XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

CAMILA BARRETO PINTO SILVA

FRANCISCO MATA MACHADO TAVARES

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

C755
Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP
Coordenadores: Camila Barreto Pinto Silva
Francisco Mata Machado Tavares – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN:
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

Apresentação

O Grupo de Trabalho dedicado à apresentação e discussão de pesquisas científico-jurídicas referentes à seara da imbricação entre constituição e democracia correspondeu à expectativa suscitada pela atualidade, dramaticidade e relevância do tema no atual contexto sócio-histórico global, pautado por transições, tensões e crises relacionadas a díade conformadora do constitucionalismo democrático, que emerge no Ocidente a partir do século XVIII e consolida-se como fundamento triunfante das nossas sociedades a partir da segunda metade do século XX.

A tensão entre a rigidez associada ao constitucionalismo e o dinamismo próprio à legitimação democrática da autoridade política é um tema tão instigante como onipresente no pensamento humanístico e nos conflitos sociais desde o século XIX. Os receios de Mill e Tocqueville em relação aos riscos de tiranias majoritárias, de um lado; e os clamores republicanos em favor de uma primazia das decisões coletivas para além das reservas constitucionais, de outro; pautaram boa parte da trajetória jurídico-política da modernidade em seu estágio posterior ao iluminismo. As vozes de Locke a ecoarem sobre o apreço liberal pelas normas que afastam do debate político as condições de possibilidade da sua própria existência, e de Rousseau a saudarem variantes contemporâneas de uma vontade geral entendida como soberana em seus próprios termos, ainda se entrecruzam em um debate contínuo e profícuo. Neste processo, tentativas de síntese ou de composição entre o primado republicano da democracia e a conquista liberal do constitucionalismo, a exemplo da tese habermasiana de equiprimordialidade entre as autonomias pública e privada, parecem apenas estabelecer uma efêmera trégua em uma saudável e instigante tensão constitutiva do constitucionalismo erigido em sociedade plurais, complexas, seculares e referenciadas no duplo valor daquilo que Constant definira como as liberdades moderna e antiga.

Este Grupo de Trabalho ocorre em um momento no qual a recorrente contenda entre liberais e republicanos afigura-se ínfima, diante de uma ameaça mais séria e fundamental ao constitucionalismo democrático: vivemos sob tempos em que democracias perecem globalmente e o primado dos direitos fundamentais ou de sua projeção universal em um sistema assegurador de direitos humanos fenece. A emergência de populismos não democráticos, a naturalização do desprezo às garantias fundamentais prescritas nas

constituições e a emergência de hegemonias que, antes de definidas por novas ou alternativas razões, negam a racionalidade enquanto fundamento da vida social, parecem por em risco os dois mais preciosos consensos da nossa civilização: constitucionalismo e democracia.

Nestes tempos dramáticos e intensos, a produção acadêmica vê-se desafiada e convidada a encontras categorias, métodos, teorias e fundamentos capazes, senão de apontar rotas de saída da crise, de permitirem sua mais adequada e analiticamente refinada compreensão. Esta missão, acredita-se, fora cumprida pelo conjunto de pesquisadores/as que apresentaram seus artigos jurídicos no Grupo de Trabalho sobre Constituição e Democracia. Três grandes eixos do debate, tal como abaixo explicados, asseguraram a completude e a consistência da produção científica trazida ao GT nesta edição do Encontro Nacional do CONPEDI.

Primeiramente, destacam-se os trabalhos referentes a temas situados na fronteira entre a filosofia, a teoria política e a teoria da constituição. Nesta seara, houve contribuições referenciadas em uma plêiade atualizada e consistente de referências, oscilantes da teoria luhmaniana dos sistemas ao pensamento heiddegeriano, sem que faltassem estudos referenciados na produção do Sul Global, em especial quanto ao Novo Constitucionalismo. A fundamentação, a coesão, os limites e os desafios para a difícil e necessária composição entre democracia e direitos fundamentais foram, nestes trabalhos, perquiridos em grau de compatibilidade com a dificuldade e urgência dos problemas impostos pelo momento histórico presente.

Em seguida, mencionam-se os artigos identificados com a temática da jurisdição constitucional ou, ainda mais amplamente, do processo constitucional. Em um mundo no qual fenômenos como judicialização da política e politização da justiça conduzem ao limite as ideias liberais de checks and balances, indicando na prestação jurisdicional que dá concretude aos ditames asseguradores de direitos fundamentais o preciso locus da fronteira entre democracia e constituição, os trabalhos souberam lidar com problemas de pesquisa e olhares teóricos dignos de contribuírem para o permanente avanço científico nesta questão.

Houve, ainda, artigos dedicados a estudos sobre direitos fundamentais sem os quais a cidadania democrática e a própria dignidade de pessoas que se engajam em uma comunidade jurídico-política na condição de jurisconsortes livres e iguais não poderia realizar-se. Assim, o tema dos direitos de pessoas com deficiência, a questão migratória e as políticas orientadas à garantia do direito fundamental à moradia foram trazidos à baila em produções que refletem a mais desejável combinação entre rigor científico e compromisso social da atividade acadêmica no campo jurídico.

A sessão de apresentação dos trabalhos refletiu a qualidade dos textos que o/a leitor/a lerá a a seguir e indicou que, sob os mais tormentosos tempos para a democracia e os direitos fundamentais, o campo jurídico brasileiro não esmorece e enfrenta, com seriedade e consistência, a tarefa de compreender e defender estes dois alicerces do mundo livre, racional e secular. Desejamos a todos/as uma boa leitura.

Prof. Dr. Francisco Mata Machado Tavares - UFG

Profa. Dra. Camila Barreto Pinto Silva - UNIMES

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ATIVISMO JUDICIAL E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: DELICADO CAMINHO PARA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

JUDICIAL ACTIVISM AND THE PRINCIPLE OF SEPARATION OF POWERS: A DELICATE WAY FOR THE REALIZATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Luciane Gregio Soares Linjardi [1]

Resumo

A obra “O espirito das leis” do Barão de Montesquieu eternizou a tripartição das funções do Estado como mecanismo institucional de contenção do poder e garantia da liberdade individual, inspirando a organização de muitos Estados democráticos. No Brasil, serviu-lhe de arquétipo para as Constituições, com peculiaridades. Na atualidade, o fenômeno do ativismo judicial provoca alarde acerca do princípio da segurança jurídica e da estabilidade da Separação dos Poderes, considerados sustentáculos da democracia. Entretanto, o descompasso entre o Legislativo e anseios da sociedade civil têm exigido que o Judiciário seja o garante dos Direitos Fundamentais, os quais igualmente alicerçam uma democracia.

Palavras-chave: Ativismo judicial, Separação dos poderes, Democracia, Direitos fundamentais, Segurança jurídica

Abstract/Resumen/Résumé

The work "The spirit of the laws", by Baron of Montesquieu, endorsed the tripartite feature of the State functions as an institutional mechanism for power contention and individual freedom guarantee, inspiring the organization of many democratic States. In Brazil, it served as an archetype for the Constitutions, with peculiarities. Currently the phenomenon of judicial activism causes alarm on the principle of legal security and stability of the Separation of Powers, considered the pillars of democracy. However, the mismatch between the legislature and the civil society's aspirations requires the Judiciary to be the guarantor of fundamental rights, which also underpin democracy.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial activism, Separation of powers, Democracy, Fundamental rights, Legal security

[1] Professora Adjunta - Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS. Doutoranda em Direito do Estado - Universidade de São Paulo - USP.

Introdução

O dinamismo da sociedade agencia sua natural transformação, posto que está em constante modificação ante às novas situações fáticas que passam a integrar a realidade social. O sistema normativo, por sua vez, possui um compasso menos enérgico, afastando-se, não raramente, dos anseios sociais contemporâneos. A complexidade social atual e uma legislação insuficiente para atender a completude de seus interesses jurídicos, têm exigido do Judiciário a resolução de inúmeras questões sob o fundamento de garantir os Direitos Fundamentais. *Verbi gratia*, podem ser lembrados: a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar e as ações constitucionais em trâmite na Corte Superior que pleiteiam a equiparação do comportamento homofóbico ou transfóbico ao crime de racismo.

Entretanto, a atividade jurisdicional evidentemente ativa, caracterizada como ativismo judicial, tem provocado muita inquietude acerca de uma possível desarmonização dos princípios da Separação dos Poderes e da segurança jurídica, tidos como essenciais à manutenção da democracia.

No Brasil, desde a Constituição do Império, inclusive, as cartas políticas foram, a seus modos, influenciadas pela teoria da Separação dos Poderes de Charles Louis de Secondat, Barão de La Brède e de Montesquieu, assim como outros tantos Estados democráticos. De forma diversa não atuou o constituinte de 1988 que consagrou os Poderes Legislativo, Executivo e o Judiciário como independentes e harmônicos entre si.

De outra banda, o respeito e a concretização dos Direitos Fundamentais da pessoa humana e a valorização da soberania popular são vitais para a manutenção de um Estado democrático.

Portanto, o desafio é refletir sobre um mecanismo que estreite o relacionamento entre os valores constitucionais e a sociedade, garantindo aos indivíduos a concretização dos Direitos Fundamentais, ainda que haja uma ineficiência normativa, sem abalar o princípio da segurança jurídica. Neste trabalho são feitas indagações para fomentar uma insipiente reflexão sobre o ativismo judicial.

Especificamente, o objetivo do presente estudo, é fomentar uma reflexão sobre o fenômeno do ativismo judicial (que é qualificado como o garantidor dos Direitos Fundamentais ante a ineficiência legislativa) em estreita análise com o Princípio da Separação dos Poderes.

Para tanto, o estudo do assunto, metodologicamente, se valeu de uma abordagem hipotético-dedutivo com base em construções doutrinárias e jurisprudenciais. De maneira auxiliar o método histórico contribuiu para melhor contextualizar o princípio da Separação dos

Poderes de Montesquieu na história constitucional brasileira. O estudo fora amparado em uma revisão bibliográfica, característica de uma pesquisa teórica, valendo-se do material bibliográfico referenciado ao final.

1 O Princípio da Separação de Poderes como mecanismo institucional de controle do poder. Estruturação preliminar

A proposta de institucionalização do poder consagrada pelo princípio da Separação dos Poderes em O Espírito das Leis, defendeu a tripartição das funções do Estado em três como mecanismo de contenção do poder concentrado de um estado absolutista, lavrando a ideia de que o estado ideal seria uma monarquia limitada. Segundo a teoria, as funções repartidas deveriam ser atribuídas a instituições distintas, independentes, com estrutura orgânica e prerrogativas próprias, identificadas como os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

A incipiente menção à clássica teoria da Separação de Poderes de Montesquieu (antecedido, em suas medidas, por Aristóteles e John Locke) tem como utilidade introduzir a análise do assunto proposto, especialmente o comportamento mais ativo do Judiciário nos últimos tempos.

No entanto, antecedentemente, vale a abertura de um breve parêntese para que haja justeza na colocação. A obra do Barão de Montesquieu que aborda a teoria da Separação dos Poderes data de 1748, costumeiramente tratada como obra que inaugurou tal tese. Entretanto, a cisão do poder já havia sido mencionada em outrora.

> A divisão funcional dos poderes – ou, como tradicionalmente se diz, a "separação de poderes" – que ainda hoje é a base da organização do governo nas democracias ocidentais, não foi invenção genial de um homem inspirado, mas sim é o resultado empírico da evolução constitucional inglesa, qual a consagrou o Bill of Rights de 1689. De fato, a 'gloriosa revolução' pôs no mesmo pé a autoridade real e a autoridade do parlamento, forçando um compromisso que foi a revisão do poder, reservando-se ao monarca certas funções, ao parlamento outras e reconhecendo-se a independência dos juízes. Esse compromisso foi teorizado por Locke, no Segundo tratado do governo civil, que justificou a partir da hipótese do estado de natureza. (FERREIRA FILHO, 2015, p. 163/164).

Com isso, meio século antes do Espírito das Leis ser publicado, O Segundo Tratado sobre o Governo de Jonh Locke (1690) igualmente defendia uma divisão do poder entre estruturas orgânicas governamentais correlacionáveis às instituições propostas por Montesquieu.

Nesse mesmo sentido, Boiteux (2009, p. 382) leciona que o *Bill of Rights* votado pelo parlamento inglês colocou fim ao regime da monarquia absoluta, além disso, mencionando

lições de Fabio Comparato, esclarece que "ao estabelecer a divisão de poderes forneceu importante garantia institucional, mais tarde aperfeiçoada por Montesquieu". (BOITEUX, 2009, p. 382)

Acerca da fundação da teoria que separa os Poderes em três porções, muito distante pode-se chegar. O som inicial que ecoou até a Idade Moderna de Montesquieu e Locke partiu em verdade da Antiguidade. Originalmente, Aristóteles (384-322 a.C.) fez referência à divisão do poder quando tratou da organização do governo no Capítulo XI de sua obra A Política, defendendo, a sua maneira[1], que "o que está essencialmente conforme com o espírito da democracia, é conceder a todos os direitos de decidir sobre tudo: aí está a igualdade a que o povo aspira sem cessar" (ARISTÓTELES, 1995, p. 221).

A remota data não subtrai do texto de Aristóteles a sua contemporaneidade, o que causa espécie, sendo possível correlacionar segundo ordem do escrito abaixo, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário:

> Há em todo governo três partes nas quais o legislador sábio deve consultar o interesse e a conveniência do particulares. Quando elas são bem constituídas, o governo é forçosamente bom [...]. Uma dessas três partes está encarregada de deliberar sobre os negócios públicos; a segunda é a que exerce as magistraturas, e aqui é preciso determinar quais as que se devem criar, qual dever ser a sua autoridade especial, e como se devem eleger os magistrados. A terceira é a que administra a justiça. A parte deliberativa decide soberanamente da guerra, da paz, da aliança, da ruptura dos tratados, promulga as leis, pronuncia a sentença de morte, o exílio, o confisco, e examina as contas do Estado. (ARISTÓTELES, 1995, p. 221)

Fechando o breve parêntese e avançando, fato é, que o que inspirou Charles de Secondat, Barão de Montesquieu e La Breda em 1748 a defender essa forma funcional de organização e divisão do poder foi o anseio de limitar o poder do monarca absolutista monopolizador de todas suas facetas, repartindo competências, inflexivelmente, já que o filósofo francês partia da premissa de que "[... todo homem que tem poder é levado a abusar dele." (Montesquieu, 2010, p. 168). Mais que isso, a filosofia política que inspirou Montesquieu era liberal, posto que, "no livro XI do Espírito das Leis deixa claro seu objetivo: desenhar as

[1] Segundo Aristóteles (1995, p. 221): "No entanto existem várias maneira de dar a todos os cidadãos a decisão dos negócios: uma é chama-los a se pronunciar cada qual por sua vez, e não todos ao mesmo tempo. [...]. Em outros governos as deliberações são feitas nas reuniões dos magistrados; mas as funções públicas de todo gênero são confiadas a todos os cidadãos alternadamente, e as diversas tribos, até as menores divisões, são convocadas para todas as magistraturas, até que todos os cidadãos delas tenham participado. Além disso, só existe assembleia geral de todo povo quando se trata de promulgar leis, regular os negócios do governo, ou proclamar os decretos dos magistrados."
Observação sobre o termo *magistrados*: Segundo o Dicionário Latim Forense de Eduardo Pessoa (2003, p. 138), *magister* refere-se a mestre.

linhas fundamentais da organização política necessária à garantia da liberdade." (SOUZA JUNIOR e REVERBEL, 2016, p. 64)

A importância dedicada pelo filósofo ao tema talvez tenha contribuído para consolidar a ideia de que é o "pai" da teoria da tripartição dos Poderes. Não se impugna, obviamente sua inquestionável importância. Se não genitor consanguíneo da teoria, certamente o afetivo, que conserva o mesmo valor.

Como de se supor, a concepção atual acerca da teoria da Separação dos Poderes não conserva idêntica formatação ao modelo proposto por Montesquieu, que fora sendo complementado por outros estudiosos. Por exemplo, o Poder Judiciário originalmente pensado no *Espírito das Leis*, apesar de formalmente ocupar mesma posição hierárquica e independência, a rigor, não se harmonizava com os demais Poderes, Legislativo e Executivo.

Há, no pensamento de Montesquieu, uma ideia de temporariedade do Poder Judiciário. Supunha-se que a existência deste dependeria da beligerância, dos conflitos da sociedade e da infringência de direitos. Entretanto, a ocorrência de delitos e problemas resta infalível (quiçá, exceto, no modelo da cidade de Platão)[2], restando garantida a necessidade de uma intermediação para composição das partes.

O Poder Judiciário original continha a temporariedade por característica, eis que juízes eram indicados para causas específicas. Terminando o julgamento da contenda, terminaria de igual forma a função do julgador. Não era exercido por uma estrutura permanente de homens, mas por pessoas escolhidas que o faziam por um tempo determinado.

> O poder de julgar não deve ser dado a um senado permanente, mas exercido por pessoas tiradas do corpo do povo, em certo período do ano, da maneira prescrita pela lei, para formarem um tribunal que só dure enquanto a necessidade o exija.
> Destarte, não estando o poder de julgar, tão terrível entre os homens, ligados nem a certo estado, nem a certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo. Não temos continuamente juízes diante dos olhos; e tememos a magistratura, e não os magistrados.
> [...]
> Os dois outros poderes poderiam de preferência ser entregues a magistrados ou a corpos permanentes; porque não se exercem sobre nenhum particular, sendo um apenas a vontade geral do Estado, e o outro, apenas a execução dessa vontade geral. (MONTESQUIEU, 2010, p. 170)

Seja como for, o aporte conferido pelas confluências das ideias e teorias dos estudiosos serviu e serve como estrutura governamental de muitos Estados. A delimitação do poderio

[2] Referência ao Estado idealizado por Platão em a República*:* "Seja, estamos portanto de acordo, Glauco, que a cidade que aspira a uma organização perfeita deve admitir a comunidade das mulheres, a comunidade dos filhos e da educação inteira, assim como a das ocupações em tempo de guerra e em tempo de paz, e reconhecer como reis os que se mostrarem melhores como filósofos e como guerreiros." (PLATÃO, 1973, p. 144)

exercitável por cada uma das instituições é a característica estrutural da teoria da Separação dos Poderes, que além de coibir seus abusos, é um garante da liberdade dos indivíduos. Ou seja, o implemento de obstáculos ao abusivo exercício do poder do Estado em prol da manutenção da liberdade.

Para tanto, o princípio da Separação propõe que, além das funções do Poderes serem adjudicadas às estruturas orgânicas autônomas e guarnecidas de prerrogativas institucionais, devem ser investidos, "[... seus titulares de garantias funcionais, estando a eles vedada, por outro lado, a participação em funções estranhas ao aparato orgânico a que se vinculam." (RAMOS, 2015, p. 115)

Em complemento:

> É de se acrescer, ainda, que a afetação das funções aos órgãos deve ser feita de modo a se obter uma relativa especialização funcional, ou seja, cada aparato orgânico deve, predominantemente, exercer uma delas, sendo estruturado com vista ao exercício adequado da atividades, admitindo-se, pois, um certo compartilhamento de funções, genérico ou individualizado. (RAMOS, 2015, p. 117)

2 Breves considerações acerca da influência do Princípio da Separação dos Poderes na organização do Estado brasileiro, segundo as Constituições

Como mencionado, fato é que a teoria de Separação de Poderes ou tripartição do Poderes se demonstrou como um alicerce na organização de muitos Estados democráticos, tendo-lhes inspirados em diferentes graus. *Verbi gratia*, no Brasil, este sistema que prega o apartamento dos Poderes serviu-lhe de arquétipo para as Constituições brasileiras, a seus modos, é bem verdade, e com peculiaridades.

Nessa linha de pensamento, previu a Constituição Política do Império do Brasil, em 1824, a necessidade de Separação dos Poderes afim de serem conservados os direitos dos cidadãos e por ser a forma segura de tornar efetivas as garantias constitucionais previstas, assim dispondo seu artigo 9º[3].

É bem verdade, no entanto, que o artigo seguinte da Constituição do Império incluiu dentre o rol de Poderes um quarto elemento, o chamado Poder Moderador, que concedia ao imperador o exercício de um controle sobre os demais Poderes, Legislativo, Executivo e

[3] Referência ao artigo 9º da Constituição Política do Império do Brasil, de 1824: "Art. 9. A Divisão, e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição offerece."

Judiciário (art. 10)[4]. A guisa de conclusão, a inserção do Poder Moderador rompia com a ideia do filósofo francês, vez que, desarmonizava a estrutura orgânica do governo.

Após a Proclamação da República em 15 de novembro de 1889 ocorreram profundas mudanças no cenário político brasileiro, sendo instituída a forma federativa de Estado e a República como forma de governo. Fora proclamada em 1891 a Constituição da República dos Estado Unidos do Brasil que, por sua vez, estabeleceu como sendo órgãos da soberania nacional os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Desta forma, além de banir o Poder Moderador, que destoava da sistemática de Montesquieu, atribuiu propriedades de independência e harmonia entre si (art. 15)[5].

O texto constitucional foi além, quando previu que o cidadão investido em funções de qualquer dos três Poderes federais não podia exercer as competências de outro, desta forma dispondo o artigo 79 da carta política. Fora, no entanto, silente quanto a possibilidade de delegação de funções.

Nesse mesmo sentido, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 ratificou o princípio da Separação dos Poderes, preconizando que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário eram órgãos da soberania nacional, nos limites constitucionais, atribuindo-lhes independência e que deveriam ser coordenados entre si (art. 3º)[6]. Além disso, vedava aos Poderes a possibilidade de delegações de atribuições (art. 3º, § 1º), inovando em relação a Constituição de 1891, e, mantinha a proibição de um exercer função de competência de outrem (art. 3º, § 2º).

Por fim, insta mencionar que, segundo artigo 88[7] da Constituição de 1934, competia ao Senado Federal a coordenação dos Poderes federais. Com isso, ao que parece, atribuiu ao Legislativo tarefa outra que desequilibrava a relação entre os Poderes.

---

[4] Referência ao artigo 10 da Constituição Política do Império do Brasil, de 1824: "Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial."

[5] Referência ao artigo 15 da Constituição da República dos Estado Unidos do Brasil, de 1891: "Art. 15 - São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si."

[6] Referência ao artigo 3º da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934: "Art. 3º - São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si. § 1º - É vedado aos Poderes constitucionais delegar suas atribuições. § 2º O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro."

[7] Referência ao artigo 88 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934: "Art. 88 - Ao Senado Federal, nos termos dos arts. 90, 91 e 92, incumbe promover a coordenação dos Poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos da sua competência."

Em 1937[8], durante a Era Vargas, a promulgação da Constituição dos Estados Unidos do Brasil rompeu com a teoria da Separação de Poderes, sequer prevendo-os expressamente. Num rumo diverso às Constituições anteriores, alargou competências do Poder Executivo, mitigando as do Legislativo e do Judiciário. Considerado pelo texto constitucional "autoridade suprema do Estado" (art. 73)[9] o Presidente da República podia expedir "livremente decretos-leis sobre a organização do Governo e da Administração Federal, o comando supremo e a organização das forças armadas" (art. 14).

Ensinamentos atemporais de Aristóteles de mais de dois mil anos atrás se revelam em perfeita ritma com os então novos rumos dados pela Constituição de 1937. Segundo o filósofo, "[...] se a democracia dever ser contada entre as formas de governo, é claro que um tal estado de cousas, no qual tudo se regula por decreto, não é mesmo, para bem dizer, uma democracia. Porque um decreto jamais pode ter uma forma geral como a lei." (ARISTÓTELES, 1995, p. 202-203)

Reforçando o tom ditatorial, a Constituição de 1937 também previa que caso uma lei fosse declarada inconstitucional pelo Tribunal, o Presidente da República, a seu juízo, poderia submetê-la novamente ao exame do Parlamento, se a compreendesse, como norma necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta. Em sendo confirmada por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficaria sem efeito a decisão do Tribunal. Era o que previa a redação original do parágrafo único, do artigo 96[10], que em 1945 fora revogado pela Lei Constitucional nº 18.

Em 1946, quando o Estado brasileiro passava por um processo de redemocratização[11], fora promulgada a nova Constituição dos Estados Unidos do Brasil, que previa como Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, tratando-os como independentes e

[8] Segundo informação constante da *home page* do Senado brasileiro: "Em 10 de novembro de 1937, Getúlio Vargas revogou a Constituição de 1934, dissolveu o Congresso e outorgou ao país, sem qualquer consulta prévia, a Carta constitucional do Estado Novo, de inspiração fascista, com a supressão dos partidos políticos e concentração de poder nas mãos do chefe supremo de Executivo."

[9] Referência ao artigo 73 da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937: "Art. 73 - O Presidente da República, autoridade suprema do Estado, coordena a atividade dos órgãos representativos, de grau superior, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional, e superintende a administração do País."

[10] Referência à redação original do parágrafo único, do artigo 96, da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937: "Art. 96. Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal."

[11] Segundo informação constante da *home page* do Senado brasileiro: "Com a derrota da Alemanha na Segunda Guerra Mundial, as ditaduras direitistas internacionais entraram em crise e o Brasil sofreu as consequências da derrocada do nazifascismo. Getúlio Vargas tentou, em vão, sobreviver e resistir, mas a grande reação popular, com apoio das Forças Armadas, resultou na entrega do poder ao então presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), José Linhares, após a deposição de Vargas, ocorrida em 29 de outubro de 1945."

harmônicos entre si (art. 36). Tal qual a Constituição de 1934, explicitou que o cidadão investido na função de um dos Poderes não poderia exercer a competências de outro (art. 36, §1º) e vedava que qualquer dos Poderes delegassem, a quem quer que fosse, suas atribuições próprias (art. 36. §2º)[12].

No vai e vem das Constituições brasileiras, por fim (e antecedendo a atual carta política), a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1967 impactou novamente o equilíbrio entre os Poderes e o processo democrático[13]. Apesar de o texto constitucional[14] prever expressamente a independência e harmonia dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, de vedar-lhes delegações de atribuições (com exceções, a bem da verdade) e de proibir que o indivíduo investido na função de um deles pudesse exercer competência do outro, a rigor, acomodava o Executivo[15] em posição de destaque, especialmente após o Ato Institucional nº 5, de 1968, que em seu artigo 2º[16] já tornava evidente a força do Presidente da República, e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que ampliava as situações passíveis de serem normatizadas por decreto-lei (art. 55).

A digressão sustentada brevemente sobre as Constituições brasileiras apenas serviu para constatar que, desde o início, houve, a seu modo, influência da teoria da Separação dos Poderes como sustentáculo de um Estado democrático, ou não. Ora se afastando, ora se aproximando, mas talvez nunca se identificando absolutamente com a separação inflexível proposta por Montesquieu.

Mais que isso, o abreviado levantamento é justificado quando percebe-se que a causa que conduziu o filósofo a sustentar o princípio da Separação dos Poderes é também a mesma preocupação da sociedade atual, qual seja, asfixiar um abusivo exercício do poder que possa

---

[12]Referência ao artigo. 36 da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946: "Art. 36 - São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si. § 1º - O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição. § 2º - É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições."

[13]"Depois de vinte anos da desgraça militar, a longa e penosa conquista do Estado de Direito foi, certamente, muito positiva, embora seja evidente que o fim da ditadura não significou a consolidação da democracia nem a eliminação de violações dos direitos humanos da maioria dos brasileiros." (BONAVIDES, 2017, p. 727)

[14]Referência ao artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967: "Art. 6º - São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Parágrafo único - Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; o cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro."

[15]Segundo informação constante da *home page* do Senado brasileiro: "O contexto predominante nessa época era o autoritarismo e a política da chamada segurança nacional, que visava combater inimigos internos ao regime, rotulados de subversivos. Instalado em 1964, o regime militar conservou o Congresso Nacional, mas dominava e controlava o Legislativo."

[16]Referência ao artigo 2º do Ato Institucional nº 5, de 1968: "Art. 2º - O Presidente da República poderá decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por Ato Complementar, em estado de sitio ou fora dele, só voltando os mesmos a funcionar quando convocados pelo Presidente da República."

legitimar o autoritarismo (para Montesquieu, limitar o poder do soberano). Em outras palavras, equilibrar a atuação dos Poderes, de tal forma, que nenhum seja senhor dos outros, garantindo, por consequência, um balanceamento entre justiça e segurança jurídica. Eis o desafio atemporal, colocar a salvo os princípios basilares que compõem um Estado Democrático de Direito para, com isso, sustentar a liberdade individual.

O arremate desta introdução perpassa, necessariamente, pela observação do modelo adotado pelo constituinte de 1988. Retomando a marcha da redemocratização, anunciou o artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que "são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."

Como se observou, o comparecimento do princípio da Separação dos Poderes nos textos constitucionais brasileiros fora, em regra, preservado. Entretanto, como visto, "a única exceção veio a ser a Carta de 1937, mas esta em rigor não foi uma Constituição e sim um ato de força de natureza institucional, tanto que afastou, por inteiro, o País de toda a sua tradição de liberalismo e representatividade do poder." (BONAVIDES, 2017, p. 567).

Em suplemento, Bonavides (2017, p. 567) preleciona que: "[...] depois do desastre de 1937, nem as Constituições outorgadas pela ditadura de 1964, sem embargo da violência de seu autoritarismo, ousaram tocar naquele princípio."

Desta forma, restou consagrado o modelo que reparte o poder em três porções, mas a análise do texto constitucional infere que a distribuição não é de toda estanque, sendo flexível a esse respeito. Corroborando a afirmação, pode ser citado, *verbi gratia*, função atípica do Poder Executivo de natureza legislativa largamente conhecida que é a possibilidade de emissão de Medida Provisória (art. 62, CF/88). Outra função atípica do Executivo, agora, de ordem jurisdicional é a sua condição de julgador nas demandas administrativas. Em complementação ao raciocínio, o artigo 52, inciso I, da Constituição Federal, por exemplo, trata de função atípica do Poder Legislativo de natureza jurisdicional, qual seja, a competência do Senado Federal para processar e julgar o Presidente da República, chefe do Executivo, nos crimes de responsabilidade.

Para encerrar a questão acerca da flexibilidade na tripartição das funções dos Poderes, a provocação a seguir atinge o epicentro de interesse deste trabalho: No que pertine ao Poder Judiciário, qual o "espaço legislativo" lhe fora garantido constitucionalmente? Ou seja, há conferência de funções atípicas de natureza legislativa ao Poder Judiciário? Ou seu campo de atuação neste ambiente circunscreve-se à possibilidade de legislar acerca de seus regimentos internos?

3 Notas sobre o fenômeno do Ativismo Judicial e o Princípio da Separação dos Poderes: Delicado caminho para concretização dos Direitos Fundamentais

Recente declaração de parlamentar em sessão legislativa ordinária esquenta ainda mais um tema que se mantem acalorado há algum tempo. A fala de um componente do Poder Legislativo deixou patente um desconforto seu para com algumas práticas tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, afirmando que a corte não é instituição competente para legislar[17]. Defendeu, de forma bastante franca, acerca da necessidade daquela casa legislativa acabar com o ativismo judicial. A argumentação correlacionava-se ao fato de que naquela mesma data o Supremo Tribunal Federal iniciava o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão legislativa (ADO 26) proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS).

Obviamente a menção à manifestação parlamentar feita acima em nada se relaciona a à vieses políticos, tendo por objetivo, apenas e tão somente, demonstrar a atualidade temática no que tange ao antigo dilema de tentar equilibrar e harmonizar os Poderes do Estado. Mais que isso, sua menção permite introduzir o tema sobre ativismo judicial à discussão proposta no presente trabalho.

De fato, tramitam duas ações[18] no Supremo Tribunal Federal que requerem a criminalização da violência e a discriminação dedicada às Lésbicas, aos Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais ou Transgêneros (LGBTs), equiparando o comportamento homofóbico ou transfóbico ao crime de racismo. Para tanto, os impetrantes instrumentalizaram as ações requerendo que o Tribunal reconheça a omissão do Congresso Nacional por não editar leis nesse sentido.

A palpitante questão jurídica possibilita acrescentar sucinto esclarecimento sobre a finalidade técnica de um dos instrumentos constitucionais citados, o mandado de injunção, o qual não pretende suprimir a manifestação do Congresso Nacional.

> O mandado de injunção pretende esclarecer um equilíbrio entre os princípios da democracia representativa e da democracia direta, extraindo a máxima eficácia da normas constitucionais. Não quer suprimir a manifestação do Congresso. Ao contrário, a ação constitucional justamente reclama a edição de uma lei que, votada pelos representantes do povo, supra a omissão legislativa inconstitucional e desobstrua os caminhos de expressão da vontade popular [...]. (BENAVIDES, 2017, p. 738)

[17]Referência à manifestação de Deputado na 1ª Sessão Legislativa Ordinária da 56ª Legislatura - 6ª Sessão (Sessão Deliberativa Ordinária). Em 13/02/2019, às 14 horas: "Se Ministro quer legislar, que tire a toga, dispute, ganhe as eleições e venha aqui conosco legislar. O STF não é o foro competente, não é a instituição competente para legislar."

[18]Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS) e Mandado de Injunção (MI) 4733, impetrada pela Associação brasileira de gays, lésbicas e transgêneros (ABGLT).

Por óbvio, o objetivo deste introito não se assenta no mérito das demandas, máxime pelo fato de sequer haver, até o presente momento, um deslinde, já que o julgamento encontrar-se interrompido, sendo poucos o votos já prolatados pelos ministros. De igual forma, não se pretende analisar acerca da possibilidade ou não de se ampliar/flexibilizar o termo "raça" e se a descrição do tipo penal vigente se correlaciona apenas à etnia ou pode ser ampliado para um preconceito social.

Ilustrativamente outras situações (julgadas ou em trâmite) envolvendo Direitos Fundamentais poderiam ter sido mencionadas, *v.g.*, o emblemático julgamento sobre a união homoafetiva[19] ou a apreciação, em andamento, acerca da descriminalização do aborto[20], dentre outros.

No entanto, a abordagem a tais questões serviram para fomentar o interesse em analisar o fenômeno do ativismo judicial, com contínua observância na atuação harmônica dos Poderes institucionais, que além de garantir uma desejável estabilidade jurídica, é de fundamental importância à manutenção da democracia. Para Mello (2009, p. 233), "o princípio da segurança jurídica, tanto quanto o da lealdade e da boa-fé ou o da proteção à confiança legítima, é da própria essência do Direito e, sobretudo, no Estado Democrático de Direito sua vigência é irrefragável."

Mais que isso, é necessário refletir se o fenômeno do ativismo judicial configura mesmo uma disfunção no exercício da função jurisdicional quando trata questões relacionadas aos Direitos Fundamentais capaz de invadir área de atuação/função do Poder Legislativo, praticando abusos por absoluta falta de legitimidade ou se essa postura, algumas vezes, evidentemente ativa configura algo natural que se fundamentada na necessidade de ajustamento do direito aos novos anseios da sociedade. Parece evidente a necessidade de se analisar os casos individualmente, contudo, o estabelecimento de balizas mais claras resta imperioso.

A tentativa conceitual do ativismo judicial não conduz inicialmente a uma certeza, mas sim a algumas reflexões: Seria o ativismo judicial um fenômeno contraproducente capaz de comprometer os pilares da Democracia? Ou seria o ativismo do Poder Judiciário um acontecimento necessário à própria manutenção do Estado Democrático de Direito?

A postura ativa do Poder Judiciário frente algumas questões e competências atípicas faz deste o personagem algoz que rompe com sua prioritária competência, qual seja, a de zelar

[19]Referência ao julgamento conjunto das ações Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 pelo Supremo Tribunal Federal em 05 de maio de 2011.

[20]Referência à ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSL) para questionar os artigos 124 e 126 do Código Penal.

pelo cumprimento da Constituição Federal ou o reveste de postura heroica ante ao protagonismo judicial?

O próprio termo "ativismo judicial" possui intrínseco um sentido pejorativo ou guarda em si a ideia de protagonismo e de Poder atuante?

Neste sentido e em complemento, vale observar precisa colocação:

> Não há, pois, necessariamente, um sentido negativo na expressão "ativismo", com alusão a uma certa prática de jurisdição. Ao contrário, invariavelmente o ativismo é elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao "passivismo", que, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados, conduziria a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados. (RAMOS, 2015, p. 112)

Pedagogicamente, há que se concordar que a exploração de um tema deve partir de uma definição. Contudo, as contrárias opiniões sobre ativismo judicial torna a tarefa um desafio a parte, uma vez que há quem o condene e há quem o defenda.

Segundo Ramos (2015, p. 324):

> Por ativismo judicial, deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

Retoma, portanto, a espinha dorsal da teoria da Separação dos Poderes que consolida a ideia de que os Poderes devam atuar nos limites que lhes foram traçados no plano constitucional. Desta forma, a atividade jurisdicional não há que absorver práticas de competência legislativa. Assevera Ramos (2015, p. 324) que a não observação "das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa". Aduz, ainda que a prática do ativismo judicial descaracteriza a função típica do Poder Judiciário e invade "insidiosamente" o espaço de atuação de um outro Poder demarcado constitucionalmente. (RAMOS, 2015, p. 324).

Muitas vezes, sob o fundamento de aplicação do princípio da Dignidade da Pessoa Humana e dos Direitos Fundamentais do artigo 5º da Constituição de 1988 são os substratos orgânicos dos quais se vale a atividade jurisdicional para legitimar postura indiciada como ativista. Nesse sentido, pode ser novamente mencionada a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca do reconhecimento da união estável de casal homoafetivo, contrariando que o § 3º da

Constituição Federal expressamente obstaculizasse tal união[21], literalmente dispondo como necessária a diversidade de sexo[22].

A esse respeito, interessante abordagem fora realizada por Rodrigues Junior (2011, p. 54):

> Esse modelo de utilização discricionária e *contra legem* dos textos normativos, inclusive da Constituição dá margem a graves desvios lógicos. Invoca-se a Constituição, certos 'princípios' ou 'valores constitucionais' para desfazer de regras de inquestionável univocidade semântica. Esse abuso chega ao extremo de se voltar contra a própria Constituição.

De forma absolutamente livre, complementou que "problemas de elevado alcance social deslocam seu fórum deliberativo dos grupos sociais organizados e de sua ágora própria, o Parlamento, para as sede de juízos e tribunais, notoriamente, deficitários em termos democráticos". (RODRIGUES JUNIOR, 2011, p. 60)

Num outro rumo, há o entendimento de que o ativismo judicial reveste-se de aparência heroica onde a pro-atividade da função jurisdicional transita por vieses abertos pela interpretação da Constituição Federal, garantindo, quiçá, um ajustamento do direito às novas necessidades de uma sociedade mais complexa. Há uma ampliada participação do Judiciário na consolidação dos valores constitucionais e possível intromissão em funções afetas à outros Poderes.

Nesse sentido:

> O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, 2012, p. 25)

Em tom medianeiro, Franco (2018, p. 30) expõe interessante ponto de vista sobre o ativismo judicial, aduzindo que, "[...] nem todas as decisões ativistas ultrapassam os limites do ordenamento. E nem todas as que respeitam o direito podem ser elogiadas." Complementa que "há decisões ativistas que servem para fazer valer dispositivos legais ou constitucionais,

[21]Segundo Rodrigues Junior (2011, p. 53): "Com a opção legítima e democrática do constituinte em clausular a união estável como uma relação entre homem e mulher, não poderia nem mesmo o legislador ordinário fazer essa mutação."

[22]Referência ao artigo 226, § 3º da Constituição Federal brasileira: "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento"

respeitando o direito. Há outras decisões que ainda estão nos limites do ordenamento, mas que são reprováveis." (FRANCO, 2018, p. 30)

Controvérsias à parte, fato é, que com uma afável singeleza resta garantido constitucionalmente que os indivíduos lesados em seus direitos terão suas demandas apreciadas pelo Poder Judiciário[23] e que a atividade jurisdicional será conduzida pela postura legislativa vigente no país.

No entanto, no "[...] enfrentamento dos conflitos interindividuais o Direito e a dogmática jurídica (que o instrumentaliza) não conseguem atender as especificidades das demandas originadas de uma sociedade complexa e conflituosa." Para o autor, "o paradigma (modelo/modo de produção de Direito) liberal-individualista-normativista está esgotado. O crescimento dos direitos transindividuais e a crescente complexidade social (re)clamam novas posturas dos operadores jurídicos." Com isso, o autor defende, ante a crise do Judiciário, a necessidade de rediscutir as práticas jurídicas. Argumenta acerca da necessidade de se utilizar de um Direito consubstanciado no Estado Democrático de Direito (STRECK, 2003, p. 259).

Prega Streck (2003, p. 281) que o Poder Judiciário, como justiça constitucional, "[...] deve ter uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado [...]". Complementa que o deve perpetrar, "[...] mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os valores constitucionais têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maioria dos parlamentares (que a toda evidencia devem obediência à Constituição)." (STRECK, 2003, p. 281)

Valendo ainda dos ensinamentos do jurista, por sua precisão, interessante pontuar mais um destaque de seu estudo:

> A compreensão do (novo) papel a ser desempenhado pela jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito implica uma ruptura paradigmática. Com efeito, a crise que fustiga o Direito – que, sem dúvida, causa (ou deveria causar) uma mal-estar na comunidade jurídica preocupada com o Direito enquanto fator de transformação social – está obnubilada por um imaginário dogmático que continua refém de um sentido comum teórico, no interior do qual o ser da Constituição (compreendia no seu papel constituidor, dirigente e compromissário) se apaga. Daí que a ausência de função social do Direito e, portanto, a sua (não) inserção no horizonte de sentido proporcionado pelo Estado Democrático de Direito, compreendido a partir das condições de possibilidade de sua existência e, desse modo, a partir das possibilidades do intérprete ser no-mundo e ser-com-os-outros, perde-se em meio a uma "baixa constitucionalidade", composta por um discurso jurídico alienado da condição histórica da sociedade brasileira." (STRECK, 2003, p. 285)

[23]Referência ao artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;"

Com isso, uma postura intervencionista do Poder Judiciário em esferas atípicas da atividade jurisdicional passaria a ser tolerada, ou até mesmo festejada, ante a necessidade de se dar efetivo implemento aos princípios e aos valores constitucionais garantidores dos direitos fundamentais quando os Poderes tipicamente políticos não os tivessem, de alguma forma, dado eficaz viabilidade.

Ao que parece, não se quer eliminar um Poder ou encampar a ideia de superioridade de um em detrimento do outro. Mas, ante a falha ou omissão do Legislativo, no que compete à aprovação de leis que garantam a efetividade dos valores fundamentais constitucionais ansiados pela sociedade, a necessidade de amparo culminaria por legitimar o Judiciário a uma incursão em solo estrangeiro.

Os Direitos Fundamentais compreendidos por seu conteúdo indeterminado e aberto e de validade universal irradia efeitos em todo ordenamento jurídico, conforme ressalta Bonavides (2017, p. 619) quando leciona acerca de sua dimensão assegurando "[...] que não pertence nem ao Direito Público, nem ao Direito Privado, mas compõe a abóbada de todo o ordenamento jurídico enquanto direito constitucional de cúpula."

Neste sentido:

> Os Direitos Fundamentais [...] são os típicos direitos históricos, isto é, construídos historicamente mediante o processo de fricção permanente travado entre, de um lado, os defensores da manutenção dos padrões jurídicos e políticos estabelecidos com resistência à efetivação de novos direitos, e de outro lado, os postulantes de novas liberdades e novos direitos.
> Esse processo, entretanto, não é uniforme, muito embora tenha adquirido um caráter expansionista e universalista no segundo pós-guerra. Expansão essa que, mesmo mantendo o foco de exigência de direitos e garantias em face do Estado, passou a exigir do próprio Estado o zelo e a gestão pela efetivação dos Direitos Fundamentais também nas relações entre particulares [...]. (SIQUEIRA NETO, 2009, p. 557)

Retomando a discussão sobre as ações constitucionais em trâmite no Supremo Tribunal Federal que pleiteiam a criminalização da violência e a discriminação dedicada às Lésbicas, aos Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais ou Transgênero (LGBTs), igualando o a conduta caracterizada como homofóbica ou transfóbica ao crime de racismo, após o levantamento de alguns posicionamentos sobre o ativismo judicial, resta evidente, que a depender do fundamento teórico considerado, os caminhos jurídicos a se percorrer podem ser completamente opostos.

Longe de esvaziar os inúmeros argumentos jurídicos que possam ser ventilados no julgamento das ações, pelas breves reflexões é possível perceber que, ou se abraça o princípio da Separação dos Poderes com a promessa de segurança jurídica que lhe é implícita e garante

a estabilidade da democracia, ou destaca a supremacia dos Direitos Fundamentais como essencial à manutenção do Estado Democrático de Direito. Que caminho de fato fragilizaria a democracia[24] ante ao elevado preço que ambos representam?

O Estado Democrático de Direito, segundo preleciona Raniere (2019, p. 332): "É a modalidade do Estado constitucional e internacional de direito que, com o objetivo de promover e assegurar a mais ampla proteção dos direitos fundamentais, tem na dignidade humana o seu elemento nuclear e na soberania popular os seus fundamentos." Para a autora, o termo "Democrático" guarda em si o sentido de "[...] exercício da soberania popular[...]", garantindo a atualização do Estado. Por sua vez, o vocábulo "Direito" corresponde ao componente conservador[25]. (RANIERE, 2019, p. 332)

Sem dúvida, a atuação jurisdicional caracterizada como ativista, intervencionista ou protagonista (independe a nomenclatura adotada), ao arrepio da segurança jurídica demasiadamente cara à sociedade e do comprometimento da harmonia entre os Poderes constitucionais do Estado, portadora do essencial objetivo de obstaculizar que um dos Poderes obtenha exacerbado controle estatal, gera a necessidade de profunda reflexão.

Segundo Bonavides (2017, p. 617): "Em verdade, na Constituição, a tripartição e a organização dos poderes são, de último, tocante à sua estrutura, a imagem do Estado, ao passo que os direitos fundamentais compõem a efígie da Sociedade."

Utilizando novamente dos ensinamentos de Raniere (2019, p. 332), vale destacar que, segundo a autora, "na evolução do Estado de Direito, a primeira mudança de paradigma do direito, em direção ao Estado constitucional de direito, exprimiu-se com a afirmação do princípio da legalidade e da onipotência do legislador."

Seguidamente, com precisão, acrescenta:

> A segunda mudança, mais recente, deu-se com a afirmação da supremacia da Constituição sobre a lei, que a ela se subordina, com as seguintes consequências: para a teoria da validade das leis, a diferenciação entre forma e substancia; para o princípio da separação de Poderes, a mudança do papel do Judiciário, que passa a ser encarregado de verificar a adequação da lei aos princípios e regras constitucionais; para a teoria do Direito, a alteração do seu paradigma epistemológico, o que lhe confere um papel ao mesmo tempo científico e crítico, voltado às necessárias

[24] "A primeira espécie de democracia é aquela que tem a igualdade por fundamento. Nos termos da lei que regula essa democracia, a igualdade significa que os ricos e os pobres não têm privilégios políticos, que tanto uns como outros não são soberanos de um modo exclusivo, e sim que todos o são exatamente na mesma proporção. Se é verdade, como muitos imaginam, que a liberdade e a igualdade constituem essencialmente a democracia, elas no entanto, só podem aí encontrar-se em toda a sua pureza, enquanto gozarem os cidadãos da mais perfeita igualdade política" p. 201

[25] Desta maneira, os fins e objetivos estatais, assim como a sua forma de realização, são determinados pela via do livre processo político, sob a ordem jurídica." (2019, p. 332)

> correções de um sistema normativo complexo, como é o do Estado Democrático de Direito. (RANIERE, 2019, p. 332)

Considerando os casos em trâmite ou analisados em definitivo pelo Supremo Tribunal Federal ventilados neste escrito, ao que parece, o ativismo judicial é fruto de uma ineficiência da legislação no que tange à garantia dos Direitos Fundamentais, seja por omissão legislativa, seja pelo fato de a legislação não coincidir com os anseios da sociedade atual, seja pela complexidade do sistema normativo, seja pelo natural descompasso entre a norma e as mudanças comportamentais da sociedade. Nesse contexto, não parece ser ideal deixar o destino dos caros direitos dos cidadãos aos cuidados exclusivos de um Poder (que não se demonstra eficiente) aguardando passivamente uma atividade parlamentar nesse desiderato ao custo da própria angústia. Por outro lado, a necessidade de buscar a atividade jurisdicional para garantir direitos não consolidados na legislação, igualmente está longe de ser o desfecho ideal, ante a evidente insegurança que consome esta opção. Ao que parece, se apresenta, como uma oportunidade.

Conclusão

Para Montesquieu era necessário asfixiar o abusivo exercício do poder do soberano afim de que não fosse legitimado o autoritarismo, desta forma, garantiria a liberdade individual. Eis o fundamento que levou Montesquieu a sustentar o princípio da Separação dos Poderes. Na atualidade, a preocupação não se distancia do pensamento original do filósofo francês, ante a constante discussão acerca do equilíbrio entre os Poderes, por ser tal harmonia o fundamento e sustentáculo de em Estado Democrático de Direito e elemento conservador da segurança jurídica.

A esse respeito:

> O que se pretende é que o constitucionalismo que pretende ser contemporâneo – ou a teoria do neoconstitucionalismo – assume uma postura descompromissada com o princípio da segurança jurídica, que exsurge na trajetória evolutiva da ideia de Estado de Direito, buscando exatamente lhe assegurar reforço, robustecendo a missão maior de uma Constituição, qual seja estabelecer limites e engradar o Poder (CAGGIANO, 2011, p. 19)

É bem verdade que a reflexão ora proposta rende maior exame à atividade jurisdicional, abordando função eventualmente atípica do Poder Judiciário através do fenômeno do ativismo judicial. Evidentemente, a disfunção do poder permite ser refletida nas três esferas

de atuação de qualquer dos Poderes. A inquietação do filósofo francês, por exemplo, era com um monarca absolutista.

O desafio é atemporal, portanto. Equilibrar/harmonizar os Poderes para que nenhum se assenhorei dos outros trata-se de pauta histórica. Potencial complexidade enriquece a temática quando o Estado (Democrático de Direito que é) precisa assegurar aos indivíduos, à sociedade como um todo, a efetividade dos Direitos Fundamentais, independentemente da condição normativa vigente, mas com substrato nos valores constitucionais. Diante de tal vértice, uma tese emerge: Ante a ineficiência do ordenamento jurídico normativo, seria o ativismo judicial praticado em garantia dos Direitos Fundamentais contrário ou renovador do princípio da Separação dos Poderes? Comprometedor ou fortalecedor das colunas estruturais da democracia?

Por efeito da reflexão posta, e à guisa de conclusão, vale citar precisa lição de Comparato (2004) que analisando o Poder Judiciário no regime democrático, preleciona:

> Na Idade Moderna, só se pode considerar democrático o regime político fundado na soberania popular, e cujo objetivo último consiste no respeito integral aos direitos fundamentais da pessoa humana. A soberania do povo, não dirigida à realização dos direitos humanos, conduz necessariamente ao arbítrio da maioria. O respeito integral aos direitos do homem, por sua vez, é inalcançável quando o poder político supremo não pertence ao povo.
> O Poder Judiciário, como órgão de um Estado democrático, há de ser estruturado em função de ambas essas exigências. Ressalte-se, contudo, que, diferentemente dos demais poderes públicos, o Judiciário apresenta uma notável particularidade. Embora seja ele, por definição, a principal garantia do respeito integral aos direitos humanos, na generalidade dos países os magistrados, salvo raras exceções, não são escolhidos pelo voto popular.

Desta forma, a atuação independente e responsável constitucionalmente do Poder Judiciário como garante da concretização e respeito integral aos Direitos Fundamentais da pessoa humana e da soberania popular consisti labor imperioso quando de outra forma não os forem resguardados. Por certo, a atuação jurisdicional ativista, na tentativa de albergar os próprios valores constitucionais, não tem salvo conduto para romper com a própria Constituição brasileira. Eis um contrassenso. Eis um desafio.

Referências

ARISTÓTELES. 384-322 a.C. *A Política* – Tradução de Nestor Silveira Chaves. Bauru, SP: EDIPRO, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (Syn) thesis: *Cadernos do Centro de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, 2012, v. 5, n. 1: p. 23-32.

BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita. Em defesa da República e da Democracia. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de. *Direitos Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder Comparato* – São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 723-742. 982 p. ISBN: 85-7674-390-6.

BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. A constante axiológica dos Direitos Humanos. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de. *Direitos Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder Comparato* – São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 381-397. 982 p. ISBN: 85-7674-390-6.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*.32. ed., atual. – São Paulo: Malheiros, 2017. 864 p. ISBN: 978-85-392-0361-1.

BRASIL. Constituição (1967). Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. Brasília, DF, 1968.

BRASIL. Constituição (1967). Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969. Brasília, DF, 1969.

BRASIL. *Constituição da República dos Estado Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ: Congresso Nacional Constituinte, 1891.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ: Assembleia Nacional Constituinte, 1934.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. Congresso Nacional, 1967.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. Assembleia Nacional Constituinte, 1988.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ. Presidente da República, 1937.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ. Assembleia Constituinte, 1946.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brazil*. Rio de Janeiro, RJ: Conselho de Estado, 1824.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. Democracia x constitucionalismo: um navio à deriva? *Cadernos de Pós-Graduação em Direito. Estudos e documentos de trabalho / Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, n. 1, 2011. Disponível em: <http://www.direito.usp.br/pos/arquivos/cadernos/caderno_1_2011.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2019

CÂMARA DOS DEPUTADOS: 1ª Sessão Legislativa Ordinária da 56ª Legislatura - 6ª Sessão (Sessão Deliberativa Ordinária). Banco de dados. Disponível em <https://escriba.camara.leg.br/escriba-servicosweb/html/54506>. Acesso em: 18 fev. 2019

COMPARATO, Fábio Konder. O Poder Judiciário no regime democrático. *Estudos avançados*, 2004, v.18, n.51: p. 151-159.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 448 p. ISBN: 978-85-0261703-2

FRANCO, Henrique Kaster. *Ativismo Judicial e Administrativo. Aspectos Penais*. – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. 218 p. ISBN: 978-85-8425-947-2.

JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. *Meritum, revista de Direito da Universidade FUMEC*, 2010, v.5, n.2. Disponível em: <http://fumec.br/revistas/meritum/article/view/1054>. Acesso em: 03 abr. 2019.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. 1689-1755. *Do espírito das leis* – Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 733.

PLATÃO. 428-427 a.C. *A República* – Tradução de J. Guinsburg. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1973.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015. 349 p. ISBN: 978-85-02-62226-5.

RANIERE, Nina. *Teoria do Estado. Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito*. – 2. ed. – Barueri [SP]: Manole, 2019. 448 p. ISBN: 978-85-204-5724-5.

SENADO FEDERAL. *Uma breve história das Constituição do Brasil*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/especiais/constituicao25anos/historia-das-constituicoes.htm>. Acesso em: 29 mar. 2019.

SIQUEIRA NETO, José Franciso. Direitos Fundamentais: Afirmação na esfera do Direito do Trabalho. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de. *Direitos Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder Comparato* – São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 555-582. 982 p. ISBN:85-7674-390-6.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; REVERBER, Carlos Eduardo Dieder. *O Tribunal Constitucional como Poder. Uma nova visão dos poderes políticos*. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2016. 175 p. ISBN: 978-85-203-6662-2.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. *Novos estudos jurídicos*, v. 8, n. 2: p. 250-302, 2008. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/33160013/145866415-Lenio-Luiz-Streck-Jurisdicao-Constitucional-e-Hermeneutica-perspectivas-e-possibilidades-de-concretizacao-dos-Direito.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2019.