

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO

MARIA TEREZA FONSECA DIAS

MÁRCIA HAYDÉE PORTO DE CARVALHO

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C755

Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Márcia Haydêe Porto de Carvalho; Henrique Ribeiro Cardoso; Maria Tereza Fonseca Dias. – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-531-

7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração.
XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34



XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

O Grupo de Trabalho Constituição e Democracia I, realizado durante o XXVI Congresso Nacional do CONPEDI, em São Luis do Maranhão, reuniu professores e pós-graduandos para debater temáticas contemporâneas do Direito Público. As IES participantes deste GT foram: UFS, USP – Ribeirão Preto, Universidade Dom Bosco, de São Luís, UNIRIO, Universidade Fumec, Universidade Federal de Fortaleza, UENP, Unichristus – Ceará, PUC Paraná, UFRN, UNINOVE entre outras. Pelas instituições de origem dos participantes percebeu-se a diversidade temática e metodológica dos trabalhos abordados, todos eles fruto de pesquisa realizada na pós-graduação em direito.

De cada um dos temas abordados, destacou-se a contribuição que o estudo propiciou para o campo do conhecimento foco deste Grupo de Trabalho. No artigo “Para além do Branco e do Preto: os limites da liberdade de expressão e do discurso de ódio racial no Brasil”, da UFS, a contribuição da pesquisa foi a inefetividade da Constituição brasileira quanto a questão da liberdade de expressão, devido ao discurso de ódio e racismo implícito presentes nas relações sociais. O Trabalho intitulado “O constitucionalismo democrático no Brasil: entre a crise de representatividade e a participação”, oriundo da USP de Ribeirão Preto, procurou identificar as insuficiências do modelo representativo e como os poderes da República têm legitimidade para aplicar o direito, além de repensar alguns outros valores da Carta constitucional brasileira. O trabalho “Mitigação de normas constitucionais: uma análise hermenêutica sobre a aplicação de princípios e regras” da Universidade Dom Bosco, a partir de pesquisa realizada na Universidade Portucalense, promoveu estudos de julgamentos emblemáticos e recentes do STF, tais como o do cumprimento provisório de sentença, quebra do sigilo bancário pelo Fisco, execução penal entre outros, para verificar o eventual excesso de poderes na hipótese de não haver limites para a ponderação de princípios. A contribuição da pesquisa foi construir um método diferente para compreender as decisões do STF que exorbitam o seu papel de aplicador do direito, atuando, por vezes, como legislador.

O artigo denominado “A restrição do foro por prerrogativa de função e a força normativa da Constituição em tempos de Lava Jato”, da UNIRIO, buscou discutir a ineficiência e baixo desempenho do STF para dar conta da questão estudada. Propõe que deveria haver maior harmonia entre os entendimentos da Corte, quanto a restringir o foro para crimes durante o exercício da função. Verificou-se, ainda, que as decisões nessa seara, violam princípios constitucionais e interferem na efetividade do sistema penal.

No trabalho sobre “A trajetória do federalismo brasileiro e as deliberações preliminares do STF frente às competências elencadas na Constituição da República de 1988 aos entes federativos”, da Universidade Fumec, foi estudada a influência do coronelismo na formação do Federalismo brasileiro para demonstrar que esse fenômeno impediu o desenvolvimento fecundo do próprio federalismo no Brasil, se comparado a outros países. O artigo intitulado “O Direito de resistência como instrumento de participação e cidadania”, da UFC, buscou demonstrar que o direito de resistência é direito fundamental e se constitui como espaço de criação de novos direitos na democracia. Além disso, o trabalho constatou que o direito de resistência serviu para justificar a defesa da ordem estabelecida e a criação de novos direitos, razão pela qual deve-se pensar em um novo conceito de direito de resistência na nova realidade social brasileira. NO trabalho sobre a “Análise da supremacia das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito: afronta à democracia?”, oriundo da UFC, discutiu-se primordialmente a legitimidade da Suprema Corte Americana, problematizando e questionando os temas clássicos do ativismo judicial, segundo os quais: o Legislativo não é mais confiável, haja vista o fato de que, depois de eleito, o candidato desconecta-se dos seus eleitores e os governos de maioria, em regra, desrespeitam as minorias. No trabalho sobre “Conselhos de políticas públicas e o direito fundamental a participação democrática”, da UENP, foi discutido em que medida a sociedade civil pode contribuir para a tomada de decisões do Estado, vez que constatado que o problema central dos conselhos de políticas públicas está na sua composição e na falta de paridade entre os diversos segmentos da sociedade. Diante dos critérios de ação, participação e mobilização, demonstrou-se que os conselhos garantem participação, mas não promovem mobilização e ação. No estudo sobre a “A inelegibilidade da pessoa não alfabetizada: segregação antidemocrática e persistente”, do PPGD da Unichristus – Ceará, discutiu-se, diante da existência de 7 milhões de analfabetos no Brasil, a iniquidade da legislação eleitoral brasileira. Demonstrou-se que, ao fim e ao cabo, trata-se de uma minoria que sempre será sempre subrepresentada, considerando as disposições do Direito Eleitoral. No trabalho oriundo da UFC, intitulado, “Definindo minorias: desafios, tentativas e escolhas para se estabelecer critérios mínimos rumo a conceituação de grupos minoritários” tentou-se buscar os elementos essenciais da noção de minorias, para que haja a luta pelo direito ao reconhecimento, o redimensionamento e rearquitetura dos deficientes. Além do tratamento desigual, o trabalho buscou atentar-se para as diferenças e particularidades, além da afirmação de grupos minoritários, como o caso das pessoas com deficiência, devido a discriminação, desenvolvimento histórico e contingente elevado no Brasil.

O artigo sobre “Direito à segurança como direito fundamental na ordem constitucional brasileira”, da UNIRIO, foram estudados os dados do Mapa da Violência (número de

homicídios, investigação dos crimes etc), para revelar o baixo valor da vida e desrespeito ao direito à segurança como direito fundamental, sobretudo considerando o contexto e a realidade do Rio de Janeiro. Além disso, a pesquisa buscou a indicação de instrumentos e políticas públicas para efetivar o direito à segurança no Brasil. O trabalho “Instituições democráticas no Brasil: por um constitucionalismo popular”, da PUC Paraná, demonstrou a fragilidade da democratização na história brasileira, pois os instrumentos de participação ainda são incipientes. Em diversas situações recentes da legislação brasileira, tais como as noções de que o “combinado prevalece sobre o legislado”, a participação é deixada de lado em razão de outros valores, como os da Análise Econômica do Direito. Ao contrário dessas tendências, o artigo conclui que a participação tem que ser o elemento central para o processo de democratização brasileiro, vez que se todo poder emana do povo, os sentidos da Constituição não podem ser definidos tão somente pelo STF. No trabalho sobre a “Jurisdição constitucional em tempos de crise: ensaio sobre os limites do STF” foi discutido, primordialmente, o papel do STF em caso de crises políticas e estudados julgados recentes da Corte, como o do impeachment, afastamento de deputados, atos interna corporis, foro privilegiado, entre outros. O trabalho concluiu que o Supremo Tribunal Federal tem um ônus argumentativo em suas intervenções, devendo realizar seu julgamento com uma finalidade política e lançando mão de uma argumentação principiológica. O trabalho sobre a “Justiça social na ordem econômica brasileira e a busca pela efetivação do Estado Democrático” (Escola Paulista de Direito e UNINOVE) visou demonstrar que na Constituição brasileira há a defesa da justiça social no capítulo da ordem econômica e não uma contradição entre ideias liberais e sociais, como costuma ser trabalhado e defendido. O trabalho intitulado “Legitimidade democrática do Poder Judiciário”, da UENP, debateu os seguintes temas relevantes do constitucionalismo contemporâneo, como o da jurisdição constitucional e da legitimidade do Poder Judiciário. Atualmente, tem-se que, pela falta de legitimidade do Legislador, o Judiciário exerce funções com caráter normativo e os magistrados promovem a tutela específica do direito diante da concretização dos direitos. Assim, diante do procedimentalismo da jurisdição, o Judiciário torna-se o intérprete da vontade geral, podendo, para tanto, efetivar os direitos fundamentais haja vista estar legitimado, indiretamente, pela Constituição, que passou pela vontade popular. No trabalho sobre “A crise da lei no estado democrático de direito e o papel da legística no restabelecimento da racionalidade jurídica”, da Universidade Fumec, foi analisada a crise da legalidade sobre os aspectos da falência da legitimidade do Estado e da crise do Estado de Direito. Diante desse contexto, concluiu-se que os pressupostos e técnicas da legística possuem meios para o restabelecimento da credibilidade da lei, a partir do processo legislativo. No trabalho “Sobre a autonomia universitária, liberdade de cátedra e o projeto de lei “escola sem partido” discutiu-se os princípios constitucionais e pedagógicos da liberdade de cátedra ou de ensino e da autonomia universitária frente ao projeto de lei concebido pelo “Movimento Escola sem

Partido”. Conclui-se que a limitação à liberdade de ensino ali defendida é inconstitucional.

Os trabalhos apresentados nesse GT, mesmo diante da diversidade temática e de referenciais teóricos distintos, foram bastante críticos no tocante ao ativismo judicial, procurando extrair da Constituição brasileira as inúmeras conexões entre a Constituição e a Democracia.

Profa. Dra. Márcia Haydée Porto de Carvalho - UFMA

Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso - UFS

Profa. Dra. Maria Tereza Fonseca Dias - UFMG/FUMEC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO LEGISLADOR POSITIVO

THE CONSTITUTIONAL COURT AS A POSITIVE LEGISLATOR

Matheus Teixeira Da Silva ¹

Resumo

O presente artigo tem por objetivo analisar a evolução do conceito de tripartição dos poderes, mediante estudo da visão clássica e sua incompatibilidade com a leitura contemporânea da separação dos poderes. Deste modo, investiga-se a legitimidade dos Tribunais Constitucionais para atuarem além dos limites clássicos, verificando-se o fenômeno do ativismo judicial, o qual leva os Tribunais a agirem como legisladores positivos. Por fim, discute-se a pertinência do ativismo judicial e as possíveis formas para se evitar excessos.

Palavras-chave: Tribunal constitucional, Ativismo judicial, Legislador positivo

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this article is to analyze the evolution of the concept of tripartition of powers by studying the classical view and its incompatibility with the contemporary reading of the separation of powers. In this way, the legitimacy of the Constitutional Courts is investigated to act beyond the classical limits, verifying the phenomenon of judicial activism, which leads the Courts to act as positive legislators. Finally, the pertinence of judicial activism and possible ways to avoid excesses are discussed.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional court, Judicial activism, Positive legislator

¹ Advogado. Pós-graduado em Direito do Estado pela UFRGS. Mestre em Filosofia pela PUCRS. Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa.

Introdução

Muito discute-se atualmente sobre a atuação dos Tribunais Constitucionais enquanto legisladores positivos, associando-se tal fato ao fenômeno do ativismo judicial, o qual desperta múltiplas críticas duras e alguns elogios entusiasmados.

Sustentam alguns doutrinadores críticos a absoluta inconveniência do ativismo judicial, na medida em que esta prática seria uma verdadeira afronta ao princípio institucional básico da tripartição de poderes. Diz-se que, sem respeitar a separação dos poderes, comete-se um erro grosseiro no manejo da atividade judicante, uma espécie de abuso do poder.

Por outro lado, há os que pensam de forma diametralmente oposta, ao argumentar que a atuação do judiciário deve ser conduzida com absoluta ausência de limitações formais, sob pena de se inviabilizar o adequado cumprimento das missões constitucionalmente atribuídas aos órgãos jurisdicionais, em especial o Tribunal Constitucional.

Certo é que o debate é rico e, seguramente, há boas razões para sustentar-se as duas correntes doutrinárias; todavia, acreditamos que a leitura intermediária se afigure como a mais adequada à atualidade, na medida em que, como será discutido, a complexidade contemporânea não mais admite a rígida separação de poderes tal como havido séculos antes, muito embora a separação de poderes tenha sua importância histórica, inequivocamente.

Entretanto, alguma reverência há de ser concedida à forma de distribuição de poderes, sob pena de hipertrofia nefasta de um dos poderes em detrimento dos demais. Deste modo, como será examinado, há espaço para a atuação judiciária condizente com sua missão constitucional, afim de que atue com a força necessária para assegurar a plena eficácia da juridicidade constitucional, evitando, sempre que possível, o choque com as demais esferas de poder igualmente legítimas para cumprirem suas funções.

Assim, pretende-se analisar a evolução histórica da separação de poderes para, a partir de tal estudo, demonstrar as razões pelas quais o constitucionalismo contemporâneo deve ser pautado por outra lógica que não aquela própria do período da luta liberal contra o absolutismo, ainda que esta tenha sido deveras relevante à sua época.

1 Separação dos poderes

A ideia da separação dos poderes é bastante afamada, merecendo destaque a atenção por parte de muitos pesquisadores e doutrinadores, na medida em que tal forma de estruturação do poder é de interesse não só de juristas, mas também de historiadores e cientistas políticos.

Nesse sentido, nas páginas seguintes dedicar-se-ão algumas linhas à análise da evolução histórica da separação dos poderes, com o objetivo de se demonstrar o contexto do surgimento da ideia, bem como a forma pela qual a evolução do tempo o moldou às novas realidades sociais e institucionais.

1.1 Visão clássica

Encontram-se em Aristóteles as primeiras noções que podem ser atribuídas à ideia da separação dos poderes¹, ainda que, seguramente, não seja o estagirita o responsável pela idealização desta engenhosa construção tal como conhecemos nos dias atuais.

Em sua obra *Política*, Aristóteles enuncia que o regime é o modo pelo qual ordenam-se as magistraturas a fim de se estabelecer a respectiva repartição, cabendo aos magistrados o governo em conformidade com as leis.²

Eduardo Bittar, nesse sentido, enumera que, do texto aristotélico, extraem-se três poderes, quais sejam, (i) as funções de deliberação, (ii) do exercício das magistraturas (cargos públicos) e (iii) de administração da justiça.³ Percebe-se, destarte, que a distinção das diferentes funções próprias ao exercício do poder público não é uma novidade da Modernidade, guardando certa relação já com a obra de Aristóteles.

Dalmo Dallari, nesse diapasão, afirma que a obra de Aristóteles já considerava injusto e perigoso que o poder fosse atribuído a um único indivíduo; todavia, ao reconhecer que o mais remoto antecedente da separação de poderes remete à obra do estagirita, Dalmo Dallari ressalva que não foi na obra aristotélica que os pensadores modernos pensaram ao elaborar a tese da separação dos poderes.⁴

Deve-se dar o crédito a Aristóteles, entretanto, da inspiração Moderna para a formulação da separação dos poderes, ainda que de modo indireto. Isto se deve ao fato de que é segundo Aristóteles, a partir da análise que efetuou das constituições de sua época, que se

¹ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 45.

² ARISTÓTELES. **Política**. Tradução Antonio Campelo Amaral e Carlos Gomes. Lisboa: Vega, 1998, p. 273, 1289a.

³ BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de filosofia aristotélica: leitura e interpretação do pensamento aristotélico**. Barueri: Manole, 2003, p. 1242.

⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 217.

identificam dentre os diferentes regimes retos (*orthoi*)⁵, os governos de um (monarquia), de poucos (aristocracia) e de muitos (regime constitucional; *politeia*)⁶. Tais governos correspondem, nitidamente, àquilo que veio a constituir as ideias de executivo, judiciário e legislativo, respectivamente, como defende Souza Júnior.⁷

É, porém, apenas no século XVII, no contexto de superação do Estado absolutista,⁸ que ocorre a sistematização primeira sobre a separação dos poderes, com a obra de John Locke,⁹ em razão da preocupação do autor em contrapor-se à ideia absolutista defendida por Hobbes.¹⁰ Para John Locke, a função legislativa caberia ao parlamento, e a função executiva ao rei (ainda que admitindo o desdobramento desta função executiva)¹¹. Deste modo, o ineditismo¹² de John Locke está no fato de preconizar a distinção entre os poderes executivo e legislativo, a partir da experiência política inglesa de sua época (1632-1704).¹³ Para Cláudio de Cicco, é com Locke que nasce a divisão de poderes:

As teses do filósofo John Locke (...) começavam a ser aceitas: não se conceberia mais o poder do rei como executivo e legislativo ao mesmo tempo. A divisão de poderes nascia: o rei era

⁵ “A conclusão que se segue é clara: os regimes que se propõem atingir o interesse comum são rectos, na perspectiva da justiça absoluta; os que apenas atendem aos interesses dos governantes são defeituosos e todos eles desviados dos regimes rectos.” (ARISTÓTELES. **Política**. Tradução Antonio Campelo Amaral e Carlos Gomes. Lisboa: Vega, 1998, pág. 211, 1279a.)

⁶ A obra de Gilissen chama de “democracia” o que aqui denominamos de “regime constitucional”. (GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 77.) Dunning, da mesma forma, associa *politeia* a “democratic constitution”. (DUNNING, William. *The Politics of Aristotle*. **Political Science Quarterly**. Vol. 15, n 2, jun. 1900, pp. 273-307.) Zippelius opõe “democracia”, enquanto forma boa, à “democracia corrompida”. (ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1971, p. 73.)

⁷ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes**. Porto Alegre: Memória Jurídica, 2002, p. 57.

⁸ “O Estado absoluto suscitaria objetivamente (ou, se se quiser, dialeticamente) condições de luta pela liberdade. Os seus exageros e arbítrios, a insuficiência das garantias individuais e a negação dos direitos políticos dos súbditos tornar-se-iam cada vez menos admissíveis no século das luzes.” (MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 26.)

⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 218.

¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 221.

¹¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 218.

¹² “Ele, e não Montesquieu, é o verdadeiro criador do sistema de separação de poderes, nos tempos modernos.” (COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 222.)

¹³ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1971, p. 147.

detentor da chefia do Estado, o Parlamento governava a Inglaterra, sendo suas atribuições legislativas.¹⁴

Nas palavras de Locke, poder legislativo é aquele que “tem o direito de estabelecer como se deverá utilizar a força da comunidade”¹⁵, de modo que legislativo e executivo “ficam frequentemente separados”¹⁶. Veja-se, portanto, que em Locke não há uma separação absoluta; da mesma forma, pode-se afirmar que não há independência propriamente entre os poderes, mas sim subordinação, como deixa claro o capítulo XII do Segundo Tratado sobre o Governo, no qual o autor consigna que “em todos os casos, enquanto subsiste o governo, o legislativo é o poder supremo”¹⁷. Igualmente digno de nota o fato de que, para Locke, o poder legislativo não deve estar sempre reunido, diferentemente do executivo, já que “nem sempre há necessidade de elaborar novas leis, mas sempre existe a necessidade de executar as que foram feitas”.¹⁸

Com efeito, é também a partir da experiência inglesa é que Montesquieu elabora seu quadro da divisão de poderes.¹⁹ A balança de poderes elaborada pelo pensamento de Montesquieu funciona a partir da ideia de que os poderes executivo, legislativo e judiciário sejam confiados a distintos órgãos. Como leciona Zippelius: “Têm de ser criados órgãos distintos para desempenharem as diferentes funções da legislação, da administração e da justiça. Cada um daqueles órgãos tem de estar limitado fundamentalmente àquelas funções que lhe estão confiadas.”²⁰ Há, a partir de Montesquieu, a ideia de poderes harmônicos e independentes entre si. De tal modo, pretendia o pensador conferir maior garantia quanto às liberdades individuais dos cidadãos²¹, em atenção à conjuntura da época.²² Tal aspecto fica

¹⁴ DE CICCIO, Cláudio. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 168.

¹⁵ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: IBRASA, 1963, p. 92.

¹⁶ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: IBRASA, 1963, p. 92.

¹⁷ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: IBRASA, 1963, p. 95.

¹⁸ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: IBRASA, 1963, p. 96.

¹⁹ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 45; ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1971, p. 147.

²⁰ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1971, p. 148.

²¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 579; DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 219.

²² “Precisava-se sepultar nos espíritos a Idade Média, o corporativismo, a feudalidade e seus privilégios, o absolutismo do rei e sua contradição com a liberdade moderna.” (BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 66.)

nítido quando Montesquieu, ao tratar do “Poder de Julgar”, afirma que os julgamentos devem ser fixos, “a tal ponto que não sejam estes jamais senão um texto preciso da lei.”²³

Semelhante doutrina é a de Immanuel Kant²⁴. Para o filósofo de Königsberg, os três poderes são “coordenados entre si” e também “subordinados uns aos outros”²⁵, de modo que Kant constrói “autêntico silogismo da ordem estatal, em que o Legislativo é a premissa maior, o Executivo a menor, e o Judiciário a conclusão”²⁶. Veja-se, *in verbis*:

Todo Estado contém em si três poderes, i. é, a vontade universalmente unificada em tríplice pessoa (*trias politica*): o *poder soberano* (soberania), na pessoa do legislador; o *Poder Executivo*, na pessoa do governante (no seguimento da lei); e o *Poder Judiciário* (como reconhecimento do seu de cada um de acordo com a lei) na pessoa do juiz.²⁷

Tomando como postulado a ideia de separação de poderes consolidada pela pena de Montesquieu, as constituições das democracias ocidentais acabaram por solidificar tal ideia, associando-a à própria noção de Estado Democrático²⁸, como pontua Dallari, mediante a famosa doutrina do sistema de freios e contrapesos.²⁹ Também nesse sentido aponta a doutrina de Zippelius, para o qual a separação de poderes é basilar nas democracias ocidentais, muito embora reconheça que não seja levada a cabo de acordo com o “modelo ideal típico”.³⁰

Deste modo, as teorias de Locke, Kant e Montesquieu, consagradoras da filosofia política liberal, optaram por decompor a estrutura de poder, mediante a multiplicidade de esferas (poderes) do Estado, como forma de resguardar a liberdade³¹, ao dificultar o manejo da máquina do Estado contra o cidadão. Assim, pode-se afirmar que o propósito da teoria é,

²³ MONTESQUIEU, Baron de. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 172.

²⁴ Ironicamente, se é verdade que Kant auxilia na defesa da tese da separação dos poderes, será também por sua influência (decorrente da defesa intransigente da dignidade humana) que posteriormente dar-se-ão novos poderes à judicatura, no constitucionalismo contemporâneo, mitigando a separação de poderes sedimentada no período das luzes.

²⁵ KANT, Immanuel. **Princípios metafísicos da doutrina do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 131.

²⁶ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 113.

²⁷ KANT, Immanuel. **Princípios metafísicos da doutrina do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 128.

²⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 579.

²⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 220.

³⁰ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1971, p. 150.

³¹ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 45.

em síntese, a preservação das garantias liberais, como sustenta Paulo Bonavides.³² Assim estruturou-se o princípio de organização do Estado, até hoje presente, partindo-se da premissa de Montesquieu de que o poder detém o poder, mediante uso da técnica liberal da tripartição do poder:

Montesquieu foi, incontestavelmente, um clássico do liberalismo burguês. O que há de mais alto na sua doutrina da separação de poderes, segundo o consenso dos melhores tratadistas, é que nele a divisão não tem apenas caráter teórico, como em Locke, mas corresponde a uma distribuição efetiva e prática do poder entre titulares que não se confundem.³³

Destarte, o dogma da separação dos poderes constituiu-se, tendo seu apogeu no início do constitucionalismo moderno,³⁴ de modo que a Declaração de Direitos do Homem chegou a estabelecer exageradamente que “toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos nem a separação dos poderes não possui constituição”, sendo certo que a história teve seu rumo influenciado fortemente em razão da doutrina da tripartição dos poderes.³⁵

1.2 Visão contemporânea

Em que pese a inegável importância histórica do postulado da separação de poderes (ou melhor, “funções”), de modo que se pode até mesmo afirmar que o constitucionalismo se forjou por seu paradigma, é certo que, em pleno século XXI, as condições históricas e institucionais não mais justificam que a separação das funções seja elevada à condição de dogma insuperável. Ao contrário, a análise das diversas jurisdições democráticas que existem hoje demonstra que se está ante uma técnica em declínio.

Paulo Bonavides³⁶ sustenta que os novos requisitos de equilíbrio político e os novos esquemas constitucionais não assentam suas razões no formalismo que tinha por objetivo a proteção da liberdade individual, conforme o clássico teor das formulações iniciais – em

³² BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 45.

³³ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 49.

³⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 63.

³⁵ “Sem a separação dos poderes ter-se-ia a vitória do princípio democrático, como o expôs mais tarde Rousseau. Montesquieu advogava o princípio liberal, abraçava a solução intermediária, relativista, que, de um lado, afastava o despotismo do rei e, de outro, não entregava o poder ao povo.” (BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 70.)

³⁶ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 65.

consonância ao ideário liberal. Para o autor, a divisão de poderes “é, em nossos dias, princípio atenuado, em franca decadência doutrinária.”³⁷

Os primeiros sinais de suavização da rígida separação dos poderes podem ser notados pela ideia de freios e contrapesos. A partir dos *checks and balances* se instaura a possibilidade de equilíbrio (ou talvez interferência) entre os poderes, ou, como menciona Zippelius³⁸, “distribuição e coordenação ordenada das funções” de modo que os poderes devem “refrear-se, influenciar-se e contrabalançar-se reciprocamente”.

O veto, por exemplo, constitui flagrante interferência do poder executivo sobre a função legislativa, já que concede ao executivo o poder de impedir a vigência de uma lei aprovada pelo legislativo. Da mesma forma, o instituto do indulto penal permite ao executivo uma interferência significativa sobre a função jurisdicional, ao retirar eficácia de um ato perfeito e próprio do judiciário, qual seja o ato de julgar e condenar. Tais aspectos parecem não provocam maiores dissensos; entretanto, ao se perceber que ao judiciário é conferida a prerrogativa de criar normas em casos específicos, as críticas se avolumam, tendo em vista a tensão criada com o paradigma juspositivista.³⁹

O que se percebe é que a famosa teoria de Montesquieu, ao defender a tripartição dos poderes como instrumento de defesa das liberdades individuais (sobretudo contra agressões da autoridade estatal)⁴⁰, se transformou em uma teoria anacrônica nos dias atuais, tendo em vista sobretudo a mudança do paradigma do constitucionalismo contemporâneo – muito mais preocupado com o aspecto material dos direitos do que com as questões formais.⁴¹

³⁷ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 65. No mesmo sentido: CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 226.

³⁸ ZIPPELIUS, Reinhold. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 306.

³⁹ “Deixando de lado suas implicações filosóficas, o positivismo jurídico concebe a atividade da jurisprudência como sendo voltada não para produzir, mas para reproduzir o direito, isto é, para explicitar com meios puramente lógico-rationais o conteúdo de normas jurídicas já dadas.” (BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006, p. 212.)

⁴⁰ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 223.

⁴¹ “O deslocamento conceitual da concepção de democracia do plano formal para o substancial, transforma também a noção de garantia para um viés positivo, onde a concretização de certos conteúdos inspirados em ideais característicos da tradição do pensamento democrático, especialmente o igualitarismo, não só jurídico, mas também social e econômico, passou a ter relevância sobre a noção de garantia negativa, consistente nas proibições de intervenções arbitrárias do Estado.” (MORAIS, Jose Luis Bonzan de. Crises do Estado, democracia política e possibilidades de consolidação da proposta constitucional. In CANOTILHO, J. J. Gomes (org.) - **Entre discursos e culturas jurídicas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 39.)

Nesse contexto, o constitucionalismo do segundo pós-guerra trouxe alguns desafios à dogmática.⁴² Após as atrocidades das experiências totalitárias, as constituições democráticas alçaram a dignidade da pessoa humana à condição de um imperativo, de modo a fazer com o direito constitucional assuma a dignidade como fundamento e finalidade.⁴³ Assim, caberia ao direito constitucional esta árdua tarefa, que se torna ainda mais complexa em razão da manutenção da tradicional tarefa política de ordenação dos poderes/funções do Estado.⁴⁴

Com efeito, o constitucionalismo atual (ou neoconstitucionalismo)⁴⁵ se depara com a colisão de direitos: direitos fundamentais que se apresentam de forma antagônica; direitos sociais que se chocam com direitos individuais etc. Complexifica-se, assim, toda a seara constitucional, com novos desafios e atribuições.⁴⁶ Daniel de Paula bem explicita a questão:

Com a proliferação de direitos fundamentais nas modernas Constituições e a assunção de que eles são princípios que podem colidir em casos específicos, sendo uma exigência social a máxima aplicação de cada um dos direitos fundamentais, uma nova concepção de separação de poderes é necessária.⁴⁷

Este conjunto de mudanças leva o poder judiciário a sofrer grandes mutações: nesse diapasão, o fenômeno do ativismo judicial ganha força, levando ao questionamento do papel dos Tribunais Constitucionais e a discussão da possibilidade da atuação dos juízes

⁴² ZORRILLA, David Martínez. **Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 60.

⁴³ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes**. Porto Alegre: Memória Jurídica, 2002, p. 106.

⁴⁴ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes**. Porto Alegre: Memória Jurídica, 2002, p. 121.

⁴⁵ “Como teoría, el neoconstitucionalismo constituye por lo tanto una alternativa respecto a la teoría iuspositivista tradicional: las transformaciones sufridas por el objeto de investigación hacen que ésta ya no refleje la situación real de los sistemas jurídicos contemporáneos.” (COMANDUCCI, Paolo. *Constitucionalización y neoconstitucionalismo*. In **Positivism jurídico y neoconstitucionalismo**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 91.)

⁴⁶ Souza Junior defende, nesse contexto, que “o Tribunal Constitucional não deve integrar o poder judiciário, mas constituir-se em um poder político independente de todos os demais poderes.” (SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes**. Porto Alegre: Memória Jurídica, 2002, p. 115.)

⁴⁷ PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. In **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 273.

constitucionais como legisladores positivos, já que, como consigna Zorrilla⁴⁸, já não se pode associar o papel dos juízes como sendo estes apenas a boca da lei. Como consequência, tem-se a “destruição do velho cânone da uma tripartição de poderes”.⁴⁹

Fato é que, como pontua Pedro Trovão do Rosário⁵⁰, o judiciário, que havia sido concebido apenas como aplicador da lei, nas sociedades contemporâneas vem apresentando protagonismo crescente na vida pública. Com efeito, a busca dos cidadãos/jurisdicionados por efetivação de direitos, tais como saúde, educação e moradia, promove uma verdadeira “juridificação da justiça distributiva.”⁵¹

Destarte, tem-se que o clássico modelo de Montesquieu de divisão dos poderes, de matriz liberal, não mais dá conta da complexidade verificada na sociedade e na nova dimensão do constitucionalismo contemporâneo.⁵² Nesta quadra, como menciona Paulo Otero, “a razão de ser do fenômeno constitucional”⁵³ reside na dignidade; não mais na regulação do Estado, tão somente, mas na proteção do homem. Tal mudança carrega, consigo, a necessidade de modificação da estrutura de pensamento da estrutura dos poderes e do próprio constitucionalismo, abrindo as portas ao ativismo judicial.

2 Tribunais Constitucionais como legisladores positivos

Dentro deste contexto de ativismo judicial (ou criativismo judicial), se podem elencar diversos elementos caracterizadores desta prática (muitas vezes associada a novas técnicas decisórias)⁵⁴, a qual muitas vezes resulta em “melindre e impacto político”⁵⁵. Isto se

⁴⁸ ZORRILLA, David Martínez. **Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 60. No mesmo sentido: CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 225.

⁴⁹ PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. In **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 307.

⁵⁰ ROSÁRIO, Pedro Trovão do. Tribunal Constitucional – ¿un legislador negativo o positivo? **Revista de Derecho UNED**, n. 16, 2015, p. 715.

⁵¹ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 229.

⁵² PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. In **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 308.

⁵³ OTERO, Paulo. **Instituições políticas e constitucionais**. Volume 1. Coimbra: Almedina, 2016, p. 27.

⁵⁴ SEGADO, Francisco Fernández. El Tribunal Constitucional español como legislador positivo. **Pensamiento Constitucional**. Año XV, n.º 15, p. 127-192.

dá porque a busca da concretização dos direitos, com eficácia real (e não meramente simbólica)⁵⁶, torna-se uma necessidade, como indica Paulo Otero:

A subordinação genérica do Poder à juridicidade de muito pouco serviria se, perante cenários de violação dessa vinculação, a ordem jurídica não tivesse meios de fiscalização e sancionamento da violação: a existência de mecanismos judiciais de controlo da conformidade jurídica de actuação do Poder é uma exigência de um verdadeiro Estado de Direito.⁵⁷

Assim, o próximo tópico tem por objetivo uma breve análise sobre tais manifestações judiciais, compreendidas como uma forma de “expansão da jurisdição constitucional”⁵⁸.

2.1 Manifestações do ativismo judicial

A discussão que versa sobre o ativismo judicial (ou governo dos juízes, pejorativamente) teve início nos EUA e logo dissipou-se pelo mundo. Seu conceito não é unívoco, de modo que a tarefa de uma tentativa de conceituação não é fácil; todavia, pode-se chegar a algum consenso sobre o que seja o ativismo judicial, a despeito da ausência de um conceito exato. A origem do chamado ativismo judicial (*judicial review*) remonta ao surgimento do controle de constitucionalidade, nos EUA, a partir do julgamento do célebre caso *Marbury vs. Madison* (1803), quando a Suprema Corte admitiu a possibilidade do controle de constitucionalidade: deste modo, a Suprema Corte poderia avaliar os atos emanados de outros poderes.

Nesse sentido, a expansão da jurisdição permitiu a regulação, pelo judiciário, das relações entre órgãos do Estado, delimitando e concedendo direitos, criando aquilo que para

⁵⁵ COSTA, José Manuel M. Cardoso da. **A jurisdição constitucional em Portugal**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 103.

⁵⁶ “A força normativa da Constituição não pode significar a opção pelo cumprimento *ad hoc* de dispositivos ‘menos significativos’ da Lei Maior e o descumprimento sistemático daquilo que é mais importante – o seu núcleo essencial-fundamental.” (STRECK, Lenio Luiz. Constitucionalismo e concretização de direitos no Estado Democrático de Direito. In CANOTILHO, J.J. Gomes (org.) - **Entre discursos e culturas jurídicas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 123)

⁵⁷ OTERO, Paulo. **Direito Constitucional português**. Volume 1. Coimbra: Almedina, 2016, p. 94.

⁵⁸ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 221.

os críticos seria o governo dos juizes.⁵⁹ Esta expansão, verificada na história recente, deve-se em larga medida ao fato de que o respeito aos direitos fundamentais tomou proporção antes inexistente, de modo que até então os Tribunais Constitucionais não garantiam tais direitos da forma como hoje se entende necessário.⁶⁰

As características principais do ativismo judicial dizem respeito, geralmente, a quatro situações típicas, conforme Maria Benedita Urbano⁶¹: (i) criação de uma orientação política alternativa àquela do governo; (ii) criação de direito *ex nihilo*, mesmo que para combater letargia legislativa; (iii) complementação ou correção dos dispositivos constitucionais; (iv) derrogação de dispositivo constitucional. Maria Benedita Urbano elenca em sua obra três grupos de condutas que podem ser enquadradas como “criativismo judicial”, sendo constitutivas de três espécies de criativismo: *soft* (tradicional), *borderline* (limítrofe) e *hard* (patológico).⁶²

O criativismo *soft* (tradicional) é associado à ideia de uma manifestação jurisdicional fundada na necessidade de integração de uma lacuna normativa, ou mesmo uma interpretação de viés corretivo, fundada em uma hermenêutica teleológica. Tal espécie de criativismo é pouco criticada, porquanto esta pequena margem dada ao aplicador da lei é aceita por praticamente todas as doutrinas. Maria Benedita Urbana exemplifica o ativismo *soft* também pela famosa técnica da interpretação conforme a constituição.⁶³

Já o criativismo *borderline* (limítrofe), como indica a nomenclatura, diz respeito às hipóteses nas quais se tem grande dificuldade para traçar o limite aceitável da criação judicial: há fundada dúvida se o julgador constitucional agiu dentro do espectro de suas atribuições ou se foi além do que deveria. Exemplo de uma atuação *borderline*, de acordo com a autora, seria a decisão que reconhece uma inconstitucionalidade, mas posterga os efeitos da decisão para momento posterior, ou “situações em que os juizes constitucionais definem linhas de orientação ou recomendações acerca da política legislativa”⁶⁴.

⁵⁹ PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. In **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 299.

⁶⁰ ROSÁRIO, Pedro Trovão do. Tribunal Constitucional – ¿un legislador negativo o positivo? **Revista de Derecho UNED**, n. 16, 2015, p. 717.

⁶¹ URBANO, Maria Benedita. **Curso de justiça constitucional**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 140/141.

⁶² URBANO, Maria Benedita. **Curso de justiça constitucional**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 103.

⁶³ URBANO, Maria Benedita. **Curso de justiça constitucional**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 105.

⁶⁴ URBANO, Maria Benedita. **Curso de justiça constitucional**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 105.

Há, ainda, o criativismo na modalidade hard (patológico): aqui residem as principais críticas, as quais avolumam-se, ensejando duro debate. Para Maria Benedita Urbano, este seria o “verdadeiro e autêntico ativismo judicial”.⁶⁵ Nesta hipótese de criativismo, há duas condutas verificadas, quais sejam: (i) as situações nas quais os tribunais optam por não declarar a inconstitucionalidade da norma impugnada, mas “adaptam” seu conteúdo, hipótese de um “ativismo corretivo, mais ou menos moderado”⁶⁶ e (ii) as situações nas quais o tribunal efetivamente cria uma norma geral – fonte primária de direito –, geralmente sob fundamento de algum princípio constitucional.

A principal crítica que se faz ao ativismo judicial diz respeito à alegada ausência de legitimidade democrática dos juízes para a atuação “criativa”.⁶⁷ Ocorre que, em um Estado de Direito, a legitimidade democrática advinda do voto popular não é a única possível, como acreditam os críticos; aliás, a maior parte dos cargos públicos da máquina do Estado são ocupados por critérios outros que não o voto popular. Não parece aceitável, portanto, o argumento dos críticos, até porque a forma de acesso às magistraturas (concurso público) é ditada pela própria ordem constitucional, sendo sua legitimidade, portanto, inequívoca, já que conforme à regra existente.

Crítica-se o ativismo judicial, ainda, ao argumento de que estaria imiscuindo-se na seara política, a qual deve ser reservada ao legislador e ao governo. Ocorre que, como lembra Jorge Reis Novais, “não existe fiscalização da constitucionalidade de leis que não obrigue o Tribunal Constitucional a meter-se na política”⁶⁸, na medida em que, se a lei tem natureza política, e a Constituição também, obviamente que a aferição da compatibilidade de uma com a outra terá de ter caráter político, necessariamente - ainda que não em sentido eleitoral ou partidário, obviamente. Outrossim, é notório que a praxis legiferante não mais repousa de forma tranquila sobre o legislativo, dada a fortíssima interferência do governo⁶⁹, o que torna sem sentido a crítica ou, ao menos, sem sentido dado o contexto real que se verifica.

⁶⁵ URBANO, Maria Benedita. **Curso de justiça constitucional**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 106.

⁶⁶ URBANO, Maria Benedita. **Curso de justiça constitucional**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 106.

⁶⁷ LINARES, Sebastián. **La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 68.

⁶⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 82.

⁶⁹ “Os postulados clássicos da separação das funções entre Legislativo e Executivo também deixaram de ter correspondência na realidade. Atualmente, a lei resulta da vontade do partido ou da coligação majoritária, cabendo ao governo ditar a maioria parlamentar, o programa legislativo e o conteúdo das leis.” (CAMBI,

A propósito, pode-se dizer que a função do Tribunal Constitucional é política por natureza, especialmente no controle de constitucionalidade: cuida-se da preservação dos valores sociais que foram objeto de positivação pelo poder constituinte. Como zelar pelos princípios políticos consagrados na Constituição sem imiscuir-se na seara política? Impossível. Portanto, o controle de constitucionalidade, ainda que tenha evidente dimensão técnico-jurídica, possui inegável caráter político.⁷⁰

Aliás, faz-se importante consignar que a tese defendida pelos críticos (segundo os quais o Tribunal Constitucional não deveria imiscuir-se em política) é, já em si, uma postura política, porquanto constitutiva de uma visão que coloca o Tribunal em posição política, mas às avessas, já que o insere em uma posição de passividade e subserviência. Outrossim, esta eventual passividade do Tribunal, caso deixasse de reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei para preservar uma suposta “isenção política” do Tribunal, estaria por ignorar sua própria missão constitucional e, ao permitir que normas contrárias à ordem constitucional tivessem vigência, aí sim estaria sendo ativista (negativamente), por permitir a existência de uma juridicidade fora daquela prevista pelo constituinte, como pondera com acerto Jorge Novais.⁷¹ A propósito, Eduardo Cambi consigna:

Se a constituição está acima de todas as funções estatais e cabe ao Judiciário assegurar a realização dos direitos fundamentais, ainda que possam surgir zonas de tensões, não se pode reservar aos juízes o papel de mero carimbador das decisões políticas tomadas pelo Legislador e/ou pelo Executivo.⁷²

Crítica-se, outrossim, o uso de princípios constitucionais como fundamento de decisões, ao argumento de que a baixa densidade normativa dos princípios permitiria muitas interpretações. Com a devida vênia, parece impossível o exercício da judicatura constitucional sem recurso à estrutura principiológica, como pretende a crítica. Nesse sentido, Jorge

Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 236.)

⁷⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 85.

⁷¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 87.

⁷² CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 258.

Novais⁷³ chega a afirmar, em nossa opinião com razão, que não só no direito constitucional é impossível resolver problemas sérios sem recorrer aos princípios, mas também em qualquer problema de outro ramo do direito. No mesmo sentido, a lição de Jorge Miranda⁷⁴, para o qual o intérprete deve levar em conta e dar o devido cumprimento aos princípios constitucionais. Ignoram os críticos que princípios também constituem o âmbito normativo.⁷⁵

Em suma, há de se ter em conta que a atuação jurisdicional que incorre em ativismo judicial assim o faz porque alguém provocou o judiciário a apreciar a questão, já que o judiciário não atua sem provocação (*ex officio*); ainda, há que se ter presente a ideia de que não há (ao menos não deve haver) a pretensão em se substituir o legislador pela judicatura, já que apenas se pretende resguardar a juridicidade constitucional, de modo efetivo.⁷⁶ Como sustenta José Manuel Cardoso da Costa, “a existência de um órgão jurisdicional especialmente encarregado da defesa jurídica da Constituição, e para isso especialmente constituído e vocacionado, representa sem dúvida um elemento institucional do maior significado e importância”.⁷⁷

Há que se consignar, por fim, que a terminologia de “legislador positivo” não parece ser a mais adequada. Isto porque o ato de criação de direito pelo juiz não significa o ato de legislar. Se é verdade que ambas as funções (legislativa e jurisdicional) possuem a capacidade de criar o direito, certamente o fazem de modos bastantes distintos. Como expõe Melgaré⁷⁸, a função legislativa possui dimensão jurídico-política orientada por questões partidarizadas, sem imparcialidade, e agindo *ex officio*, expressando muitas vezes interesses particulares. Já a função jurisdicional, ao contrário, age pautada pela imparcialidade, sem impulsos *ex officio*, mediante contraditório e vinculado pelos comandos normativos pré-estabelecidos.

⁷³ NOVAIS, Jorge Reis. **Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 117.

⁷⁴ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 293; MIRANDA, Jorge – **Direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 269.

⁷⁵ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 49; CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1160.

⁷⁶ ROSÁRIO, Pedro Trovão do. Tribunal Constitucional – ¿un legislador negativo o positivo? **Revista de Derecho UNED**, n. 16, 2015, p. 734.

⁷⁷ COSTA, José Manuel M. Cardoso. **A jurisdição constitucional em Portugal**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 98.

⁷⁸ MELGARÉ, Plínio Saraiva. **Juridicidade: sua compreensão político-jurídica a partir do pensamento moderno-iluminista**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 67.

Deste modo, melhor seria não identificar a atividade jurisdicional como a de um “legislador positivo”, pois o fato de criar direito não significa o desempenho de uma atividade legislativa, senão a própria função jurisdicional, a qual possui, dentre seus atributos, a criação não-legislativa do direito.

2.2 Alternativas ao ativismo judicial

Ainda que boa parte do ativismo judicial existente não seja malévolo, mas, ao contrário, natural e conforme à atividade jurisdicional, como acima consignado, verifica-se a existência de eventuais excessos nocivos, os quais podem – e devem – ser evitados. Deste modo, alguns meios de prevenção aos excessos do ativismo judicial podem ser elencados.⁷⁹

A forma mais básica de prevenção do ativismo judicial exagerado dá-se com a *judicial self-restraint* (ou autocontenção), o que indica uma posição de respeito às demais instâncias de poder, podendo-se falar em um princípio de subsidiariedade, como sugere Eduardo Cambi⁸⁰; não se pode, todavia, submeter o julgador à passividade que ignora os mandamentos próprios da juridicidade constitucional, tendo em conta a “responsabilidade finalística”⁸¹ do julgador.

Pode-se cogitar, ainda, de um quórum qualificado no Tribunal para o reconhecimento da inconstitucionalidade de atos legislativos ou executivos, de modo que apenas situações nas quais não haja dúvida sejam nulificados. Isto faria com que situações nas quais o Tribunal tem pequena maioria não ensejassem a inconstitucionalidade, o que faz sentido ante a necessidade de presunção de constitucionalidade dos atos públicos. No Brasil, adota-se o quórum de 2/3 do Supremo Tribunal Federal para aplicar efeitos *ex nunc* à decisão que reconhece a inconstitucionalidade.⁸²

⁷⁹ URBANO, Maria Benedita. **Curso de justiça constitucional**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 151.

⁸⁰ “Compete ao Judiciário atuar comente como órgão de controle do Legislativo ou do Executivo, quando restar caracterizada a atuação ou a omissão inconstitucionais, vale dizer, quando estes poderes frustrarem a missão constitucional de implementação dos direitos fundamentais.” (CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 268.)

⁸¹ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 260.

⁸² Parece não fazer sentido que uma maioria simples do STF possa decidir pela eficácia *ex tunc*, ao passo que para fazer o menos (efeitos *ex nunc*) exija-se o quórum de 2/3.

Deve-se pensar, outrossim, no reforço das casas legislativas. Isto porque boa parte do ativismo judicial, ao menos no Brasil, ocorre em razão da absoluta omissão legislativa, como nos casos em que o Supremo Tribunal Federal é provocado a deliberar sobre questões polêmicas das quais os legisladores preferem manter distância, como as uniões entre pessoas do mesmo sexo, o aborto, a extensão do direito à greve, dentre outros tantos. Trata-se de realidade distinta de Portugal, onde o Tribunal Constitucional é criticado por aferir justamente a produção legislativa efetivada – sobretudo em decorrência de medidas drásticas oriundas de um período de crise econômica.⁸³

Maria Benedita Urbano⁸⁴ sugere, ainda, que se evitem a exposição mediática da justiça constitucional e de seus juízes, por entender a prática contraproducente. Discordamos da autora, todavia, já que a publicização dos julgamentos, mesmo ao vivo pelos canais televisivos, vai ao encontro dos postulados constitucionais de levar à população o conhecimento real do que se passa no Tribunal, em homenagem à transparência, para além da simples publicação de um acórdão futuro, além de viabilizar uma democratização da já hermética cultura jurídica.

Conclusão

Verifica-se que o período das luzes foi marcado por diversas modificações político-institucionais, de modo que o princípio da separação de poderes consolidou-se neste período histórico, sobretudo pela influência das obras de John Locke e Montesquieu, sendo este último o responsável pela noção de tripartição dos poderes, ainda hoje largamente empregada pelos modelos constitucionais vigentes.

A despeito da importância histórica da separação dos poderes, que permitiu o controlo da atuação pública – em especial na defesa das liberdades individuais –, o avanço do tempo e a complexificação da realidade social, com o surgimento de novas demandas para o Estado (além de novos conflitos), tornou a clássica leitura da tripartição de poderes anacrônica, na medida em que não se mostrou como o melhor modelo possível para a efetivação dos direitos sociais, muito embora tenha sido bastante útil à garantia das liberdades individuais.

⁸³ NOVAIS, Jorge Reis. **Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 67.

⁸⁴ URBANO, Maria Benedita. **Curso de justiça constitucional**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 154.

Nesse contexto, o constitucionalismo recente, inspirado pelas ideias de proteção absoluta da dignidade humana (com nítida inspiração kantiana), e ante a necessidade de concretização dos direitos constitucionalmente assegurados, passou a admitir, cada vez mais, a interferência entre os poderes, não como violação da tripartição de poderes, mas sim como mecanismo de auxílio ao funcionamento do Estado, com o fim de concretizar direitos.

É nessa quadra que emerge o ativismo judicial, mediante o qual os Tribunais Constitucionais – mas não apenas estes – passam a interferir (por vezes com excesso) na atividade desempenhada pelos outros poderes. Deste modo, no afã de garantir a eficácia da juridicidade constitucional, os Tribunais passam a “criar” direito, isto é, anular normas previamente estabelecidas e reinterpretá-las, de acordo com as necessidades constitucionais, razão pela atribui-se a tal prática jurisdicional a pecha de “legislador positivo”. Ainda que a expressão “legislador positivo” não seja imune à crítica, verifica-se que esta se dá pela marcada presença da atividade judicante frente aos demais poderes constituídos, no sentido de impor normas, do que emerge uma avalanche de críticas – a maioria das quais descabidas, em nossa leitura.

Se a função de um Tribunal Constitucional é a de zelar pela efetividade da Constituição, não há como não lhe atribuir poderes suficientes para tanto, sob pena de se sustentar uma instituição sem nenhuma efetividade. Se a Constituição prevê uma estrutura judicial para resguardar a juridicidade constitucional, não parece haver sentido nas críticas que pretendem limitar a atuação de tal órgão – ao menos não enquanto a existência do órgão se der por mandamento constitucional.

Entretanto, diversas medidas podem ser pensadas a fim de reduzir a prática “ativista”, já que esta conduta, muitas vezes, gera instabilidade político-institucional. Deste modo, sem afastar do Tribunal Constitucional suas atribuições, deve-se defender uma atuação com parcimônia, pautada pelo princípio da autocontenção (dentre os demais elementos que foram elencados), como meio de homenagear as demais funções do Estado – desde que isso não viole a Constituição, evidentemente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARISTÓTELES. **Política**. Tradução Antonio Campelo Amaral e Carlos Gomes. Lisboa: Vega, 1998.
- BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de filosofia aristotélica: leitura e interpretação do pensamento aristotélico**. Barueri: Manole, 2003.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BRANDÃO, Rodrigo. O STF e o dogma do legislador negativo. **Direito, Estado e Sociedade**. Número 44 (jan./jun. 2014), p. 189-220.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Almedina, 2016.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.
- COMANDUCCI, Paolo. Constitucionalización y neoconstitucionalismo. In **Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.
- COSTA, José Manuel M. Cardoso da. **A jurisdição constitucional em Portugal**. Coimbra: Almedina, 2007.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DE CICCIO, Cláudio. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DUNNING, William. The Politics of Aristotle. **Political Science Quarterly**. Vol. 15, n 2 (jun. 1900), pp. 273-307.
- GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2006.

KANT, Immanuel. **Princípios metafísicos da doutrina do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LINARES, Sebastián. **La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: IBRASA, 1963.

MELGARÉ, Plínio Saraiva. **Juridicidade: sua compreensão político-jurídica a partir do pensamento moderno-iluminista**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017.

MONTESQUIEU, Baron de. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAIS, Jose Luis Bonzan de. Crises do Estado, democracia política e possibilidades de consolidação da proposta constitucional. In CANOTILHO, J. J. Gomes (org.) - **Entre discursos e culturas jurídicas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos**. Coimbra: Almedina, 2016.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2011.

OTERO, Paulo. **Direito Constitucional português**. Volume 1. Coimbra: Almedina, 2016.

OTERO, Paulo. **Instituições políticas e constitucionais**. Volume 1. Coimbra: Almedina, 2016.

PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. In **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2011.

ROSÁRIO, Pedro Trovão do. Tribunal Constitucional – ¿un legislador negativo o positivo? **Revista de Derecho UNED**, n. 16 (2015), p. 713-740.

SEGADO, Francisco Fernández. El Tribunal Constitucional español como legislador positivo. **Pensamiento Constitucional**. Año XV, n.º 15, p. 127-192.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes**. Porto Alegre: Memória Jurídica, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Constitucionalismo e concretização de direitos no Estado Democrático de Direito. In CANOTILHO, J. J. Gomes (org.). **Entre discursos e culturas jurídicas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

URBANO, Maria Benedita. **Curso de justiça constitucional**. Coimbra: Almedina, 2016.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1971.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZORRILLA, David Martínez. **Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa**. Madrid: Marcial Pons, 2007.