ele ter sua liberdade cessada, tendo em vista que se a ele não se aplicam os requisitos da prisão em flagrante ou cautelar, deverá ser mantido em liberdade até que se esgotem todas e quaisquer formas de recurso disponibilizados a ele pela lei penal.

Pois bem, neste caso em específico, apesar das inúmeras críticas, não se percebe uma conduta ativista da suprema corte, que julgou dentro de suas competências, aplicando a literalidade da Constituição Federal.

## 5.2 ABORTO

O Habeas Corpus 124.306/RJ, em 27/03/2017, que teve como relator o Ministro Luís Roberto Barroso, e que envolveu o caso da trata de uma análise acerca de revisão da prisão preventiva que tinha sido decretada contra os médicos e funcionários da clínica que realizava abortos clandestinos, consubstanciado na teoria de que eles não apresentavam riscos a sociedade e por isso deveriam ser postos em liberdade.



Embora o mérito do pedido não envolver questão relativa à descriminalização do aborto, os ministros fizeram julgamento *ultra petita*, decidindo pela descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação. A justificativa foi a de que o Estado não poderia interferir na vontade de uma pessoa sobre o seu corpo.

Insta salientar, que tal julgamento foi isolado e sem efeitos *erga omnes*, porém abre precedente para que sejam outros casos julgados, em instâncias inferiores, em manifesto desacordo com a lei penal, devidamente submetida a processo legislativo, isto é, reflete a vontade da população. Assim, temos a substituição da vontade do povo, pela vontade de alguns poucos.

Vejamos a lei penal. O artigo 128 traz em seus incisos as únicas hipóteses que ocorrendo o aborto, o autor não será penalizado:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por edico: Aborto necessário: - Se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro: - Se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Se nota, pela análise do artigo supracitado, que o julgamento do Poder Judiciário foi além de sua competência ao descriminalizar o aborto até o terceiro mês de gestação, uma vez que, para que haja descriminalização de conduta tipificada na lei penal ou alteração do texto da lei, se faz necessário a submissão do tema aos representantes do povo e dos Estados – o Congresso Nacional.

A decisão em comento, demonstra, portanto, um dos mecanismos de atuação ativista do Poder Judiciário.

### 5.3 A EQUIPARAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA AO CRIME DE RACISMO

Por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 do Distrito Federal, o Supremo Tribunal Federal, consubstanciado na justificativa da omissão do Poder Legislativo, resolveu equiparar as condutas definidas como homofobia e transfobia ao crime de racismo, ou seja, foi além de sua competência constitucional, invadindo a competência do poder legislativo.

Neste caso, em específico, nos termos do art. 103, § 2º da Constituição Federal, o Poder Judiciário, ao reconhecer a inconstitucionalidade por omissão, deveria dar



ciência ao poder competente para que tomasse as providências: “[...] dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

A atuação ativa do Supremo Tribunal Federal, neste caso, revela-se, ainda, quando confrontamos o ato judicial dela emanado, com a previsão do artigo 12 da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, que trata da revogação, alteração e consolidação das leis, senão vejamos:

Art. 12. A alteração da lei será feita:

- a) - Mediante reprodução integral em novo texto, quando se tratar de alteração considerável; – Mediante revogação parcial; - nos demais casos, por meio de substituição, no próprio texto, do dispositivo alterado, ou acréscimo de dispositivo novo, observadas as seguintes regras: revogado;
- b) é vedada, mesmo quando recomendável, qualquer renúmeração de artigo ou de unidades superiores ao artigo, referidas no inciso V do art. 10, devendo ser utilizado o mesmo número do artigo ou unidade imediatamente anterior, seguido de letras maiúsculas, em ordem alfabética, tantas quantas forem suficientes para identificar os acréscimos; é vedado o aproveitamento do número de dispositivo revogado, vetado, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou de execução suspensa pelo Senado Federal em face de decisão do Supremo Tribunal Federal, devendo a lei alterada manter essa indicação, seguida da expressão ‘revogado’, ‘vetado’, ‘declarado inconstitucional’, em controle concentrado, pelo Supremo Tribunal Federal, ou ‘execução suspensa pelo Senado Federal, na forma do art. 52, X, da Constituição Federal; é admissível a reordenação interna das unidades em que se desdobra o artigo, identificando-se o artigo assim modificado por alteração de redação, supressão ou acréscimo com as letras ‘NR’ maiúsculas, entre parênteses, uma única vez ao seu final, obedecidas, quando for o caso, as prescrições da alínea “c”.

Como podemos verificar, uma lei só pode ser alterada por meio de outra lei que altere, no todo ou em parte, o seu texto. E está atribuição típica é do Poder Legislativo. Mesmo que o Legislativo se mostre inerte sobre um determinado assunto, não pode a Suprema Corte vir e tomar uma decisão que altere uma lei já promulgada, mas agir nos termos do art. 103, §2º da CF, pois isso é atuar fora de suas competências legais, mostrando assim o caráter ativista desta decisão.

Cabe ressaltar aqui, que mencionada decisão foi tomada, apenas de forma provisória, ou seja, a validade desta equiparação só terá validade até o momento em que cessar a inércia do Poder Legislativo. Todavia, o caráter provisório da decisão ação ativa da Suprema Corte quanto da análise do caso concreto.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo trouxe uma abordagem ampla e histórica acerca da tripartição



dos poderes, mostrando como uma ideia nascida há séculos pode se mostrar tão atual e suas reflexões tão necessárias para os juristas deste tempo.

A ordem democrática e a implementação dos direitos humanos não ficaram a cargo de, apenas, um dos poderes constituídos, sob pena de se estabelecer um Estado tirânico, e não democrático, como bem asseverou Montesquieu em seus escritos.

Nesse sentido caminhou nossa reflexão. Existindo três poderes, deve a ver o respeito às atribuições de cada um, sem invasões, sem contaminações partidárias, sem sobreposição de um sobre o outro, uma vez, que qualquer dos poderes agindo dessa forma, ofende a democracia do país e gera insegurança jurídica e desrespeito ao povo, especialmente no que toca o voto popular, universal, obrigatório e livre.

Na atualidade, temos percebido uma ação bastante ativa do Supremo Tribunal Federal, o que nos gera preocupação. Estando a Suprema Corte com a atribuição de guardar a Constituição Federal, avançando, sem medida, sobre os demais poderes, num manifesto ataque a tripartição de poderes estabelecida no art. 2º da CF, estaremos em breve, não mais em um Estado democrático de direito, mas num Estado tirânico, como disse Montesquieu, e ainda, sob o argumento falacioso de que se está buscando a defesa deste próprio estado democrático de direito, atacado por suas decisões ativistas.

Outro ponto que se destaca, é que o ativismo judicial tem um parâmetro político gigantesco, estando, inclusive, em discussão larga o que se convencionou chamar de “judicialização da política”, tendo em vista que a maioria de suas decisões são de elevada repercussão social e que não tem qualquer amparo legal e nem mesmo constitucional.

Em contrapartida, o Ministro Celso de Mello, entende o ativismo judicial como sendo um “mal necessário” para a sociedade. Todavia, discordamos sobremaneira do excelentíssimo Ministro, uma vez que nenhum mal pode ser considerado como necessário. Aquilo que nasce em desconformidade com lei ou a Constituição Federal, e até mesmo às atacam, não pode ser considerado como algo bom, quando se vive num Estado Democrático de Direito.

Embassando-se novamente nas palavras de Montesquieu, caso ocorra a invasão de qualquer dos poderes um no outro, não haverá democracia e passaremos há um poder tirânico, autoritário, opressor das garantias e liberdades individuais. Em



particular, se permitirmos que o Poder Judiciário invada as competências do Poder Legislativo, logo estará também invadindo as do Poder Executivo, e, logo o Estado, e, por conseguinte a sociedade, serão controladas por um pequeno grupo de pessoas, não eleitas, que imporão sua vontade, julgando a partir de convicções político-partidárias (já que se despreza a lei), fato grave e perigoso para o futuro de qualquer nação que preza pela liberdade.

Diante disto, o que podemos concluir, é que o ativismo judicial deve ser combatido, pois não é só a ordem constitucional que está ameaçada, mas também toda a sociedade. Assim, a votação do Projeto de Lei 4.754/2016 é tão urgente e necessária, já que o poder precisa conter o poder, neste caso, o Poder Legislativo precisa conter o Poder Judiciário, e buscar o reestabelecimento da harmonia e independência entre os poderes, sob pena de que venhamos a sofrer maus irreparáveis num futuro próximo.

## 7 REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A Política**. Trad. De Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Anuário Ibero-americano de Justiça Constitucional ISSN 1138-4824, núm. 13, Madrid (2009), p. 17-32.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília. Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 08 de set. de 2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº 1.079/1950**. Dispõe sobre Crimes de Responsabilidade. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l1079htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1079htm). Acesso em: 11 de set de 2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº 95 de 26 de Fevereiro de 1998**. Dispõe sobre a revogação, alteração e consolidação das leis, da Const. Federal. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/lcp/lcp95>. Acesso em: 11 de set. de 2020.

BRASIL. **Projeto de lei nº 4.754/2016**. Dispõe sobre a inclusão do ativismo judicial como crime de responsabilidade do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarIntegra?codteor=1443910&filename=PL+4754/2016](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=1443910&filename=PL+4754/2016). Acesso em: 08 de set. de 2020.



DIAS, Bruno dos Santos. **Ativismo judicial:** o poder judiciário como protagonista do necessário controle para a discricionariedade desregrada e omissão injustificada do poder executivo. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2013. p. 6-7.

DIMOULIS, Dimitri. LUNARDI, Soraya Gasparetto. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais.** 4. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

FIGUEREDO, Eduardo Fin de, GIBRAN, Sandro Mansur. o ativismo judicial, o princípio da separação dos poderes e a ideia de democracia. **Rev. unicuritiba.edu.br.** 2016. p. 107. Apud. ARISTÓTELES. **A Política.** Trad. De Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora: Martins Fontes, 2001.

MELLO, C. **Discurso proferido pelo ministro Celso de Mello, em nome do supremo tribunal federal, na solenidade de posse do ministro Cesar Peluso, na presidência da suprema corte do brasil,** EM 19/04/2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiastf/anexo/discursoCM.pdf>. Acesso em: 12 de set de 2020.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, **O Espírito Das Leis:** as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 9ª ed. São Paulo. Saraiva, 2008. p. 168 – 169.

TEXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo Judicial:** nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. Rev. direito GV vol.8 no.1 São Paulo Jan./Jun. 2012.

