

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

VÍTOR TEN CATEN ANDRES

**O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO
E A CRISE NA SEPARAÇÃO DE PODERES
TRABALHO DE CURSO**

Santa Rosa
2021

VÍTOR TEN CATEN ANDRES

**O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO
E A CRISE NA SEPARAÇÃO DE PODERES
TRABALHO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para avaliação do Componente Curricular Orientação de Trabalho de Conclusão de Curso I do Curso de Direito.

Orientador: Prof. Me. Tiago Neu Jardim

Santa Rosa
2021

VÍTOR TEN CATEN ANDRES

**O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A CRISE NA SEPARAÇÃO DE
PODERES
TRABALHO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora


Tiago Neu Jardim (Jul 11, 2021 10:52 ADT)

Prof. Ms. Tiago Neu Jardim – Orientador


Franciele Seger (Jul 12, 2021 00:32 ADT)

Prof.ª Ms. Franciele Seger


Sinara Camera (Jul 12, 2021 00:51 ADT)

Prof.ª Dr.ª Sinara Camera

Santa Rosa, 08 de julho de 2021.

DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho à minha família.

“Não há fatos eternos, como não há verdades absolutas”.

(Friedrich Nietzsche)

LISTA DE ABREVIACOES

art. – artigo

CF – Constituição Federal

FEMA – Fundação Educacional Machado de Assis

n. – número

n.p. – não paginado

p. – página

STF – Supremo Tribunal Federal

RESUMO

O tema do presente trabalho é o Estado Democrático de Direito e a crise na Separação de Poderes, delimitando-se a influência da separação de poderes no Estado Democrático de Direito brasileiro, abordando o papel do Poder Judiciário e da segurança jurídica. A questão problema que norteou este estudo foi: o desrespeito ao princípio da Separação de Poderes acarreta na instabilidade das instituições democráticas? O objetivo geral foi apontar evidências da crise na independência e harmonia entre os três Poderes no Estado Democrático de Direito pós Constituição de 1988. Os objetivos específicos foram analisar a influência da Separação de Poderes dentro do Estado Democrático de Direito no Brasil através do (des)respeito ao princípio da segurança jurídica; e verificar a importância da independência do Poder Judiciário e qual a sua influência na manutenção da harmonia entre os Poderes. A realização deste estudo justifica-se em função da atual conjuntura político-jurídica brasileira, que se mostra em crise e assim como o modelo estatal apresenta sinais de ineficácia, indicando o desgaste das instituições em suas funcionalidades, pelo fato de que a Separação de Poderes não tem sido respeitada. Com relação à metodologia, a presente pesquisa caracteriza-se, quanto a natureza como teórica, realizada por meio de pesquisa bibliográfica, utilizando documentação indireta e documental, composta por fonte primária: livros e artigos científicos. O tratamento dos dados foi qualitativo e dedutivo. O resultado foi organizado em dois capítulos. O primeiro capítulo trata do Estado democrático de direito e a crise institucional no Brasil, abordando o processo de formação dos estados nacionais e a origem da divisão de poderes, apresentando o caso brasileiro: do poder moderador ao ativismo judicial, e finalizando com a influência da segurança jurídica como elemento estabilizador da democracia. O segundo capítulo traz o papel do poder judiciário na defesa da democracia; destacando a influência das decisões judiciais na conjuntura política e a atuação do STF, assim como a independência do judiciário frente ao desrespeito da separação de poderes; e a capacidade de o judiciário absorver a instabilidade gerada pelo desrespeito à separação de poderes. Conclui-se que as ações exacerbadas do Judiciário abarcando questões que caberiam ao Legislativo e ao Executivo remetem ao enfraquecimento destes Poderes, e conseqüente instabilidade governamental.

Palavras chave: Democracia. Poder Judiciário. Crise. Poderes. Estado.

ABSTRACT

The theme of this work is the Democratic Rule of Law and the crisis in the Separation of Powers, delimiting the separation of powers in the Democratic Rule of Law in Brazil. The problem question that guided this study was: does disrespect to the principle of Separation of Powers lead to the instability of democratic institutions? The general objective was to point out evidences of the crisis in the independence and harmony between the three Powers in the Democratic Rule of Law after the 1988 Constitution. The specific objectives were analyzed to the influence of the Separation of Powers within the Democratic Rule of Law in Brazil through the (dis) respect for the principle of legal certainty; and verifying the importance of the independence of the Judiciary and what is its influence in maintaining harmony between the Powers. The study is justified due to the current Brazilian political and legal situation, which is in crisis and as well as the state model shows signs of inefficiency, indicating the wear of institutions in their functions, due to the fact that the Separation of Powers does not has been respected. Regarding the methodology, this research stands out, as the nature as theoretical, carried out through bibliographical research, indirect use of documents, consisting of primary source: books and scientific articles. Data treatment was qualitative. The result was organized into two chapters. The first chapter deals with the democratic rule of law and the institutional crisis in Brazil, addressing the process of formation of national states and the origin of the division of powers, changing the Brazilian case: from moderating power to judicial activism, and ending with the regulation of legal certainty as a stabilizing element of democracy. The second chapter brings the role of the judiciary in defending democracy; highlighting the influence of judicial decisions on the political situation and the performance of the STF, as well as the independence of the judiciary in the face of disrespect for the separation of powers; and the ability of the judiciary to absorb the instability generated by the disrespect for the separation of powers. It is concluded that the exacerbated actions of the Judiciary, covering issues that would be the responsibility of the Legislative and Executive Branches, lead to the weakening of these Powers, and consequent governmental instability.

Keywords: Democracy. Judicial power. Crisis. Powers. State.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A CRISE INSTITUCIONAL NO BRASIL	12
1.1 O PROCESSO DE FORMAÇÃO DOS ESTADOS NACIONAIS E A ORIGEM DA DIVISÃO DE PODERES	19
1.2 O CASO BRASILEIRO: DO PODER MODERADOR AO ATIVISMO JUDICIAL	23
1.3 A INFLUÊNCIA DA SEGURANÇA JURÍDICA COMO ELEMENTO ESTABILIZADOR DA DEMOCRACIA	29
2 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA DEFESA DA DEMOCRACIA.....	35
2.1 A INFLUÊNCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS NA CONJUNTURA POLÍTICA E A ATUAÇÃO DO STF	36
2.2 A INDEPENDÊNCIA DO JUDICIÁRIO FRENTE AO DESRESPEITO DA SEPARAÇÃO DE PODERES.....	39
2.3 A CAPACIDADE DE O JUDICIÁRIO ABSORVER A INSTABILIDADE GERADA PELO DESRESPEITO À SEPARAÇÃO DE PODERES	43
CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
REFERÊNCIAS.....	55

INTRODUÇÃO

O termo "Estado" vem do latim "status", significando ordem, estado. Não existe unanimidade na sua conceituação, todavia, pode-se afirmar que para a sua existência faz-se necessária a presença de três elementos: território, povo e governo soberano. Ao longo da História da humanidade, o Estado sofreu diversas modificações, culminando no atual modelo de Estado Democrático de Direito, o qual parece dar sinais de crise no Brasil. Tal modelo surge, notadamente, após a Constituição de 1988, que estabeleceu um complexo ordenamento, dispondo sobre as atribuições e competências de cada Poder.

Durante o funcionamento institucional, o Poder Judiciário acabou exercendo o papel de Poder Moderador, uma vez que cabe ao Judiciário a resolução das questões com caráter de definitividade. Ainda, é possível analisar o aumento do ativismo judicial diante da falta de atuação do Estado em determinadas áreas, precipuamente a social. É neste atuar ativista do Judiciário que surgem as questões ligadas à segurança jurídica e o desrespeito à Separação de Poderes, vez que o Judiciário estaria atuando em questões que cabem ao Poder Legislativo. Por outro lado, recai sobre o Poder Judiciário, que não pode quedar-se inerte frente à "omissão" legislativa, o dever de resolver as demandas levadas até ele. Neste diapasão, a Separação de Poderes poderia estar sendo desrespeitada.

Há, ainda, outras possíveis situações nas quais o princípio da Separação de Poderes estaria sendo desrespeitado, como nas hipóteses em que o Poder Executivo, através de medidas provisórias, acaba transbordando de seus limites, passando a atuar como legislador. No mesmo sentido, o Poder Legislativo também estaria desvirtuando tal princípio, pois, por vezes, acaba deliberadamente não cumprindo ou contrariando as decisões judiciais, o que resulta em atritos entre os Poderes, vez que o Legislativo é quem faz ou deixa de fazer as leis que o Judiciário utiliza para exarar suas decisões.

Nesta linha de intelecção, considera-se instituições democráticas, para os fins do presente trabalho, aquelas atuantes ao longo do processo judicial, notadamente o Poder Judiciário, bem como aquelas responsáveis pela elaboração e o cumprimento das leis. É neste contexto que se desenvolveu o presente estudo que tem como tema o Estado Democrático de Direito e a crise na Separação de Poderes,

delimitando-se a influência da separação de poderes no Estado Democrático de Direito brasileiro.

A crise das instituições democráticas influi na estabilidade das relações sociais, econômicas, políticas e jurídicas. O complexo normativo brasileiro possibilita aos três Poderes da República que se relacionem institucionalmente a fim de que haja harmonia entre os Poderes, todavia, a constante invasão de atribuições de um Poder sobre o outro pode acabar levando o modelo institucional brasileiro ao colapso. É possível constatar tal problemática através do recente caso envolvendo a divulgação de uma reunião ministerial na qual se defendeu o fechamento do STF e a prisão de seus ministros. Por outro lado, ainda sobre o mesmo episódio, o ministro Alexandre de Moraes expressou-se em sua decisão, autorizando a realização de inquérito por parte do STF em detrimento de investigados em “fake news”, sobre a fala de que os ministros do STF deveriam se presos, afirmando tratar-se de uma manifestação gravíssima.

Neste sentido, o presente estudo se propôs a responder o seguinte problema: o desrespeito ao princípio da Separação de Poderes acarreta na instabilidade das instituições democráticas? De forma que, o objetivo geral foi apontar evidências da crise na independência e harmonia entre os três Poderes no Estado Democrático de Direito pós Constituição de 1988, sendo que especificamente buscou-se analisar a influência da Separação de Poderes dentro do Estado Democrático de Direito no Brasil através do (des)respeito ao princípio da segurança jurídica; verificando a importância da independência do Poder Judiciário e qual a sua influência na manutenção da harmonia entre os Poderes.

A pertinência do desenvolvimento deste tema está na atual conjuntura político-jurídica brasileira, que se mostra em crise e com ela o modelo estatal também apresenta sinais de ineficácia. Apesar das instituições continuarem funcionando, é claro o desgaste em suas funcionalidades, notadamente pelo fato de que a Separação de Poderes não tem mais sido respeitada. Os políticos, responsáveis pela elaboração das Leis, não possuem mais a credibilidade popular que outrora tinham. Além disso, o processo legislativo é demorado, tendo em vista que há a necessidade de discussão dos possíveis efeitos de determinada lei no ordenamento jurídico, também pelo fato de que a oposição pode obstruir, de maneira legítima, o processo de elaboração das leis a fim de estabelecer um diálogo

democrático acerca do assunto em discussão, entre outros fatores. Com o advento das redes sociais e a disseminação das ideias em tempo real, a população não se vê mais representada de maneira eficaz pelos políticos tradicionais e nem acredita nos métodos por eles adotados. Os tempos atuais exigem uma resposta quase que instantânea do Estado, que se encontra letárgico frente à situação.

Nesse espaço deixado pelo Poder Legislativo e, conseqüentemente também pelo Executivo, o Judiciário tem atuado de maneira proativa na solução dos problemas enfrentados pela Nação em substituição à vontade política outorgada pela população aos demais Poderes. Neste momento, entra em discussão a necessária observância do princípio da Separação de Poderes, previsto no artigo 2º da Constituição Federal, o qual estabelece que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são Poderes da União e hão de atuar de maneira independente e harmônica entre si.

Neste sentido, Montesquieu descreve no livro “O Espírito das Leis”, que nenhum dos três Poderes detém autonomia absoluta sobre a sociedade, sendo que eles devem se relacionar em conjunto, regendo o Estado de maneira harmônica.

Quanto a metodologia utilizada para a realização desta pesquisa, com relação a natureza classifica-se como teórica, pois consiste na discussão sobre o atual modelo estatal. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, já que se desenvolveu a temática delimitada por meio da documentação indireta, utilizando como fonte primária: livros e artigos científicos. O tratamento dos dados foi qualitativo, pois considerou-se a existência de uma relação entre a realidade e o sujeito. O resultado da pesquisa realizada foi organizado nesta escrita monográfica, dividida em dois capítulos. O primeiro capítulo foi desenvolvido sobre o assunto o Estado democrático de direito e a crise institucional no Brasil, abordando o processo de formação dos estados nacionais e a origem da divisão de poderes, apresentando o caso brasileiro: do poder moderador ao ativismo judicial, e finalizando com a influência da segurança jurídica como elemento estabilizador da democracia.

No segundo capítulo se trata do papel do poder judiciário na defesa da democracia; destacando da influência das decisões judiciais na conjuntura política e a atuação do STF, assim como a independência do judiciário frente ao desrespeito da separação de poderes; e a capacidade de o judiciário absorver a instabilidade gerada pelo desrespeito à separação de poderes.

1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A CRISE INSTITUCIONAL NO BRASIL

O Estado Democrático de Direito está em crise, pois a lei não tem mais a legitimidade que outrora possuía, sendo a descrença da população nos atores políticos e a demora para a sua produção alguns dos fatores preponderantes para a perda de sua eficácia. Atualmente, o acesso à informação é instantâneo e os debates nas redes sociais são tão intensos a ponto de reduzirem a relevância dos políticos no papel de transformação da conjuntura nacional, ou seja, a lei não atende mais aos anseios do povo, que exige uma resposta imediata para os problemas. Conforme Maria Tereza Fonseca Dias, Samira Souza Silva:

O debate em torno da lei é amplo. A anuência à lei era, no passado, fruto da necessidade de segurança e proteção da sociedade que confiou ao Estado a responsabilidade de condução desse sistema. Na atualidade, a legislação atua preponderantemente na solução de conflitos, regendo a sociedade e o Estado nos ditames democráticos (DIAS; SILVA, 2017, p.41).

Ainda, conforme os autores, além da precariedade na formação das leis e da ilegitimidade de seus operadores, outro fator corroborou para esta crise: a excessiva regulação de direitos havida durante o Estado Social:

O excesso de intervenção estatal culminou em uma inflação legislativa e na banalização da lei, que se proliferam e se alteram ao sabor das constantes modificações de interesses, de instante em instante, sem a necessária manutenção na realidade e consciência dos cidadãos (DIAS; SILVA, 2017, p. 44).

A população não mais credita seus objetivos aos atores políticos porque vê neles pessoas que buscam interesses pessoais através da máquina pública. Neste sentido dispõem Dias e Silva:

Em outros tempos, a legitimidade dos governantes residia na crença dos cidadãos de que o Estado representaria fielmente os seus interesses. Porém, desde as últimas décadas do século XX, evidenciou-se uma certa falha na fórmula de democracia representativa, pois os cidadãos, antes protagonistas da vida política, hoje assistem ao esfacelamento da representação política, que dá lugar à representação de interesses. Assim, esse processo imperfeito de representação política afetou substancialmente as normas jurídicas, que deveriam ser a expressão exata da vontade geral e legitimar a atuação administrativa. (DIAS; SILVA, 2017, p. 41-42).

O Estado Moderno monopolizou a produção das normas jurídicas, uma vez que é ele quem legisla e também aplica a lei, através da figura do Estado-Juiz. Nessa linha, esclarece o autor:

A concepção do Estado moderno vem atrelada a esse entendimento de que o Estado é o único criador do Direito e ele mesmo solucionará os conflitos sociais por intermédio do Estado-juiz que aplicará as normas positivadas pelo próprio Estado-legislador. É a monopolização da produção jurídica e sua aplicação por parte do Estado. (SILVA, 2005, p.215).

Durante o Estado Liberal, o princípio da legalidade e o respeito estrito aos mandamentos da lei fez com que se atribuísse ao ordenamento jurídico uma excessiva pureza, que parece perdurar até os dias atuais. Todavia, há de se salientar que as leis não conseguem resolver todos os problemas, sendo necessária a intervenção política e de outros ramos da sociedade civil. Neste sentido, aponta Enio Moraes da Silva (2005, p. 221): “A máxima valorização do princípio da legalidade, verdadeira panaceia jurídica, remanesce até os nossos dias, fazendo muitos crerem que a solução para todos os males da sociedade está na elaboração e aprovação de uma lei”.

Além do mais, é preciso ressaltar que o processo pelo qual passa uma lei contém várias etapas e sofre influência de diversos atores sociais que impõe o seu ponto de vista ao tema.

Já sob a égide do Estado Democrático de Direito, os estudiosos se debruçam sobre a palavra “democrático”, vez que é este o elemento diferenciador. Tal modelo estatal possui diversas características, dentre as quais aponta o autor que, no entendimento de Loewenstein: “O aspecto principal do Estado Democrático Constitucional residiria na distribuição e nos mecanismos institucionais de controle do poder político, fazendo com que este seja efetivamente submetido aos seus destinatários, ou seja, ao povo”. (1976, p. 152, apud SILVA, 2005, p.225).

Outra definição deste modelo é apresentada por Alexandre de Moraes: “a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais”. (2000, p. 43, apud SILVA, 2005, p.225-226).

Entretanto, a definição dada anteriormente pelo balizado autor também deixa de fora aspectos importantes da democracia, além de restringir a participação popular aos períodos eleitorais. O próprio jurista, citando Alexandre de Moraes,

alerta para a crise do sistema representativo, através de três pontos principais. Tais pontos são, conforme Moraes: “o desvirtuamento da proporcionalidade parlamentar, o total desligamento do parlamentar com o seu partido político e a ausência de regulamentação na atuação dos grupos de pressão perante o Parlamento”. (2000, p.47, apud SILVA, 2005, p.226)

Uma solução para o impasse, conforme o autor do artigo, Enio Moraes da Silva, passa pela maior participação popular, notadamente com o estímulo dos mecanismos de democracia direta previstos no artigo 14 da Constituição, quais sejam: o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular (SILVA, 2005).

Por fim, a despeito das inúmeras tentativas de conceituação do atual modelo estatal, merece prevalecer a ideia de que não há um conceito unívoco que permita a imediata identificação e distinção do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, impende destacar os valores que o modelo traz consigo, dentre os quais, conforme Enio Moraes da Silva são:

(1) Um Estado Democrático de Direito tem o seu fundamento na soberania popular; (2) A necessidade de providenciar mecanismos de apuração e de efetivação da vontade do povo nas decisões políticas fundamentais do Estado, conciliando uma democracia representativa, pluralista e livre, com uma democracia participativa efetiva; (3) É também um Estado Constitucional, ou seja, dotado de uma constituição material legítima, rígida, emanada da vontade do povo, dotada de supremacia e que vincule todos os poderes e os atos dela provenientes; (4) A existência de um órgão guardião da Constituição e dos valores fundamentais da sociedade, que tenha atuação livre e desimpedida, constitucionalmente garantida; (5) A existência de um sistema de garantia dos direitos humanos, em todas as suas expressões; (6) Realização da democracia – além da política – social, econômica e cultural, com a conseqüente promoção da justiça social; (7) Observância do princípio da igualdade; (8) A existência de órgãos judiciais, livres e independentes, para a solução dos conflitos entre a sociedade, entre os indivíduos e destes com o Estado; (9) A observância do princípio da legalidade, sendo a lei formada pela legítima vontade popular e informada pelos princípios da justiça; (10) A observância do princípio da segurança jurídica, controlando-se os excessos de produção normativa, propiciando, assim, a previsibilidade jurídica (SILVA, 2005, p. 229).

O papel que o Direito possui dentro do Estado é de suma importância, afinal de contas é ele quem regula a vida em sociedade. Entretanto, o Direito não só dispõe de direitos e deveres em prol do cidadão, mas também estabelece um dever para o Estado no sentido de concretizar as disposições normativas estabelecidas no ordenamento jurídico. Conforme Antônio Baptista Gonçalves:

Assim, podemos concluir que o Estado e o Direito são essenciais para a garantia do bem estar e da harmonia das relações dos membros da sociedade em um dado território e, também, para garantir certos direitos aos cidadãos. O Direito obriga, coercitivamente, aos cidadãos a cumprirem as normas constantes no Estado. Porém, também impõe ao próprio Estado o cumprimento de regras jurídicas. A obrigatoriedade do próprio Estado em se submeter aos ditames normativos é uma garantia de que o Estado não infringirá direitos que deveria proteger dos membros da comunidade. Assim, o Direito regula e disciplina a relação dos membros do Estado e do próprio Estado (GONÇALVES, 2018, p. 79).

José Afonso da Silva, citado por Enio Silva, aponta como principal elemento do Estado Democrático de Direito a soberania popular. Neste sentido, o Estado Democrático:

[...] se funda no princípio da soberania popular que impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure, como veremos, na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento (SILVA, 1988, p. 66, apud SILVA, 2005, p.226).

Dentro da sistemática do Estado Democrático de Direito, a Constituição assume papel relevante na consecução dos objetivos do Estado. Conforme Gilmar Mendes e Gustavo Branco:

A Constituição tem por meta não apenas erigir a arquitetura normativa básica do Estado, ordenando-lhe o essencial das suas atribuições e escudando os indivíduos contra eventuais abusos, como, e numa mesma medida de importância, tem por alvo criar bases para a convivência livre e digna de todas as pessoas, em um ambiente de respeito e consideração recíprocos. Isso reconfigura o Estado, somando-lhe às funções tradicionais as de agente intervencionista e de prestador de serviços. (BRANCO; MENDES, 2011, p. 64, apud GONÇALVES, 2018, p.81).

Os fundamentos e objetivos da Constituição Federal de 1988, por sua vez, estão elencados expressamente no texto constitucional nos artigos. 1º e 3º. Tais dispositivos auxiliam na interpretação do papel que deve ser exercido por cada um dos Poderes:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I -a soberania; II -a cidadania; III -a dignidade da pessoa humana; IV -os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V -o pluralismo político. (BRASIL, 1988).

Ainda, cabe destacar o teor do parágrafo único do artigo 1º da CF, o qual estabelece que todo o poder emana do povo, que é exercido através de seus representantes. O artigo 3º especifica os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, como sendo:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, o Estado há de tutelar e ter como fim a busca do interesse comum, e não o de grupos ou classes específicas. Sobre o assunto discorre Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Está aqui consagrado o princípio democrático segundo o qual o supremo poder no Estado, a soberania, pertence ao povo que é a fonte única do poder político. Este princípio se complementa pelo representativo, enunciado pela Constituição no caput deste artigo. Fica assim claramente definida a forma de governo: republicana, democrática e representativa. Igualmente se torna patente que é o povo que é representado e não qualquer outra entidade, como a Nação ou a Classe. (FERREIRA FILHO, 1977, v.1, p. 51, apud GONÇALVES, 2018, p. 84).

Seguindo a linha de pensamento, diante da excessiva regulamentação proporcionada pelo aparato legislativo do Estado e, por conseguinte, a falta de efetividade na implementação desses direitos, vê-se que o atual modelo estatal está em crise, vez que não possui capacidade de atender aos ditames que ele mesmo produziu. No mesmo sentido, escreve Antônio Baptista Gonçalves:

O Estado se mostra perdido, não enfrenta o caos social que ele próprio formou. Assim, o Estado Democrático de Direito não cumpre com o seu papel; ao contrário, falha e padece ao tentar combater outros elementos decorrentes de sua própria ineficácia (GONÇALVES, 2018, p. 90).

Marco Aurélio Marrafon e Ilton Norberto Robl Filho, ao discorrerem sobre a crise das fontes jurídicas enquanto crise do Estado Democrático de Direito, apontam três situações que diminuem o impacto da lei, a despeito da vigência do princípio da legalidade:

[...] i) dificuldade de decisão política em temas complexos e socialmente relevantes; ii) judicialização da política e substituição da legislação por decisões judiciais e por outros atos normativos; e iii) processo legislativo/normogenético insuficientemente plural e democrático (MARRAFON; ROBL FILHO, 2014, p. 1440).

Os autores criticam ainda o fato de as normas serem escalonadas em planos verticais, afirmando que tal visão é simplista, para depois, afirmarem que o correto seria pensar em um sistema no qual a Constituição ocupa o centro e os demais ramos do direito gravitam ao seu redor. No mesmo sentido, para eles, a legalidade é de suma importância no Estado Democrático de Direito e a força normativa da Constituição não afronta tal entendimento:

A legalidade necessita ser revalorizada e a centralidade da Constituição não produz necessariamente a diminuição da Lei enquanto fonte. Na estrutura do Estado de Direito, a lei é essencial para limitar os poderes políticos e econômicos, modelando também a forma como os direitos são promovidos. É ela que permite o controle imediato da ação dos agentes estatais ante a vontade soberana do povo, seja por meio da jurisdição administrativa, seja por meio da jurisdição propriamente judicial (MARRAFON; ROBL FILHO, 2014, p. 1450).

Porém, os próprios autores apontam para a necessidade de que a revalorização da lei não faça o Direito voltar a positivismo puro, sendo preciso uma reconstrução das instituições e do processo político. Neste sentido:

[...] para que essa revalorização não recaia em retrocesso positivista ou mesmo se transforme em crença ingênua na democracia representativa, é preciso reconstruir as bases fundamentais das instituições e do processo político-legislativo a partir de uma forte perspectiva democrático-participativa, com atenção aos direitos fundamentais como parâmetros de controle substanciais do conteúdo da legislação. Algo mais próximo do constitucionalismo garantista e distante do legalismo rasteiro das primeiras escolas juspositivistas (MARRAFON; ROBL FILHO, 2014, p. 1450).

Para tanto, os autores defendem a transparência do processo legislativo e a participação popular na formulação das leis, inibindo os atalhos que suprimem o diálogo democrático. Nesta linha, a participação popular forneceria legitimidade às leis:

[...] o processo legislativo deve ser mais transparente, permitindo maior controle e atuação da minoria parlamentar e de grupos da sociedade civil. Ainda, os mecanismos de tramitação mais céleres não podem ser utilizados como instrumento para encurtar o debate e suprimir o exercício do dissenso democrático (MARRAFON; ROBL FILHO, 2014, p. 1451).

Marco Aurélio Marrafon e Ilton Norberto Robl Filho concluem seu artigo sustentando que não se deve ressuscitar o antigo modelo positivista, com o apego excessivo à literalidade da lei, mas tampouco se deixar apegar pela demasiada construção jurisprudencial. Nesta direção, escrevem os autores:

Não há mais ambiente teórico para a defesa das velhas visões positivistas e para o apego primário e rasteiro ao texto legal. Também a atividade judicial não pode permanecer impregnada pelo reconhecimento da discricionariedade operada pelos positivistas mais sofisticados, como Kelsen. De outro lado, tampouco a quebra da legalidade pela tópica jurisprudencialista tem propiciado efeitos promissores para a realização da Constituição. Com efeito, a crise das fontes do Direito ora diagnosticada demonstra que o primado do jurisprudencialismo promove grave insegurança jurídica e viola os princípios estruturantes e basilares do modelo de Estado Democrático de Direito. Nele, o governo das leis é incompatível com o governo dos juizes e suas vontades (MARRAFON; ROBL FILHO, 2014, p. 1453).

Conforme os balizados autores, a harmonia entre o respeito à lei e a possibilidade de construção jurisprudencial passa por duas diretrizes fundamentais. Nesta direção, a valorização da lei deve ser conjugada com a força normativa da Constituição de modo harmônico e capaz de respeitar a segurança jurídica:

A primeira reside na promoção da presença normativa da Constituição por meio do controle de constitucionalidade substancial da legislação de modo a preservar e fomentar os Direitos Fundamentais. A segunda consiste na revalorização da Lei enquanto fonte do Direito, com observância de sua estrutura textual e compreensão do seu conteúdo no contexto do mundo prático e dos jogos de linguagem vigentes, até porque a crise das fontes não se deve a eventuais excessos no controle de constitucionalidade, mas sim ao apego judicial a qualquer *topoi* argumentativo que aparentemente traga uma solução, em detrimento aos textos legais (MARRAFON; ROBL FILHO, 2014, p. 1454).

Portanto, é possível inferir que, nem a literalidade da lei nem a livre possibilidade de construção jurisprudencial, devem ser pontos distintos a serem defendidos, vez que a harmonia na produção das normas jurídicas e a estabilidade das instituições democráticas passa pela interseção entre as duas formas possíveis, produzindo, assim, um diálogo entre as variadas fontes de produção normativas, reduzindo as imperfeições do ordenamento.

1.1 O PROCESSO DE FORMAÇÃO DOS ESTADOS NACIONAIS E A ORIGEM DA DIVISÃO DE PODERES

O termo “Estado” vem do latim “*status*”, significando ordem, estado. Tal denominação nem sempre foi usada. Na Grécia Antiga, os gregos usavam a expressão polis para denominar a sociedade política, os romanos utilizavam o termo “*civitas*”. Na Idade Média eram utilizados os termos principados, reino.

Não há um conceito unânime do significado da palavra Estado, já que tal definição possui variados aspectos que podem ser levados em consideração. Conforme Hely Lopes Meirelles:

O conceito de Estado varia segundo o ângulo em que é considerado. Desde um viés sociológico, político ou institucional, podendo ser entendido como corporação territorial dotada de um poder de mando originário; como comunidade de homens, fixada sobre um território, com potestade superior de ação, de mando e de coerção, ou ainda pessoa jurídica territorial soberana. (MEIRELLES, 2001, p.54, apud OLIVEIRA, 2006, p.4-5).

Alguns fatores acabaram por contribuir para o surgimento da primeira faceta do Estado Moderno, qual seja, o Estado Absolutista. Dentre estes fatores estão: o progressivo fim da escravidão, produção agrícola voltada para o comércio, revoltas camponesas, desenvolvimento do comércio. A soberania é umas das principais características do Estado Moderno, permitindo a existência de um Poder central que ditaria as regras de convívio. Conforme Paulo Bonavides,

[...] foi a soberania, por sem dúvida, o grande princípio que inaugurou o Estado Moderno, impossível de constituir-se se lhe falecesse a sólida doutrina de um poder inabalável e inexpugnável, teorizado e concretizado na qualidade superlativa de autoridade central, unitária, monopolizadora de coerção (BONAVIDES, 2010).

O Absolutismo surge justamente com a concentração de poderes nas mãos de uma única pessoa, sendo que este fenômeno só foi possível com a consolidação do Estado Moderno. A legitimação do poder concedido ao governante advinha de uma ordem divina, ou seja, não havia limites, posto que decorria da vontade de Deus. Neste contexto é que surge a célebre frase do Rei Luís XIV (1638-1715) “O Estado sou eu”, exemplificando o funcionamento das funções estatais.

Ainda assim, o Absolutismo configurou um avanço no convívio social da época, pois forneceu segurança à população. Todavia, apesar dos avanços que tal modelo de Estado representou, também veio com ele uma série de limitações, como por exemplo, a restrição da liberdade dos indivíduos.

Mas havia um preço a pagar pelas garantias que seriam auferidas. Consistia ele na alienação de todas as liberdades, trasladadas ao Estado, senhor absoluto da vida e dos comportamentos humanos. [...] O Homem perdia a liberdade, mas ganhava, em troca, a certeza da conservação. (BONAVIDES, 2010).

Nesse período, aos monarcas era permitido que criassem leis assim como impostos e tributos destinados ao financiamento de projetos e guerras, sem qualquer consulta ou aprovação da sociedade. Porém, a falta de limites ao monarca começou a se tornar um empecilho para a classe burguesa, que pretendia repartir os Poderes a fim de viabilizar avanços econômicos.

A burguesia, como corpo de vanguarda, estava a um passo de ocupar espaços de poder e autoridade que a Nobreza e o Clero, pela impulsão dialética da História e das leis do determinismo das sociedades humanas, haviam já evacuado ou estavam prestes a fazê-lo, diante das armas do povo e da consciência nacional emergente e sublevada (BONAVIDES, 2010).

Nesse contexto surgem, na metade do século XVIII, a Revolução da Independência Americana e a Revolução Francesa. Tais movimentos podem ser assim sintetizados:

A queda da Bastilha simbolizava, por conseguinte, o fim imediato de uma era, o colapso da velha ordem moral e social erguida sobre a injustiça, a desigualdade e o privilégio, debaixo da égide do Absolutismo; simbolizava também o começo da redenção das classes sociais em termos de emancipação política e civil, bem como o momento em que a Burguesia, sentindo-se oprimida, desfaz os laços de submissão passiva ao monarca absoluto e se inclina ao elemento popular numa aliança selada com as armas e o pensamento da revolução; simboliza, por derradeiro, a ocasião única em que nasce o poder do povo e da Nação em sua legitimidade incontestável (BONAVIDES, 2010).

A partir deste momento, conforme Bonavides é que surge o Constitucionalismo, em substituição ao Absolutismo. Essa nova fase apresenta como característica o triunfo da lei em detrimento dos governantes.

Verifica-se, portanto, que a premissa capital do Estado Moderno é a conversão do Estado absoluto em Estado constitucional; o poder já não é de pessoas, mas de leis. São as leis, e não as personalidades, que governam o ordenamento social e político. A legalidade é a máxima de valor supremo e se traduz com toda energia no texto dos Códigos e das Constituições (BONAVIDES, 2010).

Ainda, conforme Paulo Bonavides, o Estado constitucional apresenta três modalidades, quais sejam: o Estado Liberal, o Estado Social e o Estado Democrático-Participativo. Entretanto, não há propriamente uma ruptura entre essas modalidades e sim uma mudança de paradigmas.

O Estado Liberal não é estático, e evolui; a dinâmica política, sem eliminar-lhe o substrato de liberdade, mas antes forcejando por ampliá-lo, faz nascer o Estado Social, o qual introduz nos artigos da Constituição os direitos sociais (BONAVIDES, 2010).

Tal faceta estatal, como dito anteriormente, surgiu após a Revolução Francesa (1789). Neste diapasão é que surge, através de Montesquieu, a teoria da separação dos Poderes, que pretendia repartir as competências, antes acumuladas somente nas mãos do monarca. Conforme Bonavides (2010, p.44) “O princípio da separação de Poderes traçava, por indução, raias ao arbítrio do governante, em ordem a prevenir a concentração de poderes num só ramo da autoridade pública”.

O Estado Liberal, que foi a primeira faceta do Estado Constitucional, tem como principal característica garantir a liberdade dos indivíduos através da previsão de direitos fundamentais de primeira geração, quais sejam, os direitos civis e políticos.

O centro de gravidade desse Estado Constitucional, sob a figura de Estado Liberal, fora positivamente a lei, o código, a segurança jurídica, a autonomia da vontade, a organização jurídica dos ramos da soberania, a separação de Poderes, a harmonia e equilíbrio funcional, do Legislativo, Executivo e Judiciário, a distribuição de competências, a fixação de limites à autoridade governante (BONAVIDES, 2010).

O modelo liberal de Estado possibilitou o avanço para o chamado Estado Social uma vez que permitiu ampliar os direitos assegurados ao povo através da estabilidade institucional que trouxe à época.

Dantes, ele fora em seus primórdios elemento de estabilidade ao cumprir historicamente uma nobre missão; deu garantia, fundamento e possibilidade à inauguração e emergência no porvir de direitos fundamentais de várias dimensões subsequentes, os quais, por derradeiro, compõem a moldura do novo Estado de Direito, teorizado sobre as bases da Democracia social e participativa que assinala a presente época constitucional (BONAVIDES, 2010).

Com a crise do Estado Liberal, começa a surgir a segunda faceta do Estado de Direito, o Estado Social ou, conforme Bonavides, um Estado constitucional dos direitos fundamentais.

O vendaval político-doutrinário que açoitava o Estado constitucional do Liberalismo acabou por convelir os alicerces do Estado de Direito de inspiração individualista e burguês. Despontou, então, a proposta de um modelo de Estado constitucional em que o teor social das instituições se tornava a nota mais predominante de sua caracterização (BONAVIDES, 2010).

A marca prevalente deste modelo estatal foi a previsão de direitos fundamentais de segunda geração, os chamados direitos sociais, ligados à igualdade. O Estado passou a ter a incumbência de garantir mínimas condições de existência às pessoas.

Quando se analisa a matéria sujeita, ou a substância dessa segunda forma de Estado constitucional, é de todo o ponto fácil averiguar que ela não gira ao redor de formalismos e abstrações; seu ponto de apoio e traço de identidade são o tecido social dos direitos fundamentais. Sua legitimidade se faz e cresce na exata medida em que tais direitos se concretizam (BONAVIDES, 2010).

Porém a falta de participação da população na vontade política do Estado acarretou a evolução para a terceira geração do Estado de Direito: o Estado constitucional da Democracia participativa. De acordo com Bonavides “O Estado constitucional da Democracia participativa é Estado onde se busca levar a cabo, em proveito da cidadania/povo e da cidadania/Nação, concretamente dimensionadas, os direitos da justiça [...]”. (BONAVIDES, 2010, p. 53-54).

Esse modelo de Estado abarca todos os direitos assegurados pelos modelos antecessores, tendo como nota marcante a larga previsão de princípios que balizam a aplicação das leis. Consoante Bonavides “Hoje, como se vê, os princípios valem mais porque as Constituições se juridicizaram. Hoje, os princípios, sendo da essência da constitucionalidade, ocupam o lugar mais alto e

nobre na hierarquia dos ordenamentos jurídicos.” (BONAVIDES, 2010, p. 56). A Constituição passa a ter valor supremo, pois o seu texto é o reflexo da vontade popular.

Com a Democracia participativa a soberania passa do Estado para a Constituição, porque a Constituição é o poder vivo do povo, o poder que ele não alienou em nenhuma assembleia ou órgão de representação, o poder que faz as leis, toma as decisões fundamentais e exercita uma vontade que é sua, e não de outrem [...] (BONAVIDES, 2010).

À medida que a sociedade evolui, os princípios e os valores se modificam, criam-se novos direitos e deveres em relação àqueles indivíduos que pertencem àquela sociedade. A aplicação correta dos princípios possibilita a transformação social através da interpretação constitucional sem que seja necessário recorrer a expedientes ardilosos e antidemocráticos. Nesta direção aponta Paulo Bonavides:

Os princípios têm uma virtude manifesta: são a um tempo estabilizadores e transformadores do sistema. Este, graças àqueles, segue lenta evolução e acomodação a situações sociais e constitucionais problemáticas ou imprevisíveis, cujas crises se veem absorvidas ou solvidas sem que se faça mister recurso a reformas traumáticas ou a cirurgias revolucionárias (BONAVIDES, 2010).

A Constituição Federal de 1988 é uma verdadeira carta de princípios. Esses princípios constitucionais passaram a informar todo o sistema legal de modo a viabilizar o alcance da dignidade da pessoa humana em todas as relações jurídicas. No próximo item aborda-se o caso brasileiro, a partir da análise do poder moderador e do ativismo judicial.

1.2 O CASO BRASILEIRO: DO PODER MODERADOR AO ATIVISMO JUDICIAL

Benjamin Constant (1767-1830) tentou conciliar as conquistas da Revolução Francesa através da “moderação dos poderes”. Neste sentido, Christian Edward Cyril Lynch, ao discorrer sobre as ideias do autor:

[...] os poderes do Estado devem ser limitados para que as liberdades do indivíduo sejam preservadas, também a soberania do povo deve ser limitada, pois acima do Estado e do povo estariam os direitos fundamentais do homem moderno (LYNCH, 2010, p. 95).

Para Constant, a teoria da separação de poderes elaborada por Montesquieu havia fracassado ao confiar em demasia no equilíbrio natural das forças entre os Poderes. Neste sentido, ele propôs a criação de um novo Poder, neutro, que seria responsável pela manutenção da estabilidade institucional.

Seria preciso, portanto, sofisticar a teoria de Montesquieu, criando um poder adicional que tivesse por única e exclusiva missão harmonizá-los; um poder apolítico, neutro, que, nos momentos de perigo para as instituições, fosse capaz de intervir para manter os poderes em suas respectivas esferas, dissolvendo o Legislativo, demitindo governos, perdoando penas demasiadamente severas impostas pelo Judiciário (LYNCH, 2010, p. 95).

Nesta linha, Constant sugere a divisão do Poder Executivo em dois: o primeiro relacionado à preservação das tradições do Estado, intervindo somente em casos emergenciais, e o segundo ficaria encarregado de levar adiante os debates públicos. É aí que nasce o quarto Poder, que no Brasil e em Portugal viria a se chamar de Poder Moderador.

O Poder Moderador possuía a função de harmonizar a atuação dos outros três Poderes em prol da segurança jurídica. Assim previa o art. 98 da Constituição Monarquista:

Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos. (BRASIL, 1824).

Ocorre que o Poder Moderador não conseguiu alcançar a efetividade a que se propusera quando de sua previsão no texto constitucional, tendo em uma série de fatores, dentre os quais:

[...] o Poder Moderador –, apesar de ter colaborado poderosamente para manter a unidade política do Estado, não logrou cumprir, na prática, os fins a que se propusera na teoria, equilibrando os poderes. De nada valeriam os expedientes doutrinários de Constant, tais como neutralidade, inviolabilidade do monarca ou responsabilidade ministerial, e isto porque o sucesso e o fracasso desse poder dependiam substancialmente da forma como o seu exercente lhe imprimiria a marca de sua personalidade. A flexibilidade da Constituição permitiria que o titular desse poder fosse um déspota, se assim quisesse, ou um Rei parlamentarista, que tão somente se limitasse a supervisionar a marcha dos negócios públicos (LYNCH, 2010, p. 100).

O fim do Poder Moderador se deu com a proclamação da República em 1889. Quarenta e quatro anos depois, em 1933, surgem debates em torno de uma nova constituição. Dentre os políticos que detinham destaque na época, encontra-se Borges de Medeiros (1863-1961), o qual defendeu a volta do Poder Moderador e a fusão de práticas parlamentaristas e presidencialistas. Nesta direção sublinha o político:

Fundir ou amalgamar as virtudes e utilidades dos dois sistemas contrários, e com esses elementos construir um novo tipo de presidencialismo (...). Eis o nosso principal objetivo e quiçá a maior originalidade deste projeto. Em nossa concepção, o rol do presidente consistirá em presidir a República como seu primeiro magistrado, e não como seu primeiro líder político. Fora da atmosfera dos partidos e posto na posição de livrar-se de qualquer influxo dos interesses e paixões do mundo político, há ele de reunir os predicados e requisitos que fazem o verdadeiro magistrado (...). Separado dos poderes executivo, legislativo e judiciário, ele constituirá o quarto poder do Estado, o Poder Moderador da República. (MEDEIROS, 1933, p. 63, apud LYNCH, 2010, p.105).

Para Medeiros, assim como a monarquia possuía um Poder Moderador na figura do rei, também o presidencialismo deveria tê-lo na figura do Presidente.

Se, no dizer de Benjamin Constant, a grande vantagem da monarquia constitucional foi ter criado esse poder neutro (moderador) na pessoa de um rei, por que não há de a República criar esse mesmo poder na pessoa do presidente? (...) Só um poder supremo, neutro, mediador, moderador, separado e independente de todos os poderes, há de fazer com que o presidente seja realmente não só o primeiro representante como também o primeiro magistrado da nação (...). No que se relaciona com o poder legislativo, exercerá ele a ação moderadora, vetando o projeto de lei, inconstitucional ou contrário aos interesses da nação; corrigirá as faltas ou omissões do mesmo poder, propondo-lhe projetos de lei, de que porventura não haja ele cogitado; e o convocará a sessões extraordinárias, quando o exigir o interesse público. Em relação ao executivo, mais eficiente ainda mostrará sua autoridade. Não só nomeando e demitindo os ministros, como aprovando e rejeitando os decretos, regulamentos e instruções que eles lhe propuserem. E, quanto ao judiciário, nomeando os magistrados federais, indultando e comutando penas... Finalmente, levando a intervenção federal aos Estados, nos estritos termos da Constituição, cumprir-lhe-á restabelecer e manter o equilíbrio constitucional da Federação, salvaguardando a um tempo a unidade do regime e a autonomia federativa. (MEDEIROS, 1933, p. 75-77, apud LYNCH, 2010, p. 106).

Embora Borges de Medeiros tenha influenciado os debates, sua tentativa de ressuscitar o Poder Moderador não obteve êxito, tendo a maioria dos papéis sido posta ao Senado Federal.

[...] a proposta de reinserção do Poder Moderador no ordenamento constitucional brasileiro não foi acolhida, tendo os constituintes preferido reformular o Conselho Supremo previsto no anteprojeto apresentado pelo governo provisório de Vargas, e inspirado no Poder Coordenador de Alberto Torres (1914), e atribuindo ao Senado o papel de exercer essa função de “coordenar” os poderes (LYNCH, 2010, p. 110).

Nesta linha de intelecção, de certa maneira, é possível que se faça uma comparação entre o Poder Moderador e o atual ativismo judicial, tendo em vista que o Poder Judiciário tem a incumbência de resolver os conflitos com caráter de definitividade, porém, por vezes, acaba decidindo além de sua alçada, adentrando em assuntos que deveriam ser discutidos pelos outros Poderes.

O Brasil passa por uma crise de identidade entre seus poderes, em especial quando o Judiciário invade área de competência do Executivo e principalmente do Legislativo, o que aflora latente necessidade de uma revisão dos conceitos basilares dos limites de atuação [...] (IGNACIO JUNIOR, 2015, p. 3).

Com o surgimento do pós-positivismo e conseqüentemente a ampliação da utilização de princípios que garantissem os direitos fundamentais dos cidadãos, cresceu a atuação do Poder Judiciário. Tal fato se deve à complexidade com que os atos da vida social passaram a contar.

O fracasso do jusnaturalismo e do positivismo, deram espaço para uma nova ordem de idéias, pautadas em postulados principiológicos. Essa nova ordem, fortaleceu a necessidade da positivação não somente de regras, mas de princípios, que garantissem os direitos fundamentais de todos os seres humanos, o chamado pós-positivismo. Sobre esse prisma, a atuação do Judiciário cresceu sobremaneira, julgando em alguns casos somente pelos princípios [...] (IGNACIO JUNIOR, 2015, p.7).

Neste contexto, insere-se o neoconstitucionalismo que, conforme a doutrina, faz emergir constituições “invasoras” ou “expansivas”, vez que repletas de princípios e de garantias aos cidadãos.

Conforme Luís Roberto Barroso:

[...] o neoconstitucionalismo possui como marco histórico as reformas políticas europeias após a Segunda Guerra Mundial e, no Brasil, após a Constituição de 1988. Já como marco filosófico, a superação do pós-positivismo, a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e Moral. Por fim, tem como marco teórico o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de nova dogmática da interpretação constitucional. (BARROSO, 2001, n.p., apud BERNARDES; FERREIRA, 2018, p.64).

É nessa falta de atuação do Estado em determinadas áreas da sociedade que faz emergir a atuação do Judiciário a fim de que se concretizem os direitos garantidos pela Constituição, afinal é à Corte que cabe, em última instância, aplicar as normas fundantes do Estado Democrático de Direito. A questão que se coloca então é: quem controlará o Judiciário se ele transbordar nos limites de sua atuação?

Neste momento, é possível que se faça a comparação entre o antigo Poder Moderador e o atual ativismo judicial, no sentido de que o primeiro, a pretexto de harmonizar as interferências de um Poder sobre o outro, acabava da mesma forma que o segundo, ou seja, aplicando normas que não estavam expressamente previstas nas leis. Conforme Jose Antonio Gomes Ignacio Junior, a principal diferença se estabelece no tom axiológico da atuação:

O interpretar ativista (criador) de hoje, estava implícito no artigo 98 da Carta Imperial, porém reservado a outro poder. Traduzindo a importância do Poder Moderador no resguardo dos interesses públicos, somente estes eis que na época não se falava em direitos sociais ou metaindividuais [...] (IGNACIO JUNIOR, 2015, p. 16).

Nesta feita, a diferença apontada pelo autor é a de que o Poder Moderador se comprometia com os interesses públicos e o ativismo judicial está mais atrelado aos direitos individuais dos cidadãos ou os direitos sociais, ainda que tais sejam qualificados como garantais fundamentais. A interseção, porém, é clara.

Por fim, cabe salientar a importância de um mecanismo que apare as arestas entre as funções dos Poderes a fim de que se tenha a independência e harmonia disposta no art. 2º da CF.

Nesta linha de pensamento surge a judicialização da política, que conforme, Tassiana Moura de Oliveira e Marcelo Labanca Corrêa de Araújo:

[...] o fenômeno da judicialização da política pode ser observado a partir não apenas de um de seus atores, o “Poder Judiciário”, mas também a partir de outros atores que interferem no processo de formação da decisão, seja provocando o Judiciário (levando o tema da esfera da política para a esfera jurisdicional), seja atuando no próprio processo judicial por meio de estratégias de participação que visem influir na formação da decisão da Corte. Aliás, por ser “inerte”, o Poder Judiciário só interferirá na política se for provocado. Uma vez chamado a manifestar opinião (dar decisão) sobre um determinado tema, o Judiciário poderá agir como ator com poder de veto a depender dar regras institucionais constitucionalizadas. Dizer que o Judiciário tem poder de veto, significa que no jogo institucional ele tem a possibilidade de impedir que uma política siga seu curso ou alterá-la (OLIVEIRA; ARAÚJO, 2016, p. 123).

Ainda, no mesmo sentido, é relevante destacar a seguinte diferença: judicialização está ligada ao fato de que cada vez mais as demandas são levadas ao Judiciário, levando-se em consideração o modelo jurídico-político adotado pela CF/88, no sentido do amplo acesso ao Judiciário e da inafastabilidade da jurisdição. Já o ativismo judicial é uma maneira política de se interpretar as leis. Os autores Oliveira e Araújo citam ainda dois fatores pelos quais há um aumento nas demandas judiciais e, conseqüentemente, no ativismo judicial. Um desses fatores está ligado à inércia dos demais Poderes em resolverem as questões postas, já o outro está relacionado à parte derrotada do conflito (OLIVEIRA; ARAÚJO, 2016).

[...] ou os poderes Legislativo e Executivo não regulam determinada matéria e a sociedade busca a efetivação daquele direito através do Judiciário; ou, uma segunda forma, seria o ator que perdeu a deliberação para a maioria que, inconformado, passaria a judicializar o debate no qual saiu derrotado (OLIVEIRA; ARAÚJO, 2016, p. 129-130).

Conforme Tassiana Oliveira e Marcelo de Araújo, a maioria das ações com conteúdo político do STF diz respeito a ações de interesse institucional dos próprios legitimados a propô-las (OLIVEIRA; ARAÚJO, 2016). Contudo, em termos qualitativos, é possível identificar questões que exemplificam o ativismo judicial, vez que o cenário político pelo qual passa o país é propício para tais decisões, como por exemplo, as ações envolvendo o combate à corrupção, que se iniciam no primeiro grau de jurisdição e vão acabar no STF, sendo que este deve julgá-las à luz do texto constitucional, em posição garantista dos direitos fundamentais, já que a Corte é a última instância judicial brasileira, ou seja, após tomada a decisão pelo Supremo, não há mais a quem recorrer.

Há quem defenda que os juízes não devem agir ativamente, uma vez que invadiriam as competências dos outros poderes. Estes propõem regras de autocontenção, que limitaria o trabalho de intérprete dos magistrados. No entanto, acredita-se que, sendo a norma linguagem, a interpretação dela sempre vai ser influenciada por diversos fatores, como o próprio intérprete. E sendo a política o sangue que corre nas veias do direito, as decisões jurídicas também são influenciáveis por fatores externos e pelo poder (OLIVEIRA; ARAÚJO, 2016, p. 135).

A despeito de respeitáveis posicionamentos críticos com relação ao ativismo judicial, os autores afirmam que o processo de aplicação das normas, que passa pela interpretação, por si só, já constitui fator preponderante no sentido de serem

prolatadas decisões com conteúdo político. Há de se ter em mente que não existe norma sem interpretação, a qual, por sua vez, possui uma carga política indissociável. Neste diapasão, os autores afirmam que é preciso salientar que não há como afirmar, através de exemplos pontuais, se o STF é um tribunal ativista ou não. Todavia, há de se ressaltar a aptidão da Corte para interferir nas questões políticas quando instada.

É importante frisar que analisar qualitativamente duas ou três decisões pinçadas de um universo de milhares não gera segurança na definição do STF como um tribunal ativista ou não. Contudo, a partir de exemplos, pode-se constatar a sua função de interferir na política quando provocado (quando há judicialização da política) e, a depender do momento, escolhe ser ativista criando direitos ou os reduzindo; influenciando na política nacional; corroborando com as preferências do erário; afirmando sua posição de único intérprete da Constituição, entre outras formas de ativismo. (OLIVEIRA; ARAÚJO, 2016, p. 134).

Em arremate, ao analisar as decisões do Poder Judiciário sob os mais diversos aspectos, é possível inferir que a segurança jurídica deve nortear a atuação dos magistrados, de modo a preservar a estabilidade institucional desejada em um Estado Democrático de Direito. Neste sentido, passa-se a analisar o princípio da segurança jurídica de modo mais minucioso no próximo tópico.

1.3 A INFLUÊNCIA DA SEGURANÇA JURÍDICA COMO ELEMENTO ESTABILIZADOR DA DEMOCRACIA

A segurança jurídica possui dois aspectos: o objetivo e o subjetivo. O aspecto objetivo diz respeito à irretroatividade das leis e também à garantia do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada, conforme expressa previsão constitucional no artigo 5, XXXVI, que preconiza: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.” Já o aspecto subjetivo está ligado à preservação das expectativas legítimas da sociedade em virtude das transformações sociais, políticas e econômicas.

Neste contexto, inserem-se as súmulas editadas pelos Tribunais, que pretendem uniformizar o entendimento acerca das matérias em exame e fornecer segurança jurídica aos cidadãos e operadores do Direito no sentido de verem suas garantias asseguradas de forma isonômica, ou seja, para o mesmo contexto fático há de se aplicar as mesmas normas.

O artigo 103-A, § 1º, CF/1988 estabelece que as súmulas vinculantes (as quais somente podem ser editadas pelo Supremo Tribunal Federal e que vinculam os Poderes Executivo e Judiciário) serão cabíveis no caso de controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questões idênticas (BRASIL, 1988).

O controle de constitucionalidade também surge como um importante fator na estabilização das relações sociais, uma vez que permite ao juiz considerar uma lei inconstitucional quando está a afrontar os valores estabelecidos na Constituição. Via de regra, os efeitos da decisão tomada em controle concentrado de constitucionalidade são “ex tunc”, ou seja, retroagem, todavia, em prol da segurança jurídica, admite-se a modulação dos efeitos dessa decisão a fim de que ela só surta efeitos a partir do julgamento da lide.

Para esclarecer tal raciocínio cabe transcrever o artigo 27 da Lei 9.868/1999, que trata da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (BRASIL, 1999).

Ainda, como forma de garantir a estabilidade social, política e econômica, a Constituição Federal estabeleceu um extenso rol de competências dos entes federativos, que devem ser respeitadas sob pena de quebra do pacto federativo. A CF, por exemplo, estabelece no artigo 34 como hipóteses de intervenção federal a manutenção da integridade nacional, a garantia do livre exercício de qualquer dos Poderes nas Unidades da Federação, a inobservância da autonomia municipal, bem como a forma republicana, o sistema representativo e o regime democrático (BRASIL, 1988).

A passagem de um Estado de Polícia para um Estado de Direito fez com que a lei se tornasse o centro das atenções, já que ela era resultado da vontade popular e devia servir aos cidadãos, que agora se utilizavam do Estado como um instrumento e não eram mais seus súditos.

Conforme Rafael Ramires Araújo Valim, duas ideias levaram a esse acontecimento: a separação de Poderes e a soberania popular, sendo que esta era consubstanciada na formulação de leis pelos cidadãos. A separação de Poderes surge como um limitador às competências e cada figura estatal, vez que todo aquele que possui poder tende a dele abusar, sendo que a soberania se deslocou para o povo, através de sua participação ativa na vontade política do Estado (VALIM, 2009).

Uma vez situado no âmbito da lei, que tem como característica ser genérica e abstrata, há a necessidade de que ela seja elaborada e aplicada de uma forma segura, com previsibilidade e livre do arbítrio.

Para que seja possível uma análise mais detalhada sobre o princípio da segurança jurídica é necessário que se fale um pouco sobre o fenômeno da principialização do Direito, fenômeno este que fez com que os princípios passassem a ter caráter de norma, ou seja, possuem conteúdo jurídico autônomo. A doutrina majoritária brasileira adota o conceito amplo de norma, sendo como esta considerada tanto as regras quanto os princípios. Tal constatação é de suma importância, vez que fornece poder normativo aos princípios, possibilitando aos juízes a sua aplicação nos casos concretos sem que seja necessária a utilização de expedientes extrajurídicos.

Neste sentido, importa destacar também o fato de que os princípios não são aplicados ao modo do “tudo ou nada” como as regras, mas sim mediante ponderação das várias normas existentes no ordenamento jurídico. Há também que se destacar que os princípios possuem um grau de abstração superior ao das normas, justamente para possibilitar a resolução dos conflitos que surgirem no momento de aplicação da norma por parte do Estado-Juiz. Os princípios, conforme Alexy, funcionam como mandamentos de otimização e, nesse diapasão, possuem textura semântica aberta. Por isso a natureza normogênica dos princípios, pois eles servem de base para a criação das normas (ALEXY, 1993).

Sustenta Alexy que regras e princípios são normas jurídicas, porquanto ambos se formulam com a ajuda das expressões deônticas fundamentais, como o mandamento, a permissão e a proibição. Assim, “[...] as regras e os princípios jurídicos são espécies de normas que se constituem em fundamentos para juízos concretos de “dever ser”.” (ALEXY, 1993, p. 83). Os princípios exercem ainda

funções destacadas das regras, quais sejam: a função integrativa, a interpretativa, a limitativa e a sistematizadora. A função integrativa diz respeito ao fato de que os princípios servem de base para o preenchimento de lacunas existentes no ordenamento jurídico. A interpretativa está relacionada à interpretação dos enunciados normativos, vez que superada a expressão “*in claris non fit interpretatio*”, ou seja, se a norma for clara não cabe interpretação, pois o entendimento dominante é no sentido de que não há norma sem interpretação. Neste sentido é o conceito de princípio do Rafael Ramires Araújo Valim:

[...] princípios são normas jurídicas, explícitas ou implícitas, portadoras dos valores mais caros à comunidade jurídica e prestantes a guiar a interpretação dos enunciados normativos, a colmatar lacunas normativas, a invalidar aquelas regras que lhe são contrárias e a presidir a racionalidade do ordenamento jurídico, ao qual conferem conexão sistemática (VALIM, 2009, p. 32).

Seguindo na linha apresentada pelo autor, apresenta-se a distinção de “segurança pelo direito” de “segurança do direito”, sendo que a primeira acepção está ligada ao fato de que a simples previsão de normas, ou seja, o Direito em si, seria suficiente para se assegurar a segurança jurídica. Já na expressão “segurança do direito”, insere-se a concepção contemporânea de segurança jurídica, que é aquela ligada à previsibilidade das consequências e o respeito ao direito adquirido. Acerca da segunda acepção do termo segurança jurídica, discorre o autor:

Trata-se de um mecanismo autocorretor do Estado de Direito que, como foi visto na introdução deste estudo, foi vítima de seu próprio sucesso. Diante da complexidade crescente da ordem jurídica, é forçoso um conjunto de normas que provejam a necessidade de segurança do próprio sistema jurídico. É justamente sob o pálio do princípio da segurança jurídica que se aglutinam tais normas (VALIM, 2009, p. 40).

Pela função limitativa é possível identificar a invalidade de uma regra se a discrepância com o princípio correspondente for evidente. Por fim, a função sistematizadora está ligada à característica irradiadora que os princípios exercem no ordenamento jurídico, fazendo com que seu conteúdo seja observado pelas demais normas a fim de equilibrar o ordenamento.

Segundo Valim o princípio da segurança jurídica abarca dois núcleos conceituais, quais sejam: a certeza e a estabilidade. Nesse sentido o autor liga o termo certeza à previsibilidade, que, por sua vez, produz estabilidade:

[...] é imperioso que o indivíduo saiba, dentro de critérios objetivos e de antemão, as normas jurídicas que incidirão sobre o seu comportamento e sobre o comportamento dos demais, sem o quê não é dado exigir os respectivos comportamentos. A certeza encarna, portanto, a noção de que o indivíduo deve estar seguro não só quanto à norma aplicável, mas também quanto ao sentido deôntico que encerra essa mesma norma. [...]

Mas não basta a certeza quanto à norma aplicável para se assegurar o princípio da segurança jurídica. Nem é preciso dizer que nada significaria a previsibilidade se as projeções que dela decorrem e que norteiam a ação do administrado pudessem ser desfeitas, a qualquer tempo, pelo Estado. É de rigor, portanto, que à previsibilidade oferecida pela certeza se acresça a estabilidade do Direito, de molde a assegurar os direitos subjetivos e as expectativas que os indivíduos de boa-fé depositam na ação do Estado [...] (VALIM, 2009, p. 42).

Neste sentido, tendo em vista a relevância de se observar a segurança jurídica na resolução das decisões e no desenvolver da máquina estatal, há diversos dispositivos legais que tratam do princípio de maneira expressa, como o faz a lei do Processo Administrativo Federal (9.784/99) em seu art. 2º: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”. Nesta linha também dispõe o art. 11 da lei 9.882/1999 que trata da Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental:

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (BRASIL, 1999).

Nesta linha de pensamento, tendo em mente que os princípios fazem parte do ordenamento jurídico brasileiro com bastante prevalência e que são aplicados com base na ponderação, é correto inferir que o princípio da legalidade não se contrapõe ao da segurança jurídica, como outrora seria possível argumentar, pois tais princípios são complementares, e não excludentes.

Nesse contexto, habitualmente são contrapostos o princípio da segurança jurídica com o da legalidade, sob a afirmação de que diante dos casos concretos ora prevaleceria um, ora outro. Porém, não admitimos esta mútua excludência entre estes princípios, que se nos afigura viável tão-só a partir de uma visão da legalidade própria do século XIX, de jaez mecanicista, que a identifica com a literalidade da lei (VALIM, 2009, p. 44).

Conforme se depreende da complexidade das decisões judiciais, do princípio da segurança jurídica e do ativismo judicial hoje presente, é possível inferir que as funções exercidas pelos Três Poderes acabam entrando em conflito. É neste sentido que será feita a abordagem do próximo ponto do presente trabalho, pretendendo-se analisar quais as funções constitucionalmente estabelecidas aos Poderes e se há desvirtuamentos.

2 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA DEFESA DA DEMOCRACIA

O Brasil é um país que possui soberania, e que segue um regime de governo democrático. O seu sistema de governo é formado por três poderes, com funções bem definidas: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Ao Legislativo cabe a criação das leis, enquanto que o Executivo garante a efetivação destas leis, e o Judiciário julga e promove o cumprimento destas mesmas leis.

Ocorre que com a Constituição Federal de 1988, tida como Constituição Cidadã, em função de sua abordagem voltada á garantia dos direitos dos cidadãos e judicialização da política, as funções do Judiciário relacionadas com a garantia dos direitos do povo, acabaram por sobressair esse poder em relação aos demais, implicando, inclusive, em interferência do Judiciário nos demais poderes. É o caso, por exemplo, do Judiciário agindo como legislador motivado pela inatividade do poder legislativo em criar as leis necessárias.

Como explica Fernanda Brandão de Souza, a partir da Constituição de 1988, ocorreu uma releitura da função judiciária no contexto democrático, superando o positivismo jurídico, que exigia a aplicação mecânica de regras jurídicas; apresentando a possibilidade uma maior flexibilização do rígido modelo de separação dos Poderes. Com isso, o Judiciário assume funções legiferantes, cada vez mais ligadas à esfera política, e apropria-se de uma posição ativista num ambiente favorável à judicialização das competências primordialmente legislativas. Essa nova posição do Judiciário é responsável por, se observar no Brasil, uma atuação dos tribunais e, principalmente do Supremo Tribunal Federal, na regulamentação de questões de grande apelo social, e que, são, muitas vezes, esquecidas pelo Legislativo e geradas a partir das omissões do Executivo (SOUZA, 2017).

É neste contexto que se desenvolve este segundo capítulo, no qual inicialmente trata-se da influência que as decisões judiciais têm sobre a conjuntura política nacional e a atuação do STF. Em seguida, aborda-se a questão da independência do Judiciário, assim como dos demais poderes, perante o desrespeito pela separação dos três poderes. Finaliza-se o capítulo analisando a capacidade do Judiciário de absorver a instabilidade gerada pelo desrespeito á separação dos poderes.

2.1 A INFLUÊNCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS NA CONJUNTURA POLÍTICA E A ATUAÇÃO DO STF

As frequentes decisões do Judiciário, sobretudo do STF, que envolvem questões políticas, em desfavor das instituições políticas representativas, significam avanço ou decadência da democracia?

Pedro Benedito Maciel Neto adverte que “É inegável que no exercício necessário da jurisdição a visibilidade do Poder Judiciário tem aumentado enormemente nas últimas duas décadas”, e o doutrinador questiona até que ponto esse ativismo pode ser considerado “[...] válido, legítimo e elemento positivo para o fortalecimento da democracia e para o amadurecimento das instituições [...]” (MACIEL NETO, 2018, n.p.).

De acordo com Loiane Prado Verbicaro, a judicialização da política no Brasil está diretamente ligada ao fim da ditadura militar, já que:

[...] após o processo de redemocratização e constitucionalização do país, a conjuntura política, econômica e social favoreceu a intervenção dos tribunais em questões políticas, a fim de resguardar a supremacia da Constituição, dos direitos fundamentais e da democracia. (VERBICARO, 2008, p. 403).

A postura mais intensa do Judiciário em questões ativistas tem repercutido em críticas dos poderes Legislativo e Executivo, que afirmam que com esse comportamento, o Judiciário está extrapolando o limite constitucional que prevê a sua atuação.

No entanto, cabe reforçar que, levando em conta o princípio da inércia da jurisdição, que determina que a justiça só age quando acionada pela parte, ou seja, ela é inerte; indica que, a crescente atuação do judiciário é reflexo da insatisfação da população com a atuação dos outros poderes (MOREIRA, 2018a).

Mesmo o poder Judiciário sendo, reconhecidamente, a última instância estatal onde se faça os reclames referentes à garantia de direitos que foram ignorados nas demais esferas, além de ocupar a posição de órgão responsável pelo respeito aos valores expressos na Constituição Federal, ainda assim, o crescimento da sua ação voltada à aspectos sociais da função jurisdicional, reflete no desequilíbrio entre os três poderes. Neste sentido, Juliano Zaiden Benvindo é enfático ao afirmar que, entre os três poderes não existe harmonia, e segue comentando que

Há muito de competição política, muito de buscas por espaços de poder e muito de cálculos estratégicos de como operar esse poder. [...] O funcionamento dos três poderes é, na verdade, amplamente político, cercado dos mais diferentes interesses. (BENVINDO, 2014, p. 89).

Com relação aos três poderes agirem com motivações políticas, Leonardo Avritzer, em entrevista à Lívia Araújo, mencionou a excessiva atuação do STF no âmbito da política, e destaca que isso ocorre sem que haja permissão expressa na Constituição Federal. O cientista político salienta que

[...] o ativismo judicial é algo mundial. O Judiciário é mais ativo em todos os países do mundo. [...] O problema ainda mais grave é que o Judiciário adota elementos exclusivamente políticos nos seus julgamentos. Onde é que está a autorização para que essa instância interfira tão fortemente na política? Não existe autorização constitucional para isso, ao mesmo tempo que o Judiciário afeta sua própria legitimidade. (AVRITZER apud ARAÚJO, 2017, n.p.).

Neste cenário, considera-se interessante reforçar a diferença entre ativismo judicial e judicialização da política. Para tanto, cita-se Fabiana Luci de Oliveira, a qual, sabiamente explica:

A judicialização da política implica o aumento na incidência de decisões judiciais sobre processos e conflitos políticos, assim como o crescimento do uso dos tribunais como lócus de mobilização da sociedade civil organizada em torno de demandas e interesses sociais e econômicos. Já o termo ativismo judicial carrega conteúdos muito distintos em seu uso. Na lógica da separação de poderes, pode significar (1) invasão ou usurpação de competências dos demais poderes, numa chave mais crítica à atuação do Judiciário, implicando extrapolação de suas funções, ou (2) ocupação de vácuo de poder, numa chave mais positiva, significando que ele atua apenas para suprir uma omissão dos demais poderes. (OLIVEIRA, 2017, p. 131).

Assim, tendo clara a ideia e o conceito destas expressões, menciona-se Moreira, o qual reafirma que a justiça é inerte, de modo que acaba sendo provocada pelos próprios atores políticos ao não promoverem os direitos dos cidadãos, ou não cumprirem as promessas de campanha, levando o judiciário a agir como gestor público com o intuito de garantir o mínimo existencial para o cidadão (MOREIRA, 2018a).

Em se tratando da judicialização da política, Habermas definia como sendo “[...] o processo ocasionado pela sistematização constitucional que propiciou que algumas questões de larga repercussão política e social fossem trazidas e discutidas

pelo Poder Judiciário”. (HABERMAS, 2010, p. 243 apud MOREIRA, 2018a, p. 37).
No entender de Avritzer,

[...] quanto mais o Judiciário se envolve na política, mais ele o faz violando as próprias regras do que o Poder Judiciário deveria ser. Evidentemente que este é mais um dos motivos para que a gente viva um forte momento de instabilidade política no Brasil. (AVRITZER apud ARAÚJO, 2017, n.p.).

A realidade tem demonstrado que a excessiva judicialização da política pode refletir de modo desfavorável sobre as instituições democráticas, enfraquecendo e desequilibrando essas instituições, além de afetar a relação entre os poderes, reverberando na própria democracia e também no poder de articulação e influência da sociedade civil frente ao processo decisório institucional (MACIEL NETO, 2018).

Fernanda Brandão de Souza remete que:

[...] sob o ponto de vista democrático, a judicialização da política não pode significar a sua interdição ou criminalização e, menos ainda, pode transformar-se na politização da justiça. O sistema de justiça, para ser legítimo, precisa vincular-se a uma ordem jurídica formulada democraticamente, ou seja, a regras procedimentais. (SOUZA, 2017, p. 29).

É plenamente admissível a intervenção do Poder Judiciário quando for voltado para a contenção de possíveis excessos dos outros Poderes, principalmente quando se tratar de garantir direitos individuais de minorias não contempladas no processo de deliberação majoritário; no entanto, é inadmissível que tais interferências tenham como base fundamentações partidárias, situação que pode implicar no comprometimento da segurança jurídica, prejudicando “[...] a previsibilidade e a imputabilidade universal das obrigações que legitimam a atuação” da justiça. (MOREIRA, 2018b, n.p.).

A principal questão quanto ao exercício do Judiciário de forma tão proeminente, fica por conta do receio relacionado com a devida legitimidade decisória, ou a dificuldade contramajoritária, já que, a transferência do poder decisório das instituições representativas para as judiciárias, implica no risco de que juízes não eleitos acabem modificando e até anulando políticas que foram implementadas por agentes políticos eleitos. Dentre os elementos que podem ser considerados responsáveis pela crescente judicialização da política no Brasil, cabe mencionar Verbicaro que cita:

[...] a promulgação da atual Constituição Federal, cujo teor é extenso em relação aos direitos sociais e deveres do estado; a universalização do acesso à justiça, a estrutura tripartite de organização dos poderes do Estado; a existência de uma Carta Constitucional com textura aberta, normas programáticas e cláusulas indeterminadas; a crise do paradigma formalista de interpretação inspirado nas premissas do positivismo jurídico; a ampliação do espaço reservado ao Supremo Tribunal Federal; a permissão por parte da Constituição de 1988 para que o Poder Executivo edite medidas provisórias; a ampliação do rol dos legitimados ativos a propor a ação direta de inconstitucionalidade; a veloz modificação da base econômica do Brasil; a existência de novas forças sociais representadas por importantes movimentos, organizações e grupos sociais; o agravamento da crise econômica nas últimas décadas do século XX, a ineficácia da política macroeconômica do país e a consequente explosão da crise social; a hipertrofia legislativa; a desproporcionalidade da representação política e a crescente ineficácia do sistema político-decisório. (VERBICARO, 2008, p. 390).

Oliveira comenta a esse respeito, expressando que “Essa expansão pode também levar o Judiciário a sobrepor-se aos demais poderes, invadindo suas competências e degenerando a democracia em um governo de juízes” (OLIVEIRA, 2017, p. 132). Insurgindo no dilema do equilíbrio entre o poder do Judiciário e a regra da maioria, alcançando-se a dúvida que já assombrava a mente do poeta *Decimus Iunius Iuvenalis*¹, a quem é atribuída a famosa frase: “Quem guarda os guardiões?”

No próximo item deste capítulo, trata-se da independência do Judiciário considerando o desrespeito da separação de poderes.

2.2 A INDEPENDÊNCIA DO JUDICIÁRIO FRENTE AO DESRESPEITO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

A teoria da separação dos poderes foi defendida enfaticamente por Montesquieu, em 1748. Apesar dele não ter sido seu fundador, foi seu divulgador e quem atribuiu contornos mais precisos á este princípio. Para Montesquieu a separação dos poderes era a garantia de que não haveria exageros, como desmandos sem limites. Conforme a argumentação de Montesquieu:

Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares. (MONTESQUIEU, 1987, p.165)

¹ Decimus Iunius Iuvenalis, popularmente conhecido como Juvenal, foi um poeta romano ativo no período entre o final do século I e início do século II d.C. Foi o autor da famosa obra, as “Sátiras”. (<https://www.thefamouspeople.com/profiles/juvenal-236.php>).

Ocorre que, como bem expressam Tiago dos Santos Ferreira e Manoel Martins Junior, o mundo contemporâneo apresenta-se diverso daquele em que foi e pensada e elaborada a teoria da separação dos poderes, de modo que, nesta nova circunstância, a separação dos poderes, não há retorno para a harmonia de modo espontâneo, como se esperava na organização dessa teoria. Com isso, agora, a separação dos poderes implica, diretamente, na diferenciação e equivalência, que são ação da razão, onde o que se evidencia é a criação do domínio da técnica.

Atualmente, vivemos numa sociedade complexa, em constantes transformações, pelo que surgiram institutos como o procedimento devido, os regimes de incompatibilidades e de financiamento dos partidos, a limitação de mandatos, o alargamento do referendo, a entrega de tarefas administrativas a particulares. Há cada vez mais reivindicações da sociedade civil, nos diversos países, clamando por mais transparência dos atos dos integrantes dos poderes executivo, legislativo e judiciário, não sendo diferente no Estado brasileiro. (FERREIRA; MARTINS JUNIOR, 2019, p. 34).

O Brasil, enquanto República Federativa tem a separação dos poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), como princípio fundamental, representando como o sustentáculo para a constituição de um Estado Democrático de Direito. No preâmbulo da Constituição Federal brasileira de 1988, apresenta-se a instituição do Brasil,

[...] pela Assembleia Nacional Constituinte, como um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias. (FERREIRA; MARTINS JUNIOR, 2019, p. 34).

O princípio da separação dos Poderes está previsto no art. 2º da Constituição Federal, expressando que “[...] são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988). Como se pode verificar, a separação dos Poderes tem como fundamentos a independência e a harmonia entre os órgãos do poder político, ou seja, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, exigindo que não haja qualquer relação de subordinação ou dependência no exercício de suas funções, e, por outro lado, e, ao mesmo tempo, estabelecendo um mecanismo de controle mútuo entre os três Poderes.

Como técnica de controle estatal, a Constituição adotou a separação dos poderes de cada um dos entes federativos. Dessa forma, existem os poderes legislativos e executivos em âmbito federal, estadual, municipal e distrital e existe o Poder Judiciário em âmbito federal e estadual. (MOREIRA, 2018a, p. 25).

Deveras pertinente é a explicação de Dirley da Cunha Júnior, com relação à separação de poderes, conforme suas palavras:

O fenômeno da separação de Poderes não é senão o fenômeno da separação das funções estatais, que consiste na forma clássica de expressar a necessidade de distribuir e controlar o exercício do Poder político entre distintos órgãos do Estado. O que corretamente, embora equivocadamente, se convencionou chamar de separação de Poderes, é, na verdade, a distribuição e divisão de determinadas funções estatais a diferentes órgãos do Estado. Deveras, como o poder é uno e indivisível, não há falar em separação de Poderes, mas, sim, em separação de funções do Poder político ou simplesmente de separação de funções estatais. Insistimos: não é o poder que é divisível, mas, sim, as funções que o compõem e se manifestam por distintos órgãos do Estado. (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 515).

De acordo com a Constituição Federal de 1988, os poderes são independentes, pois possuem atribuições específicas e típicas, não sendo permitida nenhuma interferência senão as próprias previstas constitucionalmente. Além disso, também confere independência aos poderes as autonomias previstas na Constituição. Considerando os dias atuais, e levando em conta as configurações políticas do cenário brasileiro, Ferreira e Martins Junior explicam que:

A separação de poderes carrega a mais difusa polissemia de toda a dogmática do direito público, posto que aponta simultaneamente para os princípios de desagregação e de composição, num sistema de freios e contrapesos. Entretanto, tal equilíbrio de forças não resultará necessariamente na concretização do princípio da igualdade problemática do Estado de Direito considerando que essa visão redutora da separação dos poderes poderá proporcionar a hegemonia de uma formação democrática da vontade disposta a invocar uma irrefutável racionalidade discursiva no confronto dos interesses individuais. (FERREIRA; MARTINS JÚNIOR, 2019, p. 33).

Assim, a partir dessa ótica, com relação ao Poder Judiciário, este possui autonomia organizacional e administrativa, conforme o artigo 96 da Constituição Federal/1988, podendo elaborar o seu regimento interno, alterar a sua composição e prover cargos. O Poder Judiciário também possui autonomia financeira, conforme o artigo 99 da Constituição, podendo elaborar a sua proposta orçamentária (BRASIL,

1988). De modo semelhante ao Judiciário, o Poder Legislativo também é independente, já que a sua composição, as suas reuniões e as suas competências estão todas previstas constitucionalmente. Além disso, a Constituição estabelece, nos artigos 51, IV e 52, XIII, respectivamente, a autonomia da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, de modo que, essas Casas Legislativas podem dispor sobre a sua organização e funcionamento e sobre os seus cargos e serviço (BRASIL, 1988). Cabe ao Poder Legislativo, como função típica, a elaboração de leis e a fiscalização orçamentária e financeira da Administração Pública (BRASIL, 1988).

Conforme expresso na Constituição é função típica do Poder Executivo, administrar a Administração Pública, por meio do Presidente da República, em nível federal; sendo que este acumula as funções de chefe de estado e chefe de governo (BRASIL, 1988).

Conforme determina a Constituição Federal brasileira de 1988, só é admitida a interferência de um poder no âmbito de atuação e atribuição de outro, se for no sentido de impedir a incidência de abusos de poder, de forma a garantir a plena e real harmonia entre os poderes ou para garantir e promover as liberdades, assegurando o exercício das funções específicas de cada Poder (BRASIL, 1988).

Além disso, não se admite, sob nenhuma circunstância, qualquer forma de interferência de um poder diretamente sobre o outro. Com relação a esta situação mencionada, cita-se o exemplo, do Presidente da República interferir nos trabalhos legislativos com a intenção de obter aprovação mais rápida de projetos de sua iniciativa ou de seus coligados partidários, por outro lado, lhe é plenamente permitido que solicite urgência no processo de apreciação, condição esta que se encontra disposta no art. 64 § 1º da Constituição Federal de 1988, sob pena de obstruir a pauta das votações das respectivas Casas Legislativas, de acordo com o § 2º do artigo 64, ambos da CF/1988 (BRASIL, 1988).

Buscando garantir a plena independência do Judiciário, o artigo 85, inciso II da Constituição Federal considera como crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra o livre exercício do Poder Judiciário (BRASIL, 1988). Com isso, o Poder Judiciário pode atuar com mais independência em relação ao Executivo. Insta comentar que, a independência, prevista na Constituição, entre os três Poderes não determina exclusividade no exercício das funções que lhe são atribuídas, mas, sim, predominância no seu desempenho.

Como já mencionado, a crescente atuação dos juízes, por exemplo, seja criando direitos ou interferindo na atuação dos outros poderes, tem sido motivado pela crise de representatividade, tanto em relação ao legislativo quanto ao executivo, o que gerou a necessidade de ação por parte do Judiciário (MOREIRA, 2018a).

Ignacio Júnior argumenta

A não concretização pelo Estado de suas funções essenciais (não liberais), leva o Judiciário a se posicionar no exercício de funções típicas do Legislativo e do Executivo. Ainda que não haja omissão dolosa por parte desses poderes, o próprio sistema normativo é rarefeito, não tendo a amplitude possível de contemplar todas as situações hipotéticas. (IGNACIO JÚNIOR, 2015, p.15).

O aparente fracasso do diálogo social, em uma letargia dos representantes eleitos para decidirem questões moralmente controversas, presunção à qual se soma a pretensa autoridade, instituída pela lei fundamental, dos juízes, não eleitos, para interpretar e aplicar normas constitucionais em desconformidade com os valores e com a moral dominante. Desse modo, os integrantes do Tribunal, assenhorados do poder de última palavra, passaram a conhecer e a julgar questões morais introduzidas nos portais do Supremo Tribunal até mesmo por partidos políticos, carregadas com suas diversas ideologias seculares (BOAS, 2021).

Essas ações do Judiciário não implicam em desrespeito a separação dos poderes, mas sim, refere-se à necessidade de manifestar-se ao ser provocado, garantindo direitos quando o Legislativo e o Executivo se omitem.

2.3 A CAPACIDADE DE O JUDICIÁRIO ABSORVER A INSTABILIDADE GERADA PELO DESRESPEITO À SEPARAÇÃO DE PODERES

Atualmente, no Brasil, o real ponto central do poder político está localizado no Poder Executivo, que compreende o governo e a administração, e que é responsável pelo atendimento das demandas sociais, garantindo e concretizando os direitos fundamentais.

No entanto, Flavia Bellieni Zimmermann assevera que

O próprio Executivo se encontraria sob o crivo do Judiciário e o último, por sua vez, vindo a aplicar as penas e dirimir os conflitos imparcialmente. Por fim, os juízes ficariam obrigados a respeitar e a obedecer as leis, evitando-se o indesejável arbítrio judicial. (ZIMMERMANN, s.d., n.p.).

A Constituição atribui ao Poder Executivo o apanágio de legislar, inclusive, em casos excepcionais, podendo recorrer à medidas provisórias com força de lei e de julgar atos administrativos; além de ter a atribuição de nomear autoridades pertencentes aos outros poderes.

Já o legislativo é o Poder responsável pela criação do direito positivo e pela fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial do Executivo. Além disso, ele também pode dispor, de forma eventual, de sua própria organização, por meio de nomeando cargos, concedendo licenças, férias a servidores, etc., e, ainda, julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade.

O Poder Judiciário é encarregado da aplicação do direito nas hipóteses de conflito, julgando os casos concretos. Ainda conforme dispõe a Constituição brasileira, há a previsão da possibilidade do poder Judiciário suprimir ausências legislativas, exercendo atividade legiferante, executando o controle constitucional de normas e políticas públicas (BRASIL, 1988).

O modelo de presidencialismo consagrado pela Constituição de 1988 conferiu ao Judiciário e aos seus integrantes capacidade de agirem politicamente, quer questionando, quer paralisando políticas e atos administrativos, aprovados pelos poderes Executivo e Legislativo, ou mesmo determinando medidas, independentemente da vontade expressa do Executivo e da maioria parlamentar. Por outro lado, a instituição possui atribuições de um serviço público encarregado da prestação jurisdicional, arbitrando conflitos, garantindo direitos. (OLIVEIRA, 2017, p. 131).

No entanto, é muito comum que os três poderes, com a finalidade de fiscalização, acabem por extrapolar suas esferas de competência, gerando dessa forma, o que pode gerar grandes conflitos e conseqüentemente crise de governabilidade.

Além disso, como alternativa para alcançar seus objetivos, os poderes passaram a utilizar instrumentos constitucionais, o que implica em maximização da instabilidade do governo. Com isso, a crise brasileira se tornou um ciclo vicioso, resultante da corriqueira invasão, pelo Executivo e Judiciário, das atribuições do Poder Legislativo. Fragilizando ainda mais o Poder Legislativo, que aliado á demora excessiva no processo de criação de leis, ainda vem sofrendo com uma série de escândalos perante a opinião pública, o que repercute para o aumento contínuo do descrédito em sua imagem perante a população e, por conseguinte, intensifica-se cada vez mais a tensão de representatividade e credibilidade. Com o pretexto de

extinguir possíveis lacunas oriundas da imobilidade do Legislativo, os outros dois poderes acabam invadindo excessivamente suas competências, o que acarreta ainda mais para seu enfraquecimento. Neste contexto, o Poder Judiciário, na condição de responsável por garantir a validade da Constituição, assume uma postura mais ativista frente relação à inércia do Legislativo, e, muitas vezes, também, do Executivo, assumindo uma participação mais ampla, intensa e proativa na efetivação dos valores e fins constitucionais. Cabe mencionar que,

O STF faz parte do sistema de governo, mediando as tensões entre os poderes, mas não sobrepondo-se a eles. É preciso considerar que a efetividade das decisões judiciais depende da forma como os atores políticos e a opinião pública reagem a elas. Decisões judiciais podem ser cumpridas ou ignoradas. E quando ignoradas, enfraquecem o poder judicial (OLIVEIRA, 2017, p. 143).

E, além disso, considerando à crise da democracia representativa brasileira e a contínua desconfiança social do Legislativo e Executivo, o Judiciário, muitas vezes, atende melhor às demandas sociais do que os outros poderes que, de acordo com a norma constitucional, seriam os responsáveis por fazê-lo.

A Constituição, enquanto mecanismo que permite a autonomia operacional do sistema jurídico, garante que o mesmo se desvencilhe de apoios externos, tais como o direito natural. Em função disso, a Constituição aparece como condição da reprodução autopoietica do direito moderno, já que possibilita seu fechamento normativo e operacional, fornecendo o limite interno para a capacidade de aprendizado do direito positivo. Isso significa que a Constituição, impede que o sistema jurídico seja bloqueado por expectativas conflitantes de comportamentos que emanam do contexto hipercomplexo da sociedade moderna.

Neste contexto, a Constituição Federal é o documento maior de um país, constituído para a defesa e garantia dos deveres e dos direitos dos cidadãos. Destacando que para Habermas a cidadania não é encarada nem como um ator coletivo, que reflete o todo e age por ele, nem como atores privados, que agem como variáveis independentes em processos de poder que são desenvolvidos de forma cega (HABERMAS, 1995). As mudanças ocorridas durante a história proporcionou alterações importantes para a seguridade dos direitos e deveres de todos. Assim, muitos pesquisadores relatam o surgimento dos direitos fundamentais interligados às mudanças da lei maior.

O processo de conceituação da Constituição tem sido bastante difícil em função dos vários aspectos que a envolvem, pois além de ser a norma que trata de forma expressa de como o Estado está elaborado, ainda traz em si os princípios e fundamentos que norteiam este Estado sem seus deveres e garantia dos direitos de seus cidadãos.

Neste sentido, cita-se Inocêncio Mártires Coelho, o qual refere-se diretamente a dificuldade que essa empreitada representa:

[...] a teoria da constituição, para ser útil à metodologia geral do direito constitucional, deve revelar-se como uma teoria da constituição constitucionalmente adequada, o que só se conseguirá explorando, corretamente, um novo círculo hermenêutico, consistente na interação e na interdependência entre teoria da constituição e experiência constitucional. (COELHO, 2003, p. 19).

A lei maior de um Estado está expressa em sua Constituição Federal, sendo que Lassale explica que nela se encontra “somatória dos fatores reais do poder dentro de uma sociedade.” (apud LENZA, 2008, p. 17).

Ou seja, é na constituição que está expressa a forma de estrutural que o Estado irá assumir em termos de sistema de regime e forma, como unitário ou federativo, sistema presidencialista ou parlamentarista, republicano ou monárquico, e também quanto ao regime de governo, democrático ou autoritarista.

No caso do Brasil, na Constituição Federal de 1988 está definido que trata-se de um país Republicano, Presidencialista e Democrático. Silva explica que a Constituição “só se refere à decisão política fundamental (estrutura e órgãos do Estado, direitos individuais, vida democrática, etc)” (apud LENZA, 2008, p. 17), ficando a cargo das leis constitucionais determinar todos os outros dispositivos normativos.

De forma, que salienta-se, que mesmo que um determinado dispositivo normativo esteja inserido na Constituição, a menos que trate especificamente de fundamentos à qual esta norma pertence, não poderá ser tido como Constituição do Estado, ficando assim claro que a Constituição é ampla e básica, sem ater-se a particularidades normativas.

Por seu conteúdo, a Constituição pode ser considerada sobre aspectos materiais e formais. De modo que cabe a interpretação de José Afonso Silva, o qual entende que quando se trata de normas relacionadas à estrutura do Estado, ao

modo como os Poderes estarão organizados ou ainda aos direitos e obrigações dos cidadãos; está se falando do sentido material. (apud LENZA, 2008). Do ponto de vista material, o que importa para se afirmar se uma norma tem caráter constitucional ou não é o seu conteúdo, desconsiderando-se a forma pela qual esta foi introduzida no ordenamento jurídico. Assim, constitucional é a norma que define e trate das regras estruturais da sociedade e de seus alicerces fundamentais (formas de Estado, governo, seus órgãos etc.).

Com relação às decisões e posicionamentos do Poder Judiciário, Nery Junior salienta a questão de que:

A independência tem uma dupla vertente, pois significa o Poder Judiciário estar livre de interferências institucionais dos Poderes Executivo e Legislativo (CF/1988, art. 2º) e, de outra parte, o órgão judicial e o juiz pessoa física estarem submetidos exclusivamente à lei e não a critérios particulares ou discriminadores (NERY JUNIOR, 2010, p. 136).

Apesar disso, o que se tem observado, é que em meio a uma séria crise política nacional, vislumbra-se um Judiciário que busca na população, mesmo que de maneira velada, apoio e reforço para suas decisões, já que juízes e ministros, e seus posicionamentos quanto às decisões polêmicas, têm ocupado os meios de comunicação e as redes sociais, levando ao conhecimento geral os seus pareceres, como que, na intenção de garantir guarida.

A prova disso é que nunca dantes se teve tanta informação sobre o andamento de processos no STF, além da expressa manifestação dos seus integrantes sobre seus pareceres pessoais. É como se a venda dos olhos da Justiça, tivessem sido removidas, e agora se tem uma Justiça atenta e de olhos bem abertos para se manifestar. E mais que isso, essa mesma Justiça têm permitido que as suas decisões se tornem de conhecimento geral, mas não mais de forma uníssona e coesa, pelo contrário, tem escancarado a votação de cada um dos integrantes seus membros. Neste sentido, André Augusto Salvador Bezerra, menciona:

Os últimos anos testemunharam uma verdadeira descoberta do Poder Judiciário pela população: alguns juízes tornaram-se pessoas conhecidas do grande público, benefícios corporativos à magistratura passaram a ser criticados de forma mais ostensiva e decisões judiciais foram inseridas em discussões para além dos recintos fechados dos tribunais. Por trás dessa descoberta, encontra-se a crise política que o país tem atravessado, insuflada, algumas vezes, por decisões judiciais repletas de polêmicas. (BEZERRA, 2019, p. 1).

O Legislativo e o Executivo sempre foram reconhecidos como Poderes voltados à política. Ocorre que, o momento político atual apresenta uma reconfiguração resultante da judicialização de questões políticas, criada a partir da busca destes outros dois Poderes, no Judiciário para resolver empasses, ou ainda, quando perdem uma decisão deliberativa no Legislativo, e o vencido nas votações políticas recorre ao STF. Esse quadro geral tem repercutido, no Legislativo consultando o STF de modo exacerbado, quanto a questões que sequer caberiam ao Judiciário.

Os importantes ensinamentos de José Afonso da Silva de que deve sempre existir reciprocidade entre os poderes,

[...] com respeito mútuo às prerrogativas de direito atribuídas a cada um dos poderes, já que, nenhum dos poderes possuem independência absoluta sobre a divisão das funções entre os órgãos. Essa classe de interferências, se fazem necessárias, tendo em vista justamente, a efetividade do equilíbrio, visando o bem coletivo, de modo a evitar possíveis arbítrios, de um poder em face do outro, conforme estabelecido pelo sistema de freios e contrapesos. (SILVA, 2005, p. 110).

São orientações que na realidade brasileira atual não têm se evidenciado. Até porque o crescimento do Judiciário em relação aos demais Poderes, está ligado ainda, aos incontáveis casos de corrupção, desvelados a cada dia, criando na população um sentimento de asco para com estes Poderes, desmoralizando-os em relação ao Judiciário, e vendo nos juízes e Ministros os guardiões da verdade, os modelos de retidão e honestidade, os verdadeiros salvadores da pátria.

Em se tratando da experiência constitucional brasileira, verifica-se um nítido e contínuo círculo vicioso entre instrumentalismo e nominalismo constitucional. Isso porque, no Brasil, a legislação constitucional, foi sendo modificada conforme a conjuntura de interesses daqueles que detinham o poder, tornando-se uma arma de luta pelo poder, um instrumento jurídico dos grupos políticos dominantes.

Essa condição se constata ao se analisar o conteúdo das constituições brasileiras; como é o caso da Constituição de 1824, por exemplo. Constituição esta, basicamente estava voltada aos Direitos Cívicos e políticos, os quais alcançaram um limitado nível de realização; isso porque não havia qualquer controle de constitucionalidade das leis, que poderia ser exercido pelo Poder Moderador, o que repercutiu em deturpações no processo de concretização, reduzindo essa

constituição a uma mera promessa. A ineficácia jurídica do texto constitucional era compensada pela sua eficiência política como mecanismo simbólico-ideológico de legitimação.

Já a Constituição de 1891 continuou com o problema da discrepância entre texto constitucional e realidade do processo de poder. As declarações mais abrangentes de direitos, liberdades e princípios liberais mostravam-se contraditórios em relação à estrutura da sociedade imperial, havendo expressiva violação da Constituição em todo o período em que esteve em vigor.

A Constituição de 1946, por outro lado, retomou a constitucionalização simbólica de base social democrática; característica que foi restabelecida e fortificada na constituição de 1988, que teve como função jurídica institucionalizar os direitos fundamentais e o Estado de bem-estar.

Observando o texto constitucional de 1988, observa-se que a declaração de direitos individuais, sociais e coletivos é das mais abrangentes. No entanto, o problema aparece no âmbito da concretização da concretização constitucional. Já que o uso abusivo de medidas provisórias pelo chefe do Executivo acaba interferindo na normatividade do texto constitucional, não possibilitando que o mesmo se concretize como mecanismo de orientação e reorientação das expectativas normativas.

Com isso, a falta de concretização normativo-jurídica do texto constitucional acaba diretamente associada à sua função simbólica, surgindo como álbi ao transferir a culpa para a sociedade desorganizada, descarregando-se de responsabilidade o governo.

Neste contexto, o STF, enquanto órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional, se destaca por ocupar uma posição de status com relação aos demais Juízos e tribunais internos, além de possuir particularidade que o diferencia de todas as outras Cortes Supremas existentes em âmbito supranacional. As garantias auferidas ao Supremo Tribunal Federal têm a função maior de atribuir à essa instituição a devida independência que exerça livremente a Jurisdição, sem estar sujeita a qualquer tipo de pressão por parte do Legislativo e/ou do Executivo, já que não está subordinado a nenhum outro órgão estatal, de forma que sua submissão e obediência são exclusivas à Constituição Federal. Analisando estes aspectos Ferreira e Martins Junior asseveram que:

O Brasil enfrenta, hodiernamente, uma crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo, cada vez mais enfraquecido diante da crescente interferência dos outros poderes em sua esfera de atuação. Desse modo, deve-se buscar mecanismos capazes de conter as intervenções executivas e judiciárias no âmbito do processo de criação das leis, sem, entretanto, impedir o controle recíproco entre os poderes. (FERREIRA; MARTINS JUNIOR, 2019, p. 39).

Badaró menciona que, como já proclamava Calamandrei que “[...] sem independência dos juízes não é possível justiça”, indicando que, a independência, portanto, “[...] está na própria essência do Poder judiciário”. (BADARÓ, 2015, p. 38).

Na atuação concreta do julgador, a independência judicial tem sido definida como a sujeição do juiz somente à lei e à Constituição. Deste modo, mesmo nos sistemas que assim não o preveem, a submissão do juiz somente à lei decorre da própria separação de poderes. As declarações e tratados internacionais de direitos humanos, de uma forma geral, relacionam duas características, assegurando a todos os acusados o direito de serem julgados por um tribunal independente e imparcial não garante, expressamente, o princípio da independência e da imparcialidade do juiz.

Prevê, contudo, uma série de prerrogativas para assegurar a independência dos juízes (CR, art. 95, caput): vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos são o “penhor de independência dos juízes”. (BRASIL, 1988). De outro lado, para garantir o julgamento por um juiz imparcial, estabelece vedações aos magistrados (CR, art. 95, parágrafo único). Além disso, assegura que as partes sejam processadas e julgadas pelo juiz natural (CR, art. 5º, XXXVII e LIII). É tradicional a distinção entre independência externa e independência interna da magistratura.

No entanto, com o aumento considerável dos litígios e da complexidade das lides, o poder Judiciário, ao tomar para si o monopólio da Jurisdição, esbarra em uma realidade por deveras complicada, a qual acaba por comprometer de forma profunda a sua atividade. Fatores como a morosidade processual, a burocratização procedimental e as demandas que aumentam vultuosamente, não permitem que o Judiciário forneça as respostas com a qualidade e com a celeridade que se espera.

Pois bem, o sistema judiciário encontra-se em crise e que esta crise atinge todas as sociedades; o que tem causado desgaste ao Judiciário, em função de sua morosidade tanto pelo número elevado de processos, como pelos entraves e

deficiências processuais, além das altas custas do processo. Mudar esta situação toda não implica em criar novas leis ou alterar a estrutura judicial, mas sim em buscar mecanismos alternativos para a resolução de conflitos.

Em virtude dos problemas que o judiciário vem enfrentando, Cappelletti e Garth (1988) sugerem algumas soluções para efetivar o acesso à justiça; afirmando que o movimento de acesso à justiça pode ser concebido através de três “ondas”:

1ª onda: assistência judiciária;

2ª onda: representação jurídica para os interesses difusos;

3ª onda: enfoque de acesso à justiça.

A primeira onda de acesso à justiça, está voltada à assistência judiciária, prevê a existência de três importantes modelos jurídicos voltados à assistência aos indivíduos de baixa renda, entre os quais estão o “sistema *judicare*”, o “advogado remunerado pelos cofres públicos” e ainda a combinação dos dois sistemas anteriores (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

A segunda onda busca a justiça de interesses públicos, através da representação de direitos coletivos através de ações de sociedades de classe e de interesse público (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

A terceira onda, ainda conforme Cappelletti e Garth (1988, p. 67), visa ampliar a concepção de acesso à justiça, dando-lhe um novo olhar. Ela “inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além”.

Neste novo modelo se pretende analisar as peculiaridades de cada caso, direcionando-os a métodos mais eficazes ao tipo de conflito existente, como se fosse especializar a resolução de conflitos.

Em uma terceira dimensão, esse novo enfoque sobre o acesso à justiça (terceira onda renovatória do acesso à justiça) propõe um amplo e moderno programa e reformas do sistema processual, que se viabilizaria por intermédio: a) da criação de meios alternativos de solução de conflitos (substitutivos jurisdicionais, equivalentes jurisdicionais), tais como alguns já implantados no Brasil (arbitragem, a tomada pelos órgãos públicos ledigimdos às ações coletivas do compromisso de ajustamento de condutas às exigências legais etc.); b) da implantação de tutelas jurisdicionais diferenciadas (podemos citar, no Brasil, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional pretendida; os juizados especiais; o procedimento monitório, etc); c) de reformas pontuais no sistema processual, a fim de torná-lo mais ágil, eficiente e justo. (ALMEIDA, 2007, p. 24).

Para atingir tal objetivo, Cappelletti e Garth (1988), sugeriram reformas nos tribunais, envolvendo a criação de alternativas como procedimentos mais informais:

Os reformadores estão utilizando, cada vez mais, o juízo arbitral, a conciliação e os incentivos econômicos para a solução dos litígios fora dos tribunais. Essas técnicas, é preciso que se diga, podem ser obrigatórias para algumas ou todas as demandas, ou podem tornar-se disponíveis como opção para as partes (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 81).

É consenso que em certas áreas ou espécies de litígios, a solução normal, o tradicional processo litigioso em juízo, pode não ser o melhor caminho para ensejar a vindicação efetiva de direitos, assim, a sociedade moderna possui razões para buscar essas alternativas que fazem parte da essência do movimento de acesso à justiça, qual seja o processo judicial acessível a toda a população, ou que pelo menos deveria ser. Conforme explica Nagão:

[...] a teoria original da separação de poderes ou funções deve ser entendida na conjuntura política em que foi formulada, quando se contestava o regime monárquico então em vigor e se pretendia a vedação de privilégios. De efeito, sob as vestes da jurisdição contemporânea, é essencial o papel de intérprete qualificado das normas jurídicas, nas suas espécies, de acordo com a moderna doutrina, de princípios e regras, sobretudo na época em que, dado o dinamismo da vida moderna, prepondera a opção pela técnica legislativa que confere ao julgador abertura considerável para preenchimento de seu significado valorativo no caso concreto. (NAGÃO, 2015, p. 15).

Assim sendo, ressalta-se, por fim, que as atividades realizadas pela administração pública, não podem ser encaradas como efetivadas pelo indivíduo que ocupa certo cargo público, mas sim executadas pelo Estado. Isso torna essa atividade impessoal, sem ligação com o particular, que somente está representando o Estado, ou está sendo atendido por ele.

O STF encontra-se no ápice do Poder Judiciário, tendo como competência a jurisdição constitucional, assumindo assim, posição de proeminência em relação aos Poderes Executivo e Legislativo. Considerando que este órgão possui natureza jurídica, pode ser considerada uma Suprema Corte híbrida, isso porque, atua não só no exercício dos controles da constitucionalidade das leis e demais atos normativos do poder dirigente, assumindo também outras atribuições que não estão relacionadas ou estão de modo indireto, com aspectos constitucionais, referindo-se á reflexos econômicos, políticos e sociais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho foi desenvolvido abordando o tema “Estado Democrático de Direito e a crise na Separação de Poderes”, ficando delimitado ao estudo da influência da separação de poderes no Estado Democrático de Direito brasileiro. Buscando alcançar os objetivos deste estudo, foram elaborados dois capítulos com base na bibliografia pesquisada. O primeiro objetivo específico que era analisar a influência da Separação de Poderes dentro do Estado Democrático de Direito no Brasil através do (des)respeito ao princípio da segurança jurídica, foi alcançado por meio da construção do primeiro capítulo, no qual se trata do Estado Democrático de Direito e a crise institucional no Brasil, relatando inicialmente sobre o processo de formação dos estados nacionais e a origem da divisão de poderes, para em seguida abordar o caso brasileiro relacionado ao poder moderador e o ativismo judicial, finalizando esse capítulo com a influência da segurança jurídica como elemento estabilizador da democracia. O desenvolvimento deste capítulo indicou que considerando o ativismo judicial, o princípio da segurança jurídica e a multiplicidade das decisões judiciais, é admissível que se deduza que as funções que cabem a cada um dos Três Poderes acabam entrando em conflito.

Em função dessa situação e buscando alcançar o segundo objetivo específico que era verificar a importância da independência do Poder Judiciário e qual a sua influência na manutenção da harmonia entre os Poderes, formulou-se o segundo capítulo. Este capítulo, refere-se ao papel do poder judiciário na defesa de democracia, atentando à influência das decisões judiciais na conjuntura política e a atuação do STF, apresentando a independência do judiciário frente ao desrespeito da separação de poderes, para então, analisar a capacidade de o judiciário absorver a instabilidade gerada pelo desrespeito à separação de poderes.

Além de atingir os objetivos propostos, através da pesquisa bibliográfica realizada, também se conseguiu responder a questão problema norteadora, que era: o desrespeito ao princípio da Separação de Poderes acarreta na instabilidade das instituições democráticas? Uma vez que se verificou inicialmente, que a terminologia “separação de poderes” não é a mais indicada, já que o poder é único, de forma que de fato, trata-se da separação de funções. O desrespeito às atribuições e funções do Legislativo, Executivo e Judiciário implicam na sobreposição de ações de um Poder sobre o outro, o que fere as instituições democráticas, causando instabilidades sim.

Constatou-se que o Poder Judiciário está atuando cada vez de modo mais intenso em questões que caberiam ao Legislativo ou ao Executivo. No entanto, em função da falta de ação destes, acaba o Judiciário assumindo essas demandas, de forma a garantir que se faça cumprir os direitos previstos na Constituição Federal de 1988. No entanto, o Judiciário não o faz de modo isento, já que se tem observado uma exposição exacerbada das suas decisões enquanto instituição, e ainda, de cada um de seus integrantes, chamando a atenção para si, revestindo-se de uma posição de herói nacional, que enfrenta as questões de anseio popular, dando resposta aos impasses deixados pelo Legislativo e Executivo.

O juiz é o representante do Estado e sua decisão é a palavra pública, a resposta do Estado para a causa. Tem a dimensão de fazer história, fazer exemplo e lembrar a todos de que seus direitos serão resguardados e suas obrigações e responsabilidades pelos compromissos assumidos serão exigidas. Esse ente público existe para dar publicidade às questões jurídicas da sociedade e a decisão é tomada por pessoas preparadas, selecionadas de forma rigorosa, mas que nem por isso deixam a sua condição de humanos, falhos e limitados.

Ministro não é poder constitucional, assim como Juiz de Direito, Juiz Federal, Senador e Deputado. São eles membros dos poderes, mas não os representam, sendo, pois inconstitucional e arbitrária qualquer convocação que não parta dos poderes acima elencados.

Considerando que a política nacional brasileira vive um momento delicado, repleto de casos de corrupção e outras procedências ainda mais sérias, como envolvimento de políticos com o crime organizado, facções e milícias, a sobrepujança do Judiciário acaba por menosprezar ainda mais os demais Poderes, o que implica na geração de instabilidade governamental. Obviamente que a apresentação deste cenário é suficiente para que se conclua que o objetivo geral deste trabalho, que era apontar evidências da crise na independência e harmonia entre os três Poderes no Estado Democrático de Direito pós Constituição de 1988; foi alcançado de modo pleno. O tema em estudo é amplo, atual e muito complexo, de modo que, cabe neste momento, salientar que não foi intenção esgotar as discussões que o permeiam, neste breve recorte realizado no presente trabalho. Destaca-se na verdade, o desejo de que esta exígua análise desperte o interesse de realização de pesquisas mais aprofundadas sobre este assunto.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARAÚJO, Livia. Entrevista Especial. **Jornal o Comércio**. Edição impressa de 26/06/2017. Disponível em:
https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/2017/06/politica/569721-poder-judiciario-esta-politizado-demais-afirma-avritzer.html. Acesso em: 10 mai. 2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3. ed. revi, atual, e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A “Última Palavra”, o Poder e a História: o Supremo Tribunal Federal e o Discurso de Supremacia no Constitucionalismo Brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 201, pp. 71-95, 2014.

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Tomo I – Teoria da Constituição**. 8. ed. Bahia: JusPODVIM, 2018.

BEZERRA, André Augusto Salvador. Não é hora de o Judiciário (democrático) se recolher. **Fragmentos Diversitas**. Ano 3, N.30, Fev. 2019. Disponível em:
[https://diversitas.fflch.usp.br/sites/diversitas.fflch.usp.br/files/30.%20Andr%C3%A9%20Augusto%20Salvador%20Bezerra.%20N%C3%A3o%20%C3%A9%20hora%20do%20judiciario%20\(democr%C3%A1tico\)%20se%20recolher.pdf](https://diversitas.fflch.usp.br/sites/diversitas.fflch.usp.br/files/30.%20Andr%C3%A9%20Augusto%20Salvador%20Bezerra.%20N%C3%A3o%20%C3%A9%20hora%20do%20judiciario%20(democr%C3%A1tico)%20se%20recolher.pdf). Acesso em: 19 maio. 2021.

BOAS, Jeronymo Pedro Villas. A crise na separação dos poderes e o ativismo judicial emotivista. **Jus.com.br**. 2021. Disponível em:
<https://jus.com.br/artigos/89612/a-crise-na-separacao-dos-poderes-e-o-ativismo-judicial-emotivista>. Acesso em: 19 maio. 2021.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 19 nov. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 nov. 2019.

BRASIL. **Lei Federal 9.868/1999**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 27 nov. 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do Estado**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010.

CAETANO, Guilherme. Deputado investigado por fake news ministra palestra virtual sobre inquérito do STF: 'Perseguição e censura'. **O Globo Brasil**. 29/05/2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/deputado-investigado-por-fake-news-ministra-palestra-virtual-sobre-inquerito-do-stf-perseguiacao-censura-24452972>. Acesso em 24 mar. 2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Julio Fabris, 1988.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso avançado de Direito Constitucional**. Brasília: IDP, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; SILVA, Samira Souza. A crise da lei no Estado Democrático de Direito e o papel da legística no restabelecimento da racionalidade jurídica. **Rev. Brasileira de Filosofia do Direito**. Maranhão, v. 3, n. 2, p. 36 – 55, Jul/Dez. 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/filosofiadireito/article/view/2400>. Acesso em 24 mar. 2020.

FERREIRA, Tiago dos Santos; MARTINS JUNIOR, Manoel. A tripartição dos poderes no atual contexto brasileiro. Niterói, 2019. 42 f. **Trabalho de Conclusão de Curso** (Graduação em Direito). Universidade Federal Fluminense, Faculdade de Direito, Niterói, 2019.

GONÇALVES, Antonio Baptista. Falência do estado democrático de direito brasileiro!?. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, [S.l.], v. 22, n. 42, p. 67-96, jun. 2018. ISSN 2177-8337. Disponível em: <http://revistaauditorium.jfrj.jus.br/index.php/revistasjrj/article/view/26>. Acesso em: 12 jun. 2021.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. **Revista Lua Nova**, CEDEC, São Paulo, n. 36, 1995.

IGNACIO JUNIOR, Jose Antonio Gomes Ignacio. Ativismo judicial como lampejo do pretérito poder moderador. **EthosJus**. Edição 8, 2015. Disponível em: <https://www.eduvaleavare.com.br/wp-content/uploads/2015/05/artigo7.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2020.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

LYNCH, Christian Edward Cyril. O Poder Moderador na Constituição de 1824 e no anteprojeto Borges de Medeiros de 1933. **Revista de Informação Legislativa**.

Brasília a. 47 n. 188 out./dez. 2010. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/47/188/ril_v47_n188_p93.pdf. Acesso em: 18 jul. 2020.

MACIEL NETO, Pedro Benedito. **Os perigos da judicialização da política e da politização do Judiciário**. 2018. Disponível em: <https://www.brasil247.com/blog/os-perigos-da-judicializacao-da-politica-e-da-politizacao-do-judiciario>. Acesso em: 18 mai. 2021.

MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. A crise das fontes jurídicas enquanto crise do Estado Democrático de Direito. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das leis**. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Edipro, 1987.

MOREIRA, Luiz Fernando Sant'ana. **A independência e harmonia entre os poderes: judicialização da política e ativismo judicial no Brasil**. Rio de Janeiro: 2018a. Disponível em: <http://www.unirio.br/ccjp/arquivos/tcc/2018-1-tcc-luiz-fernando-sant-ana-moreira>. Acesso em: 26 maio 2021.

MOREIRA, Luiz. Judicialização da política. **Brasil 247**. 04 jul. 2018b. Disponível em: <https://www.brasil247.com/blog/judicializacao-da-politica>. Acesso em: 01 abr. 2020.

NAGÃO, Paulo Issamu. A garantia da duração razoável sob a perspectiva da efetividade do processo civil. O contexto da Itália em face da Corte Europeia de Direitos Humanos. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 16, nº 41, p. 67-87, Julho-Setembro/2015.

NERY JR., N. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10. ed. São Paulo: RT, 2010.

OLIVEIRA, Tassiana Moura de; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. Judicialização da política e ativismo judicial: conceitos e o quadro brasileiro. **Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas**. Ano XVI, Nº 26, p 119-136, Abril 2016. Disponível em: http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/download/1673/860. Acesso em: 06 maio 2020.

OLIVEIRA, Rúbia Nazari. **Do Estado Moderno ao Estado Constitucional - Algumas Considerações**. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Artigo%20Rubia%20Nazari%20Oliveira.pdf>. Acesso em 20 abr.2020.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O Supremo Tribunal Federal e a política no Brasil contemporâneo. **Cadernos Adenauer (SÃO PAULO)**, v. 1, p. 125-148, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28 ed. São

Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Enio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 42 n. 167 jul./set. 2005. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/167/ril_v42_n167_p213.pdf. Acesso em: 30 mar. 2020.

SOUZA, Fernanda Brandão de. **O impacto da politização do judiciário sobre a segurança jurídica**: o supremo tribunal federal na crise do estado democrático de direito. Universidade de Brasília. Brasília: 2017. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/17805/1/2017_FernandaBrandaoDeSouza_tcc.pdf. Acesso em: 18 mai. 2021.

VALIM, Rafael Ramires Araujo. **O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo brasileiro**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp091504.pdf>. Acesso em 20 abr. 2020.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. **Revista Direito GV**, n. 4, p. 389-406, São Paulo, jul-dez/2008.

ZIMMERMANN, Flavia Bellieni. Uma **breve análise do “despotismo esclarecido”**: O atentado a separação dos poderes e a problemática da governabilidade brasileira durante os mandatos de FHC. Disponível em: http://www.achegas.net/numero/seis/flavia_z.htm. Acesso em 20 maio 2021.