

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

LUIZ FERNANDO SANT'ANA MOREIRA

**A INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES:  
JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL.**

RIO DE JANEIRO - RJ  
2018

LUIZ FERNANDO SANT'ANA MOREIRA

**A INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES:  
JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL.**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado à Escola de Ciências Jurídicas  
da Universidade Federal do Estado do Rio  
de Janeiro (UNIRIO) como requisito  
parcial à obtenção do grau de Bacharel em  
Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Carlos Vasconcellos

RIO DE JANEIRO - RJ  
2018

LUIZ FERNANDO SANT'ANA MOREIRA

**A INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES:  
JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em \_\_\_\_\_ de 2018.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Professor. Dr. José Carlos Vasconcellos dos Reis – Orientador  
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

---

Professor(a).  
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

---

Professor(a).  
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

## **Dedicatória**

Dedico este trabalho à minha família e aos meus amigos, que muito colaboraram para sua realização.

## Epígrafe

“A expressão tripartição de poderes é considerada imprópria pela doutrina, já que o poder, que emana do povo, é um só, indivisível e indelegável, ele apenas se manifesta por meio de órgãos estatais exercendo suas funções”.

(Ferreira, Pinto. **Comentários a Constituição Brasileira**. Editora Saraiva. 1989. pág. 37.)

## **Resumo**

A atual Constituição Federal estatui que os poderes da República são independentes e harmônicos entre si. De fato, há previsões nesse sentido e o sistema de freios e contrapesos contribui para a harmonia deles. Entretanto, o ativismo judicial é um fenômeno experimentado por diversos países, e no Brasil não é diferente. Esse estudo pretende analisar a teoria da separação dos poderes, a teoria do sistema de freios e contrapesos e as competências de cada um dos poderes, com o objetivo de compreender a crescente atuação do Poder Judiciário em áreas típicas dos outros poderes. Espera-se, com esse estudo, explicar o ativismo judicial, suas causas e possíveis consequências, no futuro, para a democracia.

**Palavras-chave:** Separação de poderes, ativismo judicial, judicialização.

## **Abstract**

The current federal constitution states that the powers of the Republic are independent and harmonic. In fact, there are predictions in this sense and the system of checks and balances contributes to their harmony. However, judicial activism is a phenomenon experienced by several countries, and in Brazil it is no different. This study intends to analyze the theory of separation of powers, the theory of the system of checks and balances and the assignments of each one of the powers, with the purpose of understand the increasing performance of the Judiciary Power in areas typical of the other powers. It is hoped, with this study, to explain judicial activism, its causes and possible consequences, in the future, for democracy.

**Keywords:** Separation of powers, judicial activism, judicialization.

## **Listagem de Ilustrações**

1. Tabela 1 .....	30
2. Gráfico1 .....	37
3. Gráfico 2 .....	49

## Sumário

1. Introdução .....	8
1.1. Apresentação do Tema .....	8
1.2. Objeto e Objetivos .....	9
1.3. Plano de Trabalho .....	10
2. A Separação dos Poderes .....	11
2.1. A Origem da Separação dos Poderes.....	11
2.2. Filósofos da Separação dos Poderes .....	12
2.3. A Separação dos Poderes nas Constituições Brasileiras.....	15
2.4. A Separação dos Poderes na Constituição de 1988.....	20
2.5. O Sistema de Freios e Contrapesos na Constituição de 1988 .....	25
3. Judicialização e Ativismo Judicial.....	31
3.1. Poder Judiciário.....	31
3.2. Judicialização.....	33
3.3. Ativismo Judicial .....	39
3.4. Críticas à Atuação do Poder Judiciário .....	47
4. Conclusão.....	52
4.1. Considerações Finais .....	55
5. Referências Bibliográficas .....	57



## **1. Introdução**

### **1.1. Apresentação do Tema**

Nos termos do parágrafo único do artigo primeiro da Constituição, o poder da República é uno e indivisível, sendo de titularidade do povo. O povo o exerce indiretamente, por meio de seus representantes, ou diretamente, nos casos previstos no ordenamento jurídico.

A atual Constituição Federal consagra o princípio da separação dos poderes, conforme as ideias dos pensadores iluministas John Locke e Charles de Montesquieu. Assumindo a premissa de que o poder é uno, não há que se falar em separação de poderes e sim em separação de funções estatais, muito embora aquela terminologia seja a mais usual e a adotada neste estudo.

Assim, a nossa República repartiu competências para os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, estabelecendo, ainda, mecanismos de controle de um poder pelo outro. Os mecanismos de controle têm o objetivo de obstar o abuso ou o excesso de poder, situações experimentadas no Brasil Imperial (1824/1889), na Era Vargas (1937/1945) e na ditadura militar (1964/1987).

Atualmente, o país passa por uma crise generalizada, que abrange todos os poderes. Autoridades públicas de todas as esferas estão sob a investigação de órgãos de correição, como a Polícia Federal e o Ministério Público. As agendas do Congresso Nacional e da Presidência da República estão voltadas para questões como deliberar sobre denúncias contra o Presidente da República, contra senadores, ministros de estado e tantas outras autoridades públicas.

Nesse cenário, surge o ativismo judicial e a judicialização da política. O Poder Judiciário, como forma de concretizar as disposições e comandos constitucionais, toma decisões afetas aos outros poderes, tais como obrigar o Poder Executivo a oferecer tratamentos e medicamentos de forma pontual ou suspendendo mandatos eletivos. O Poder Judiciário tem assumido o papel de garantidor de direitos básicos e da democracia, seja impondo obrigações ao Poder Executivo ou revendo decisões tomadas pelo Poder Legislativo.

Dessa forma, o tema proposto por esse estudo é estudar não apenas a separação dos poderes e as suas competências constitucionalmente previstas, mas estudar também as interferências permitidas pela Constituição de um poder no outro. O estudo irá além para demonstrar os casos em que um poder se excede ou se omite dando azo para a atuação supletiva de outro poder. É um tema tão relevante quanto urgente, haja vista a nítida crise e tensão entre os poderes constituídos.

## **1.2. Objeto e Objetivos**

O objeto principal do estudo é a consagração da separação dos poderes na Constituição Federal. A pesquisa abordará o estudo da independência e harmonia dos poderes, conferidas pela Constituição através da repartição de competências e pelo sistema de freios e contrapesos.

Serão examinadas as competências constitucionalmente previstas para cada um dos Poderes da República, bem como o remédio cabível no caso de omissão dos poderes em exercer o seu papel. Ainda, o sistema de freios e contrapesos será debatido e a sua importância para a manutenção da democracia será demonstrada.

Também será objeto da pesquisa o ativismo judicial e a judicialização da política, tendo em vista que estão intimamente interligados a separação dos poderes: este surge para dirimir questões controversas em um poder e aquele surge da inércia de um poder em exercer a sua competência.

Os problemas que serão examinados pela presente pesquisa serão: a atuação do Poder Judiciário quando no exercício do ativismo judicial é constitucional? O ativismo judicial e a judicialização da política ferem o princípio da separação dos poderes? Existem limites para essa atuação desencadeada pelo Poder Judiciário?

Dessa forma, serão objetivos da presente pesquisa: 1) analisar a constitucionalidade do ativismo judicial e da judicialização da política, ou seja, inferir se essa atuação judiciária vai contra os ditames da Constituição ou não; 2) analisar se o ativismo e a judicialização ferem o princípio da separação dos poderes consagrado pela Constituição Federal; 3) estabelecer limites teóricos para que o ativismo e a judicialização da política sejam exercidos de forma razoável.

Ao longo da pesquisa, essas respostas serão gradativamente respondidas com base nos ensinamentos da doutrina. As respostas serão dadas de forma esparsa, na medida em que se desenvolve o tema, entretanto, na conclusão, haverá uma seção para discussão desses objetivos.

### **1.3. Plano de Trabalho**

O primeiro capítulo será reservado à introdução. Nesse capítulo da pesquisa será apresentado o tema do trabalho, a justificativa da escolha do tema, a relevância do tema, o problema e a metodologia.

No segundo capítulo, que será o mais teórico, será abordada a idealização do sistema de separação dos poderes no século XVII pelos filósofos iluministas John Locke, Montesquieu e outros e a evolução da separação de poderes no Brasil, abordando desde a época imperial (quando existia a figura do Poder Moderador) até os dias atuais (em que vigora a interdependência e harmonia dos poderes).

Além disso, o segundo capítulo abordará a separação dos poderes prevista na Constituição, com o estudo das competências de cada poder e o sistema de freios e contrapesos, que possibilita a convivência harmônica entre eles. Não haverá estudo sobre as competências administrativas dos poderes, tendo em vista não ser esse o escopo do presente trabalho.

O terceiro capítulo será destinado ao estudo do ativismo judicial, onde serão abordados a origem do ativismo judicial, como funciona o ativismo judicial em outras partes do mundo e as espécies e formas do ativismo judicial. Alguns exemplos do fenômeno serão comentados à título de ilustração. No terceiro capítulo será abordado, também, o estudo da judicialização da política, onde será detalhado o conceito do termo, as suas origens, como funciona o fenômeno em outras partes do mundo. Alguns exemplos do fenômeno serão comentados à título de ilustração.

O quarto capítulo será destinado para o estudo da constitucionalidade, legalidade e legitimidade desses fenômenos. Será feita uma análise do impacto desses fenômenos na harmonia entre os poderes. Esse capítulo conterá a conclusão da pesquisa, relacionando os resultados encontrados e as limitações que a pesquisa não pode contornar.

## 2. A Separação dos Poderes

### 2.1. A Origem da Separação dos Poderes

A teoria da separação dos poderes e do sistema de freios e contrapesos foi consolidada em meados do século XVIII, embora tenha sido perfilhada por diversos filósofos muito antes. Portanto, faz-se mister voltar àquela época para entender o motivo pelo qual, embora já desenhada, a teoria tornou-se mais evidente naquele século.

Nasceu no século XIV um regime que posteriormente viria a ser chamado de Absolutismo, cujo apogeu se deu justamente no século XVIII. Nessa época, todos os poderes se concentravam na figura do rei e não havia distinção entre ele e o próprio estado moderno. Havia, ainda, muitos filósofos que disseminavam essas ideias.

Jean Bodin<sup>1</sup> (1530-1596) dizia que os reis detinham a soberania, o poder de editar leis e de fazê-las serem obedecidas. Thomas Hobbes<sup>2</sup> (1588-1679) asseverava que os homens, por razões de segurança, abriram mão de suas liberdades individuais, transferindo-as para um ser soberano, o rei. Jacques Bossuet<sup>3</sup> (1627-1704) havia criado a teoria de que o poder real era divino e que o rei não devia satisfações a nenhum súdito, mas apenas a Deus.

O Estado Absolutista não conhecia nenhum limite ao seu poder. Era apoiado pela burguesia, ávida pela centralização das moedas e pela facilitação do comércio. Era apoiado pela Igreja, instituição relevante e grandiosa à época. O rei exercia o monopólio da força e da justiça.

O absolutismo, entretanto, passou a ser questionado a partir do final do século XVIII. Foi quando nasceu o movimento iluminista, que teve por escopo a valorização da ciência, da razão e da vida em sociedade. O poder absoluto dos reis passou a ser questionado, dando lugar aos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa.

---

<sup>1</sup> CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As Grandes Obras Políticas de Maquiavel a nossos dias**. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Agir, 1999. p. 56/57.

<sup>2</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro Maria e Beatriz Nizza da Silva. 1ª Edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003. pp. 112/117.

<sup>3</sup> CHEVALLIER, 1999, p. 96. O autor faz um resumo do pensamento de diversos filósofos e entre eles está Jacques Bossuet. Chevallier detalha as ideias de Bossuet constante da obra Política inspirada nas Sagradas Escrituras (1708).

Eram muitas as teorias iluministas, de teor filosófico, literário, econômico e até político. Uma delas foi a propagada por Montesquieu<sup>4</sup> (1689-1755). Ele criticava o poder absoluto dos reis e entendia que o estado deveria se organizar racionalmente, inclusive com a divisão dos poderes.

Muitos filósofos estudaram a teoria da separação dos poderes. Cada um a seu tempo, e de acordo com as realidades de sua época. A teoria sofreu muitas alterações, inclusive em relação às funções estatais, até chegar ao modelo consagrado por Montesquieu. Passa-se a analisar, então, os filósofos e suas teorias sobre o tema.

## 2.2. Filósofos da Separação dos Poderes

Aristóteles (384 AC – 322 AC) é conhecido como o precursor da teoria da separação dos poderes, muito embora tenha sido influenciado por Platão (428 AC – 348 AC) nesse sentido. Aristóteles<sup>5</sup> discorre sobre as formas de governo, destacando qual seria a melhor para proporcionar a *eudaimonia*, a felicidade.

Aristóteles<sup>6</sup> dizia que nenhuma forma de governo seria boa se todos os poderes estivessem concentrados em uma só pessoa. Era necessário, portanto, a divisão dos poderes em deliberativo, executivo e judiciário, muito embora ele mesmo não tivesse deduzido que esses poderes poderiam ser exercidos separadamente e de forma independente.

O poder deliberativo<sup>7</sup>, a ser exercido pelos magistrados, deveria decidir sobre a vida do estado e dos cidadãos, com a participação destes, mas sem direito a voto. O Poder Executivo<sup>8</sup>, também a cargo dos magistrados, seria aquele responsável por executar as deliberações das assembleias. Ao Poder Judiciário<sup>9</sup> cabia fazer a justiça, com base nas deliberações. Questão interessante para Aristóteles era como se daria a escolha dos magistrados, se por voto ou se por sorteio.

---

<sup>4</sup> CHEVALLIER, 1999, p. 140.

<sup>5</sup> ARISTÓTELES. *A Política – Coleção Fundamentos da Filosofia*. 1ª Edição. Editora Ícone, 2017. Livro Seis, Parte V, p. 155. Para Aristóteles, a *eudaimonia* é a felicidade e a meta do ser humana é alcançá-la. No seu estudo, o autor explorou as formas de governo, classificando-as como boas ou ruins, e apontando aquela que era capaz de promover a *eudaimonia*.

<sup>6</sup> Aristóteles, 2017. Livro Quatro, Parte XIV, p. 100.

<sup>7</sup> Aristóteles, 2017. Livro Quatro, Parte XIV, p. 100.

<sup>8</sup> Aristóteles, 2017. Livro Quatro, Parte XIV, p. 101.

<sup>9</sup> Aristóteles, 2017. Livro Quatro, Parte XIV, p. 106.

John Locke (1632 – 1704) também evoluiu na teoria, com algumas dissensões, talvez em razão de sua época. Para ele, não haveria poder deliberativo e sim Poder Legislativo<sup>10</sup>. Ao Poder Legislativo caberia a edição de leis, entretanto algumas regras deveriam ser observadas quando na criação destas. O Poder Legislativo não poderia criar leis em benefício próprio ou se intrometer na propriedade privada, por exemplo.

Para Locke<sup>11</sup>, a função judiciária caberia também ao Poder Legislativo. Os outros dois poderes deveriam ser exercidos pelos reis, o Poder Executivo e o poder Federativo. O Poder Executivo, assim como em Aristóteles, era o poder de fazer cumprir as leis e o Poder Federativo concentraria as competências de um chefe de estado, como manter relações com estados estrangeiros e fazer alianças.

Locke ainda reconhece o poder da prerrogativa<sup>12</sup>. Este não seria exatamente um poder autônomo, mas sim uma das funções do Poder Executivo. Esta seria a atribuição, do Rei, de decidir como agir em casos de omissões legislativas ou em situações extraordinárias.

Montesquieu, contemporâneo à Locke, também propagou ideias sobre a teoria da separação dos poderes. E o lugar e o momento não poderiam ser mais propícios. É claro que a realidade de Locke, na Inglaterra era outra, pois lá se conhecia a Monarquia Constitucional. Entretanto, para Montesquieu, na França, sua teoria caiu como uma luva para as mãos da burguesia e da classe industrial, dando fundamento para a vindoura Revolução Francesa e a queda dos poderes centrados nos reis.

Montesquieu<sup>13</sup> idealizou a existência dos poderes legislativo, executivo e judiciário. Entendeu ele que haveria tirania se as leis fossem criadas pela mesma pessoa que as aplicasse na solução de conflitos, ou ainda que fossem criadas pela mesma pessoa responsável pela sua execução.

Deveria, para ele, haver um poder responsável apenas pela criação das leis (o Legislativo), outro responsável pela execução delas (o Executivo), e outro responsável pela solução dos conflitos com base nelas (o Judiciário). Sua obra divergia da de Locke por não prever o poder da prerrogativa.

---

<sup>10</sup> CHEVALLIER, 1999, p. 112.

<sup>11</sup> CHEVALLIER, 1999, p. 115.

<sup>12</sup> CHEVALLIER, 1999, pp. 113/114.

<sup>13</sup> CHEVALLIER, 1999, p. 140.

Indo mais a fundo, observa-se que ele idealizou, também, que o Poder Legislativo deveria ser escolhido pelo povo<sup>14</sup>, e seria dividido em duas Câmaras. A Câmara Alta representaria os nobres e a Câmara Baixa, o povo. Cada uma deveria ser responsável por limitar a atuação da outra. Ainda, entendia ele que o Poder Executivo deveria ser exercido pelo rei.

Por fim, Montesquieu demonstrou certa preocupação em sua obra com os limites de cada um dos poderes, estabelecendo que as competências de cada um dos poderes deveriam ser repartidas de modo que nenhum poder pudesse controlar outro. A separação dos poderes, para o autor, era necessária para o próprio controle do poder.

Bolingbroke já havia demonstrado preocupação semelhante em suas obras. O autor desenvolveu a teoria dos freios e contrapesos (*checks and balances*), segundo a qual a cada poder, além de sua função típica, caberia uma função atípica de controle do outro<sup>15</sup>. Paulo Bonavides<sup>16</sup> assim declarou sobre Bolingbroke:

“Em Bodin, Swift e Bolingbroke a concepção de poderes que se contrabalançam no interior do ordenamento estatal já se acha presente, demonstrando quão próximo estiveram de uma teorização definida a esse respeito”.

Para Paulo Bonavides<sup>17</sup>, a teoria da separação dos poderes foi bem acolhida nas diversas nações modernas em razão de sua proteção às liberdades individuais. Tanto assim o é que os primeiros estados a adotarem esse princípio em suas constituições foram aqueles que mais lutaram por essas liberdades: os Estados Unidos da América (Constituição de 1787, após a batalha da independência) e a França (Constituição de 1791, durante a Revolução Francesa). Ambas as constituições dedicam artigos em seus textos para tratar da competência dos poderes.

Gonet Branco<sup>18</sup> cita que a Constituição francesa concentrou diversas competências no Poder Legislativo. Para ele, os revolucionários se tornaram verdadeiros representantes do povo no parlamento e ao elaborarem a Constituição francesa diminuíram o poder do executivo, que caberia ao Rei.

---

<sup>14</sup> CHEVALLIER, 1999, p. 141.

<sup>15</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Editora Malheiros, 1996. p. 177.

<sup>16</sup> BONAVIDES, 1996, p. 173.

<sup>17</sup> BONAVIDES, 1996, p. 174.

<sup>18</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 10.

Tal princípio se tornou tão caro para as sociedades modernas que foi positivado em 1789 no artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, a seguir transcrito: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição<sup>19</sup>”.

A partir desse momento, as constituições passaram a prever a separação dos poderes em seu texto, ainda que de forma singela. A expansão do direito napoleônico, levado a cabo pelo general, contribuiu para a difusão desses valores. Nas constituições brasileiras, isso não foi diferente. Passa-se então a analisar a separação dos poderes nas constituições brasileiras.

### **2.3. A Separação dos Poderes nas Constituições Brasileiras.**

As constituições brasileiras também adotaram o princípio da separação dos poderes, que foi evoluindo em nosso ordenamento constitucional ao longo do tempo. Desde a previsão do Poder Moderador, na Constituição de 1824, até a gravação da separação dos poderes como *clausula pétrea* na Constituição de 1988.

Até 1808, o Brasil era apenas uma colônia de Portugal. Nesta data, a família real portuguesa transformou sua colônia em sede do Império português, motivados por um impasse com Napoleão Bonaparte. Em 1822, foi decretada a independência política do Brasil em relação à Portugal. Paulo Bonavides e Paes de Andrade<sup>20</sup> bem asseveram que a figura do monarca foi demasiada importante para a independência, e o império, ao contrário das nações europeias e americanas que experimentavam governos republicanos, tornou-se uma nova monarquia.

Isso explica a peculiaridade da separação dos poderes adotada aqui no século XIX. Na Constituição outorgada de 1824, o artigo 10º previa a existência de quatro poderes, o legislativo, o executivo, o judicial e o moderador, conforme se observa: “Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial”.

Dizia o artigo 98 da Constituição imperial que o Poder Moderador era atribuído ao Imperador, que deveria velar pela harmonia dos demais poderes. Na prática,

---

<sup>19</sup> Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

<sup>20</sup> BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1991. p. 89.



o Imperador nomeava senadores, convocava assembleias gerais, modificava as penas impostas pelo Judiciário, tudo em nome do Poder Moderador e da harmonia dos poderes, conforme assevera Octaciano Nogueira<sup>21</sup>.

Paulo Bonavides e Paes de Andrade<sup>22</sup> assim falaram sobre o Poder Moderador:

“Em suma, o Poder Moderador, qual constava da Constituição, se opunha tanto à doutrina de Montesquieu, da separação de poderes, como à de Constant, que era a doutrina do poder neutro ou Poder Judiciário dos demais poderes”.

Detalhe curioso é que embora o artigo 151 declarasse a vitaliciedade dos juízes, o artigo 154 previa o poder do imperador de cassá-los. Octaciano Nogueira<sup>23</sup> ressaltava que o Poder Judiciário era dependente, vez que o imperador poderia interferir não apenas nas decisões dos juízes, como em sua atuação.

Paulo Bonavides e Paes de Andrade<sup>24</sup> diziam que a própria existência do Poder Moderador era prejudicial para a limitação dos poderes estatais, inclusive pela razão do titular desse poder ser também o titular de outro poder, o executivo. Já diziam Aristóteles e Montesquieu que a concentração de mais de um poder em uma mesma pessoa poderia levar à tirania<sup>25</sup>.

Com o fim do período imperial e a proclamação da República, o Brasil ganhou uma Constituição mais sólida em relação a separação dos poderes, ainda que em teoria. A Constituição de 1891 não previa mais a existência do Poder Moderador, e sim apenas os três poderes clássicos de Montesquieu. Eis o teor do dispositivo constitucional: “Art. 15. São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si”.

Além disso, a Constituição de 1891 adotou a forma federativa de estado e o presidencialismo como forma de governo. Com a adoção da nova forma de estado, criaram-se diversos entes federativos, cada qual com competências distintas. Para o

---

<sup>21</sup> NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras, Volume I**. 3ª Edição. Brasília: Editora do Senado Federal, 2012. pp. 31/32.

<sup>22</sup> BONAVIDES, ANDRADE, 1991, p. 96.

<sup>23</sup> NOGUEIRA, 2012, p. 26.

<sup>24</sup> BONAVIDES; ANDRADE, 1991, pp. 91/92.

<sup>25</sup> Aristóteles, em sua obra *A Política*, e Montesquieu, em sua obra *O Espírito das Leis*, propagaram que a centralização dos poderes poderia ser prejudicial para a sociedade. Para mais informações, ver notas de rodapé 6 e 13.

professor Soares de Pinho<sup>26</sup>, a própria repartição de competências era benéfica para o controle do poder estatal e para a separação dos poderes.

Embora o presidencialismo se traduza em maior independência dos poderes Legislativo e Executivo, um em relação ao outro, da forma que foi introduzido no Brasil se traduziu em centralização dos poderes no Executivo. Antes, os poderes estavam todos no Imperador. Agora, ainda no Executivo, estão concentrados no Presidente.

O Poder Legislativo era exercido pela Câmara, com deputados eleitos a cada três anos, e pelo Senado, com senadores eleitos a cada nove anos, ainda que o voto fosse censitário. Ganhou o legislativo, ainda, inviolabilidade e imunidade. Aliomar Baleeiro<sup>27</sup> chamou atenção para o fortalecimento de legislativo, vez que com a adoção do sistema de governo presidencialista, o executivo não podia mais dissolver o parlamento.

O Poder Executivo passou a ser exercido pelo Presidente da República com o auxílio de diversos ministros, escolhidos livremente pelo próprio Chefe do Executivo. Foi previsto, também, o processo de *impeachment*, verdadeiro instrumento de controle do Poder Executivo pelo legislativo.

O Poder Judiciário também passou a ser mais independente, vez que os juízes não poderiam mais ser cassados pelo executivo. Além disso, foi criada a justiça federal e a estadual, além do Tribunal Supremo, cada um com competências distintas, conforme preleciona Aliomar Baleeiro<sup>28</sup>.

A Constituição de 1934, cuja vigência foi a mais curta de todas as constituições brasileiras, manteve todos os três poderes clássicos, com algumas novidades em relação às competências deles. Eis o teor do dispositivo constitucional que previa a separação dos poderes: “Art. 3º São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si”.

A Constituição de 1934 acabou fortalecendo ainda mais o Poder Executivo. Ficou previsto que o Presidente poderia decretar o estado de sítio e a intervenção, com a

---

<sup>26</sup> SOARES DE PINHO, A. P. **Freios e Contrapesos do Governo na Constituição Brasileira**. Niterói: Imprensa, 1961. p. 30.

<sup>27</sup> BALEEIRO, Aliomar. **Constituições Brasileiras, Volume II**. 3ª Edição. Brasília: Editora do Senado Federal, 2012. p. 30.

<sup>28</sup> BALEEIRO, 2012, p. 31.

autorização do Legislativo. O Executivo ainda seria responsável pelos abusos que cometesse nessas situações excepcionais, conforme salienta Ronaldo Poletti<sup>29</sup>.

O anteprojeto da Constituição previa o unicameralismo, que, contudo, não foi previsto pela Constituição. Entretanto, o poder do Senado foi esvaziado, passando este a auxiliar a Câmara dos Deputados. Para a Constituição de 1934, era a Câmara dos Deputados que de fato deveria exercer o Poder Legislativo, conforme observa Ronaldo Poletti<sup>30</sup>.

O Judiciário continuou dividido em estadual e federal e novos ramos da justiça foram criados: a justiça eleitoral e a justiça militar. Uma mudança que foi prevista pelo artigo 66 foi a proibição do exercício de atividade política e partidária pelos magistrados, proibição inexistente na Constituição anterior.

A Constituição de 1937 acabou por dar mais poderes ainda ao Chefe do Executivo. O seu artigo 175, por exemplo, dizia que o atual chefe do executivo teria o seu mandato renovado e o artigo 80 estabelecia o prazo de mandato de seis anos. O próprio artigo 73 da Constituição de 1937 declarava o Presidente da República como autoridade suprema do Estado.

Paulo Bonavides e Paes de Andrade<sup>31</sup> atentaram para o fato de que a Constituição de 1937 continha diversos dispositivos constitucionais que contrariavam a harmonia dos poderes. Inclusive não havia artigo na Constituição que estabelecesse a harmonia ou a independência deles. O professor Soares de Pinho<sup>32</sup> chegou a essa mesma conclusão.

O artigo 75, “b”, estabelecia que o Presidente da República poderia dissolver o Congresso caso este não aprovasse as medidas previstas em estado de guerra. Já o artigo 96 definia que caso o Presidente da República não concordasse com a decretação da inconstitucionalidade de uma lei pelo Poder Judiciário, ele poderia provocar o Legislativo para deliberar a respeito.

Pelo artigo 170, o Poder Judiciário não poderia conhecer dos atos tomados pelo Presidente em estado de guerra ou de emergência. E pelo artigo 171, durante essas

---

<sup>29</sup> POLETTI, Ronaldo. **Constituições Brasileiras, Volume III**. 3ª Edição. Brasília: Editora do Senado Federal, 2012. p. 33.

<sup>30</sup> POLETTI, 2012, p. 37.

<sup>31</sup> BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 344.

<sup>32</sup> SOARES DE PINHO, 1961, p. 37.

mesmas situações excepcionais, o Presidente da República poderia indicar as partes da Constituição que deixariam de vigorar, tendo por base apenas o seu critério.

O artigo 180 da Constituição de 1937 facultava ao chefe do Poder Executivo editar decretos sobre toda a competência legislativa da União, enquanto não se estabelecesse o Congresso, e assim ele o fez, em muitas ocasiões. O artigo 13 permitia a edição dos decretos, mesmo depois de estabelecido, no período de recesso do Parlamento. A Constituição de 1937 continuou com a justiça militar, entretanto, ficou silente em relação à justiça eleitoral.

Previa, ainda, o artigo 38 que o Poder Legislativo seria bicameral: Câmara dos Deputados e Conselho Federal. Os membros do Legislativo ainda gozariam de imunidade, conforme o artigo 43 da mesma carta. O artigo 50 estabelecia que o Presidente nomearia determinados membros do Conselho Federal (espécie de Senado).

Por fim, o artigo 75, “c”, dava a prerrogativa do Presidente da República de convocar e dissolver o Congresso. Relevante é o fato de que durante o Estado Novo (1937/1945), o legislativo nunca fora convocado. Contraditoriamente, ele já havia sido dissolvido pelo artigo 13 da mesma Constituição.

Outro fato curioso, e que revelava a tendência centralizadora de poderes no Executivo, foi que, muita embora a Constituição adotasse a forma federativa de estado, era o Presidente da República quem escolhia os interventores federais, espécies de governadores de fato dos estados-membros<sup>33</sup>.

Paulo Bonavides e Paes de Andrade<sup>34</sup> criticavam a Constituição outorgada por Vargas em 1937, apelidada de Constituição Polaca. Diziam eles que as competências dos poderes eram meramente formais, tendo em vista que a própria Constituição previa demasiadas intromissões do Presidente da República nos outros poderes. Acerca da separação dos poderes na Constituição de 1937, os autores teceram os seguintes comentários<sup>34</sup>:

A competência dos três poderes na Constituição de 1937 era meramente formal. Os artigos 38 a 49 que tratavam do Poder Legislativo esboroavam-se com o conjunto do texto e, mesmo, com a coexistência de um Conselho Federal criado pelos artigos 50 a 56, usurpando faculdades legislativas com dez

---

<sup>33</sup> É claro que a autonomia dos entes federativos é corolário dos estados federados, e não é objeto deste estudo as características das federações. Entretanto, este exemplo foi utilizado apenas para ilustrar a tendência de concentração dos poderes no Executivo.

<sup>34</sup> BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 345.

dos seus membros escolhidos pelo Presidente da República (...). A competência dos três poderes ficou limitada ao centralismo do Executivo (...).

Com o fim do Estado Novo, a ditadura presidida por Getúlio Vargas desde 1937, o Brasil volta a adotar a separação dos poderes de forma mais harmoniosa. A nova Constituição, promulgada em 1946, ao contrario da anterior que permaneceu silente sobre a separação dos poderes, assim dispunha: “Art. 36. São Podêres da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si”.

A Constituição de 1946 em muito se assemelhava à de 1934. A Câmara e o Senado voltaram a compor o Poder Legislativo, que continua a gozar de imunidade. Soares de Pinho<sup>35</sup> assevera que a bicameralidade, em si, contribui para a separação dos poderes, vez que uma Casa Legislativa serve de limites para a atuação da outra.

Assim como na Constituição de 1946, a de 1967, formalmente, delimitava a esfera de atuação de cada um dos poderes. Embora se tratasse de novo de um período de ditadura, havia previsão da independência e harmonia dos poderes, conforme se observa abaixo: “Art. 6º São Podêres da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Mais uma vez, o Poder Executivo fora fortemente fortalecido constitucionalmente. Além disso, os atos institucionais, na prática, contribuíam para aumentar cada vez mais a predominância do executivo em relação aos demais poderes. O primeiro deles suspendeu a garantia de vitaliciedade dos magistrados e deu poderes ao executivo para cassar os mandatos dos membros do Congresso.

A separação dos poderes no Brasil apresentou diversas facetas desde 1824. Desde a existência de o controverso Poder Moderador até a figura do Presidente da República como autoridade suprema do Estado. Foram séculos de experiências diversas em relação à separação dos poderes, mas que alcançariam a maturidade com a Constituição de 1988.

#### **2.4. A Separação dos Poderes na Constituição de 1988**

No Brasil, etapas foram puladas em relação ao envolvimento da população na vida pública. Isso se deve ao fato de o Brasil colônia ter sido promovido a Império com a

---

<sup>35</sup> SOARES DE PINHO, 1961, p. 41.

vinda da família real portuguesa em 1808 e ao fato de a independência ter sido decretada por um monarca. Porém, após diversas experiências, do presidencialismo ao parlamentarismo, ainda que por um ano, da ditadura à democracia, a Constituição de 1988 solidificou a separação dos poderes no Brasil.

Inclusive, a separação dos poderes é cláusula pétrea, conforme estabelecido pelo artigo 60, §4º da atual Constituição. Pelo artigo 2º da Constituição atual, “são poderes da união, independentes e harmônicos entre si, o legislativo, o executivo e o judiciário”. Para Luis Roberto Barroso<sup>36</sup>, é evidente que a gravação da separação dos poderes como clausula pétrea não engessa todos os artigos que falem sobre a competência dos poderes, mas sim aqueles que contenham o seu núcleo essencial, por exemplo, o que dispõe sobre sua função típica.

É interessante ressaltar que a doutrina majoritária atual entende que o poder é uno e que não há que se falar em divisão dos poderes e sim em separação das funções estatais. O próprio parágrafo único do artigo primeiro da Constituição atual dispõe que o poder é uno e indivisível e que será exercido pelo povo, direta ou indiretamente. Apesar da existência de terminologia técnica, será empregado no presente estudo a denominação clássica de separação dos poderes.

Os poderes são independentes, pois há na Constituição atribuições específicas e típicas de cada um, não se permitindo nenhuma interferência senão as próprias previstas constitucionalmente. Também confere independência aos poderes as autonomias previstas na Constituição.

O Poder Judiciário possui autonomia organizacional e administrativa, conforme o artigo 96 da Constituição Federal, podendo elaborar o seu regimento interno, alterar a sua composição e prover cargos. Além disso, o Poder Judiciário possui autonomia financeira, conforme o artigo 99 da Constituição, podendo elaborar a sua proposta orçamentária.

O Poder Legislativo é independente, pois a sua composição, as suas reuniões e as suas competências estão todas previstas constitucionalmente. Houve períodos, na época imperial e na Era Vargas, em que o Chefe do Executivo poderia dissolver o parlamento ou mesmo decidir quando ele seria convocado.

---

<sup>36</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 172.

A Constituição foi além e estabeleceu a autonomia da Câmara dos Deputados e do Senado Federal nos artigos 51, IV e 52, XIII, respectivamente. Portanto, essas Casas Legislativas podem dispor sobre a sua organização e funcionamento e sobre os seus cargos e serviços.

Mesmo o Ministério Público e o Tribunal de Contas – abstraída a discussão sobre serem poderes ou não e importando apenas que são a própria manifestação da separação das funções estatais – possuem autonomia. Ao Ministério Público, conforme o artigo 127, §2º e 3º da Constituição, é garantida a autonomia funcional, podendo dispor sobre sua organização e funcionamento, e a autonomia financeira, podendo realizar a sua proposta orçamentária.

Os poderes são harmônicos, pois as próprias interferências constitucionais previstas dão a segurança de que já falava Montesquieu. Cada poder tem uma função típica, preponderante, mas também tem uma função atípica, de interferência constitucional e controle do outro poder.

Em razão da adoção da forma federativa de estado, conforme leitura do *caput* do artigo 1º da Constituição Federal, o Brasil é composto de diversos entes federativos: A União, os estados, o Distrito Federal e os municípios. Em todos os entes federativos há a separação dos poderes, com certas particularidades. A princípio, há que se ressaltar a inexistência de Poder Judiciário em nível municipal. Nos municípios existem apenas o Poder Legislativo e o Poder Executivo. Todos os demais entes federativos possuem os três poderes clássicos evidenciados por Montesquieu.

É importante frisar que não é objeto deste estudo as características de um estado federado. Entretanto, é interessante ressaltar que a existência de diversos entes federativos também é uma forma de pulverização do poder.

Além disso, a estrutura e as competências de cada um dos poderes podem variar de acordo com o ente federativo. Por exemplo, o Poder Legislativo federal é bicameral, enquanto nos demais entes federativos ele é unicameral. Entretanto, de modo geral e com algumas peculiaridades, o modelo federal de separação dos poderes, é seguido pelos demais entes. Por esse motivo, o foco do presente estudo será a administração federal.

Pela Constituição atual, o chefe do Poder Executivo é o Presidente da República, em nível federal. Ele acumula as funções de chefe de estado e chefe de

governo. O seu mandato é por prazo certo, cuja duração é de quatro anos. O Poder Executivo possui a função típica de administrar a Administração Pública.

Para a realização desse mister, a Constituição Federal lhe outorgou uma série de competências, como se observa da leitura de artigo 84: nomear e exonerar os seus ministros e exercer, com o auxílio destes, a direção da administração federal, manter relações diplomáticas com estados estrangeiros, entre outras.

O Presidente receberá auxílio do vice-presidente, a quem cabe substituir o presidente nas hipóteses de impedimento e vacância, conforme o artigo 79 da Constituição. Além disso, o chefe do Poder Executivo gozará de privilégios, tais como imunidade penal relativa (artigo 86, §4) e vedação à prisão cautelar (artigo 86, §3).

De acordo com a Constituição Federal, cabe ao Poder Legislativo, como função típica, a elaboração de leis e a fiscalização orçamentária e financeira da Administração Pública. O artigo 44 da atual Constituição adotou o bicameralismo federativo, pelo qual o Poder Legislativo possui duas casas: a Câmara dos Deputados (composta por representantes do povo) e o Senado (composto por representantes dos estados).

Os deputados terão mandato de quatro anos e os senadores de oito anos. O artigo 14 da Constituição estabelece a quantidade mínima de deputados (8) e a máxima (70) por estados. Cada estado, além do Distrito Federal, elegerá três senadores, conforme o artigo 46, §1 da Constituição.

Nos artigos 48, 49, 51 e 52 da Constituição Federal encontram-se as competências do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Aliás, Paulo Bonavides e Paes de Andrade<sup>37</sup> ressaltam que o Legislativo, dada a expansão de suas competências, passou a ser verdadeiramente um poder. Entre elas pode-se citar: reformar a Constituição, legislar sobre todas as matérias de interesse da União e em especial sobre o sistema tributário, sobre impostos, sobre diretrizes orçamentárias e julgar as contas do Presidente da República.

Para o livre exercício de suas funções, o Poder Legislativo também gozará de determinadas prerrogativas. Pelo artigo 53 da Constituição, os deputados e senadores gozam de imunidade material, pelo que são invioláveis, civil e penalmente, pelas suas

---

<sup>37</sup> BONAVIDES; ANDRADE, 1991, pp. 499/500.



palavras e votos. Talvez seja essa a prerrogativa mais relacionada ao exercício do mandato, vez que assegura aos parlamentares que não sofreram represálias em razão de sua atuação legislativa.

Além disso, conforme o §2º do mesmo artigo, os congressistas não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Semelhante prerrogativa possui o Presidente da República, conforme citado anteriormente. Tal garantia talvez tivesse razão de ser no passado histórico do país, quando políticos eram perseguidos em razão de sua orientação ideológica.

Há notícias de que durante a ditadura militar, período compreendido entre 1964 e 1985, políticos eram presos injustamente, torturados ou exilados. Entretanto, apesar da evolução do nosso Estado Democrático de Direito e das instituições democráticas, tal prerrogativa ainda figura no nosso ordenamento jurídico, criando, por vezes, obstáculo à correta persecução criminal.

Por fim, o Poder Judiciário é responsável pela solução dos conflitos, solução definitiva e que será dada conforme às leis. O Poder Judiciário está dividido em justiça comum e especial. A justiça especial compreende os tribunais eleitorais, tribunais militares e tribunais do trabalho. Hierarquicamente, o Supremo Tribunal Federal corresponde à cúpula do Poder Judiciário.

Os membros do Poder Judiciário também gozam de prerrogativas para o livre exercício de sua função. Tais prerrogativas estão previstas no artigo 93, I, II e III da Constituição Federal, respectivamente: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade do subsídio.

A vitaliciedade garante que o magistrado não será destituído de seu cargo, salvo por sentença judicial. Durante o período imperial, conforme dito anteriormente, havia expressa previsão constitucional de cassação de magistrados pelo Imperador.

A inamovibilidade garante que o magistrado não será removido, salvo por interesse público. Também durante o período imperial este expediente era utilizado com o objetivo de punir determinados magistrados ou mesmo com o objetivo de determinar um juiz para causas específicas.

Faz-se mister ressaltar que o artigo 85, II da Constituição Federal considera como crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra o

livre exercício do Poder Judiciário. Dessa forma, o Poder Judiciário pode atuar com mais independência em relação ao Executivo.

Muito se discute acerca da natureza jurídica do Ministério Público e do Tribunal de Contas. Existem autores que os consideram órgãos vinculados aos outros poderes e existem autores que os consideram poderes independentes. Não há dúvida de que as duas instituições exercem funções relevantes e importantes para o nosso sistema democrático.

Entretanto, não cabe classificá-los como sendo de um poder ou de outro, pois não é este o objeto do presente estudo. A existência desses órgãos, considerados autônomos, apenas constata a necessidade da separação das funções estatais. Não haveria justiça se o Poder Judiciário fosse responsável pela acusação e pelo julgamento. Igualmente seria se aquele responsável pela arrecadação e utilização das verbas públicas fosse o mesmo responsável a julgar as contas.

## **2.5. O Sistema de Freios e Contrapesos na Constituição de 1988**

A atual Constituição Federal dispõe de diversas técnicas de controle do poder estatal e de descentralização do poder. Em primeiro lugar, por ser uma federação composta de diversos entes. Ela dedica uma série de artigos (21, 22, 23, 24, 29, 30) para tratar da repartição de competências entre os entes, revelando verdadeira preocupação com a descentralização do poder e com a autonomia dos entes federativos. Dessa forma, cada ente federativo possui um feixe de atribuições, ainda que existam competências comuns a todos eles.

Em segundo lugar, 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. As suas competências variam de acordo com o ente federativo que integram.

Assim, compete ao legislativo federal, entre outras, julgar as contas do Presidente da República e sustar seus atos que exorbitem do poder regulamentador. Compete ao legislativo estadual e ao distrital, entre outras, julgar as contas do Governador do estado e sustar seus atos que exorbitem do poder regulamentador.

Compete ao legislativo municipal, entre outras, julgar as contas do Prefeito e sustar seus atos que exorbitem do poder regulamentador.

Compete ao executivo de cada ente, por exemplo, arrecadar os tributos de sua competência. Ao executivo federal, impostos sobre a importação, a exportação, a renda, produtos industrializados, entre outros. Ao estadual, impostos sobre a circulação de mercadorias, sobre doações e transferência de bens *causa mortis* e sobre a propriedade de veículos automotores. Ao municipal, impostos sobre a transferência de bens *intervivos*, a propriedade de imóvel urbano e sobre serviços.

A competência do judiciário também está dividida entre o judiciário federal e os estaduais. Além disso, a justiça está dividida em comum e especial (militar, eleitoral e trabalhista). Ao judiciário federal, as competências se dividem entre o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais e os juízes federais. Nos estados, as competências se dividem entre os juízes de direito e os Tribunais de Justiça.

Além dessas técnicas gerias de controle do poder estatal, existem diversos outros institutos com a mesma finalidade, como o mecanismo da intervenção, o controle de constitucionalidade das leis, o veto executivo às leis, o mandado de injunção e o processo de *impeachment*.

A intervenção é um importante mecanismo de proteção ao estado federativo, também gravado como *clausula pétrea* pelo artigo 60, §4, I, da Constituição Federal. Entretanto, determinadas hipóteses que ensejam a intervenção são destinadas a proteger a própria separação dos poderes.

É certo que é característica da federação a autonomia dos entes federativos, entretanto, em certas hipóteses definidas nos artigos 34 e 35 da Constituição Federal, um ente federativo intervirá em outro, para assegurar, em última análise, a existência do próprio estado federal. Portanto, extraordinariamente, a União poderá intervir nos estados, no distrito federal e nos municípios situados em territórios federais e os estados poderão intervir nos municípios.

Não cabe no presente estudo analisar todas as hipóteses de intervenção, mas apenas as que estão previstas no artigo 34, IV e VI e no artigo 35, IV. A primeira diz respeito à possibilidade de intervenção para assegurar o livre exercício dos poderes e as outras definem hipótese de intervenção em caso de desobediência à lei ou ordem judicial.

Na primeira hipótese, caso seja coagido o Poder Legislativo ou Executivo estadual, deverão eles solicitar a intervenção federal ao Presidente da República. Caso haja coação ao Poder Judiciário estadual, este deverá solicitar ao Presidente do Supremo, que requisitará ao Presidente da República a intervenção. Gilmar Mendes<sup>38</sup> cita, em sua obra, o seguinte trecho sobre essa hipótese de intervenção:

“O art. 34, IV, prevê a intervenção federal para "garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação". A hipótese ocorre se o poder está "impedido ou dificultado de funcionar". Supõe-se a existência de uma coação imprópria sobre algum dos poderes locais, por exemplo, no caso de os integrantes de um dos poderes serem impedidos de se reunir para a tomada das deliberações que lhe cabem. Mesmo o Executivo pode estar sofrendo constrangimento, "seja porque recusada a posse ao eleito, seja porque não se transfere o poder ao substituto em se verificando o afastamento ou a renúncia”.

No caso de descumprimento de ordem judicial, o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal Superior Eleitoral irão requisitar ao Presidente da República a decretação da intervenção nas hipóteses previstas na Constituição.

Outro mecanismo importantíssimo para o sistema de freios e contrapesos é a participação do Poder Executivo no processo legislativo. É claro que todos os poderes, o Ministério Público e o Tribunal de Contas poderão iniciar o processo legislativo no tocante às matérias de seu interesse, conforme o *caput* do artigo 61 da Constituição Federal, entretanto, apenas o Poder Executivo poderá exercer o veto.

Após discutida e aprovada, a proposição legislativa segue para sanção ou veto do Poder Executivo, conforme o *caput* do artigo 66 e o parágrafo primeiro do mesmo artigo. Apenas estão sujeitos à deliberação executiva os projetos de lei ordinária e complementar. Projetos de emenda constitucional e de decretos legislativos não se submetem à deliberação executiva.

Excluídas as proposições listadas acima, o Presidente da República poderá vetar quaisquer projetos de lei ou de leis complementares, sejam eles de autoria do Congresso, do Poder Judiciário, do Ministério Público ou do Tribunal de Contas. Indiretamente, o executivo exerce o controle sobre todos esses poderes.

Por exemplo, se o Tribunal de Contas apresenta um projeto de lei ao Congresso dispondo que 1/3 de seus membros serão escolhidos pelo próprio tribunal, em nítido descompasso com o §2º do artigo 73 da Constituição Federal, e se este projeto vier

---

<sup>38</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 854.

a ser aprovado, o Presidente da República poderá vetá-lo, contendo o abuso no exercício das atribuições dos poderes.

Dessa forma, o Poder Executivo tem a prerrogativa de vetar, no todo ou em parte, texto de proposição aprovada pelo legislativo<sup>39</sup>. O veto, ainda, pode ser jurídico ou político. Ainda que se considere que o legislativo poderá rejeitar o veto, é de suma importância esse poder de que dispõe o executivo, vez que os dispositivos vetados são devolvidos para reanálise do Poder Legislativo.

É interessante ressaltar que o veto, seja ele parcial ou total, é claramente um mecanismo de controle do Poder Legislativo pelo Poder Executivo. É uma interferência constitucional do Executivo na atividade mais típica do Legislativo, a elaboração de normas jurídicas. Dessa forma, permite-se ao Presidente da República conter os excessos do Congresso, ainda que temporariamente.

E não é apenas o Poder Executivo que tem importante atuação no controle do Poder Legislativo. Ao Poder Judiciário cabe o controle de constitucionalidade das normas jurídicas, sejam elas leis ou atos normativos primários. Portanto, tanto o Poder Executivo quanto o Judiciário controlam a atuação típica do Poder Legislativo, a elaboração de leis.

A Constituição Federal estabelece diversos mecanismos judiciais de controle das leis: a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade (artigo 102, I, a) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (artigo 102, §1º). A ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, embora citada constitucionalmente, é regulada pela Lei nº 9.868/1999.

O Supremo Tribunal Federal é competente para processar e julgar todas as ações descritas acima, desde que provocado pelas partes legítimas. Dessa forma, o Poder Judiciário suspende a eficácia de leis consideradas inconstitucionais, cabendo ao Senado a inócua função de suspender a execução das referidas leis, conforme o artigo 52, X, da Constituição Federal.

E de acordo com o artigo 97 da Constituição Federal, todos os Tribunais de Justiça dos estados poderão declarar a inconstitucionalidade, em abstrato, das leis estaduais ou municipais. E o sistema de controle de constitucionalidade vai além, pois qualquer juiz ou tribunal pode afastar a aplicação, em um caso específico, de lei que considere inconstitucional.

---

<sup>39</sup> BRANCO; COELHO; MENDES, 2009, p. 921.

Dessa forma, ainda que o Congresso derrube o veto do Presidente e promulgue a lei, os legitimados ativos previstos no artigo 103 da Constituição Federal (Presidente da República, Procurador-Geral da República, entre outros) podem requerer a declaração de inconstitucionalidade da lei. A própria legitimação ativa prevista no artigo 103 confere ao Membro do Poder exercer o controle da produção legislativa, ainda que a declaração de inconstitucionalidade compita ao Supremo.

O processo de *impeachment* é mais um mecanismo de controle da atuação dos poderes. Estabelece o artigo 51, I, da Constituição Federal que a Câmara dos Deputados deve autorizar a abertura de processo contra o Presidente, o vice e os ministros de estado. Ainda, de acordo com o artigo 52, I, compete ao Senado Federal julgar essas autoridades.

Assim, caso o Presidente cometa algum dos crimes de responsabilidade definidos pelo artigo 85 da Constituição Federal, o Senado Federal será competente para o seu julgamento, conforme o artigo 86. Dessa forma, garante-se a atuação escoreta do Poder Executivo e de seus auxiliares, vez que a conduta diversa pode levá-los a responder a um processo de *impeachment*, ou seja, a destituição do cargo.

Em nítido compasso com a independência e a harmonia dos poderes, a própria Constituição estabelece como crime de responsabilidade atentar contra o livre exercício de qualquer um dos poderes de qualquer unidade da federação (artigo 85, I) e contra o cumprimento de leis e decisões judiciais (artigo 85, VII).

Em todos os quase 30 anos da atual Constituição, o processo de *impeachment* foi aberto em duas ocasiões, promovendo a destituição dos então presidentes Fernando Collor de Melo (1992) e Dilma Rousseff (2016). Por ser um julgamento político, a sua eficácia como mecanismo de controle de um poder sobre outro é esvaziada, mormente pela aliança entre os poderes motivada pelos partidos políticos.

O mandado de injunção e a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, previstos respectivamente no artigo 5º, LXXI e 103, §2º, traduzem-se em importantíssimo instrumento de controle do judiciário sobre os outros poderes, pois permite que o mesmo cobre dos outros poderes o cumprimento de suas atribuições.

É certo que essas ações visam a combater a inércia dos poderes na regulamentação da Constituição, mas também resta claro que a falta de regulamentação pode impedir o gozo de determinados direitos, razão pela qual faz-se mister que os

poderes atuem conforme suas atribuições, e que os mesmos sejam fiscalizados para dela não se desviarem.

Nessa toada, o judiciário tem sido muito mais ativo no julgamento dessas ações. Houve um tempo em que ele se prestava a apenas declarar a omissão da autoridade competente. Atualmente, o judiciário fixa prazo para o atendimento das providências necessárias e dá soluções para o exercício dos direitos, até que sobrevenha a regulamentação necessária (artigo 8º, I e II, da Lei nº 13.300/2016), em nítido ativismo judicial.

Além das hipóteses descritas acima, diversas são as formas de manifestação do sistema de freios e contrapesos na Constituição atual. Por fim, o quadro abaixo exemplifica outras formas de controle de um poder sobre o outro, o que permite a convivência harmônica dos poderes.

Tabela 1 – Exemplos do sistema de freios e contrapesos

	Exercício de controle sob o Poder Legislativo	Exercício de controle sob o Poder Executivo	Exercício de controle sob o Poder Judiciário
Exercício de controle pelo Poder Legislativo	Escolher dois terços dos membros do Tribunal de Contas da União (art. 73, §2º, II).	Sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (art. 49, V).	Aprovar, previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de Magistrados (art. 52, III, a).
Exercício de controle pelo Poder Executivo	Editar medidas provisórias com força de lei (art. 84, XXVI).	Nomear e exonerar os Ministros de Estado, o presidente e os diretores do banco central (art. 84, I e III).	Conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei (art. 84, XII).
Exercício de controle pelo Poder Judiciário			Compete ao CNJ o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes (art. 103-A, §2º).

Fonte: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

### **3. Judicialização e Ativismo Judicial**

#### **3.1. Poder Judiciário**

O Poder Judiciário é responsável pela aplicação das normas jurídicas aos casos concretos e, para tanto, os magistrados realizam tarefa difícil de interpretar as normas jurídicas. Para Mendes e Branco<sup>40</sup>, é característica de tal poder a solução de conflitos com definitividade, ou seja, as decisões judiciais, após o esgotamento dos recursos, fazem coisa julgada material.

Conforme o artigo 92 da Constituição Federal, integram o Poder Judiciário o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, o Conselho Nacional de Justiça, os Tribunais Regionais, os Tribunais Militares, os Tribunais Eleitorais, os Tribunais do Trabalho e os Tribunais de Justiça. Além disso, o Ministério Público e a Defensoria Pública são órgãos essenciais à justiça.

Aos magistrados, conforme dito anteriormente, é garantida a vitaliciedade, a irredutibilidade dos subsídios e a inamovibilidade, nos termos do artigo 93 da Constituição. Essas garantias permitem aos magistrados o exercício de suas funções com imparcialidade. Dessa forma, o juiz poderá atuar e decidir casos sem temer a perda do cargo ou a remoção compulsória.

E para dar mais autonomia aos magistrados e ao judiciário, a Constituição prevê diversas garantias institucionais para esse poder: proíbe que as garantias dos magistrados sejam disciplinadas por medidas provisórias (artigo 62, §1º, I, c), declara como crime de responsabilidade atos do Presidente da República que atentem contra o Poder Judiciário (artigo 85, II), entre outros.

A Constituição Federal conferiu, ainda, ao Poder Judiciário, importante instituto para a preservação de suas competências: a reclamação. A reclamação está prevista constitucionalmente no artigo 102, I, “I” e no artigo 103-A, §3º, para o Supremo Tribunal Federal; no artigo 105, I, “F”, no caso do Superior Tribunal de Justiça; no artigo 111-A, §3º, no caso do Tribunal Superior do Trabalho. Está prevista, ainda, de forma genérica, no artigo 998 do Código de Processo Civil.

---

<sup>40</sup> BRANCO; COELHO; MENDES, 2009, p. 1083.



A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal com o intuito de preservar a sua competência. Em caso de descumprimento de ordem judicial ou de inobservância de enunciado de súmula, caberá reclamação perante o tribunal correspondente. Dessa forma, o interessado poderá peticionar ao Poder Judiciário em caso de inobservância de suas decisões, garantindo assim a autonomia das decisões judiciais. É um instrumento mais célere, pois não se classifica como uma ação ou recurso.

Mas se a Constituição se preocupou em conceder prerrogativas aos magistrados para viabilizar a sua imparcialidade, também definiu proibições aos mesmos para que dela não se desviem. Pelo artigo 95 da Constituição Federal é proibido aos magistrados o exercício de atividade político-partidária ou o recebimento de quaisquer vantagens, de pessoas naturais ou jurídicas, por atuação em processo.

Como dito anteriormente, é o Poder Judiciário o responsável pela solução dos conflitos. Entretanto, no exercício desse mister, o judiciário tem expandido o campo de abrangência de suas decisões. Dessa forma, o Poder Judiciário tem lançado decisões sobre os mais variados temas, desde aborto até a prisão de senadores.

A própria Constituição Federal estabelece uma serie de direitos, como saúde e educação, sendo da competência do Poder Executivo a promoção de políticas públicas que visem garantir esses direitos. Entretanto, seja por falta de recursos ou por falta de vontade política, tais direitos são ofertados de forma precária, o que leva a população ao judiciário.

Atualmente, a justiça tem proferido decisões obrigando o executivo, em todas as esferas, a fornecer medicamentos de alto custo para doenças graves ou a promover intervenções cirúrgicas em pacientes cuja demora possa gerar danos irreversíveis. O que se vê é o judiciário atuando como gestor público com o intuito de garantir o mínimo existencial para o cidadão que lhe provoca.

O Poder Judiciário assumiu verdadeiro papel de garantidor de direitos e até mesmo da própria democracia. Por ser a atual Constituição extensa e analítica (tratando de temas como saúde, educação, alimentação, transporte, trabalho) e com a crescente judicialização da vida, como preleciona Luis Roberto Barroso<sup>41</sup>, a justiça tem sido instada a se manifestar sobre quase tudo.

---

<sup>41</sup> BARROSO, 2010, pp. 383/384.

O papel do judiciário evoluiu. Se antes a justiça era encarregada de dizer o direito nos casos concretos, agora seu papel vai muito além. O judiciário está substituindo o legislador em mandados de injunção e em ações de inconstitucionalidade por omissão. O judiciário está substituindo o gestor público, obrigando internações e fornecimento de medicamentos.

Não há que se fazer juízo de valor sobre a atuação dos magistrados em todas as esferas da vida, exceto se suas decisões forem extremamente desproporcionais ou ilegais. Na verdade, a crescente atuação do judiciário, que em razão do princípio da inércia somente atua se for provocado, revela insatisfação da população com a atuação dos outros poderes.

Pode-se dizer que no Brasil, a crescente atuação dos juízes, seja criando direitos ou interferindo na atuação dos outros poderes, se deu em razão da recente crise de representatividade, tanto em relação ao legislativo quanto ao executivo.

No Brasil, apenas a partir do final de década de 80 é que os representantes foram eleitos democraticamente, se é que possível fazer tal afirmação. Antes, o país estava mergulhado em uma ditadura por mais de 20 anos, e o Presidente da República era um general, que passava a faixa presidencial a outro. Além disso, os membros do judiciário eram por ele indicados, ao passo que não se esperava do judiciário uma postura que não a conservadora.

Antes disso, o voto era censitário, ou seja, não se admitia que negros, mulheres, analfabetos e pobres votassem. Ora, essa era a composição majoritária da sociedade brasileira, de forma que a crise de representação se revelava nítida. Quem governava estava em nítido descompasso com os anseios da maioria da sociedade.

### **3.2. Judicialização**

Com o fim dos regimes ditatoriais experimentados pelo mundo afora após o período das guerras mundiais, houve uma preocupação mundial em garantir direitos básicos para a população. Não foi diferente no Brasil. Os constituintes de 1988, atentos ao passado recente de ditaduras no Brasil, entenderam por bem positivar direitos básicos e políticas públicas.

As políticas públicas são, em última análise, o resultado da atuação dos poderes legislativo e executivo. Tais poderes devem promover o bem-estar social, tendo em vista que o interesse público é a finalidade essencial de toda atuação estatal. A constitucionalização de direitos e políticas públicas é uma forma de obrigar esses poderes a executarem ações específicas.

Os direitos mais variados são garantidos pela Constituição Federal, basta ler o *caput* do artigo 6º da mesma<sup>42</sup>. A Constituição vai além e estabelece programas e ações sociais: concessão de benefício assistencial ao idoso hipossuficiente (inciso V, artigo 203), erradicação da pobreza e da marginalidade social (inciso III, do artigo 3º), creche gratuita para os filhos dos trabalhadores que tenham até cinco anos (inciso XXV, artigo 7º), entre outros.

E para garantir que todos esses direitos não se transformem em letra morta, a própria Constituição, em uma tentativa de solidificar a sua força normativa, previu mecanismos assecuratórios, como o mandado de segurança (artigo 5º, LXIX), o mandado de injunção (artigo 5º, LXXI) e a ação popular (artigo 5º, LXXIII).

Ainda, pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, insculpido no inciso XXXV do artigo 5º, a justiça, que é inerte, pode ser provocada para dar solução definitiva para um conflito, quaisquer que sejam as partes ou as suas pretensões. Esse foi o terreno fértil para a crescente atuação do Poder Judiciário, resultando na judicialização da vida e no ativismo judicial.

O Poder Judiciário, atualmente, é chamado para decidir causas sobre quase tudo. Tudo está positivado no ordenamento jurídico (seja na Constituição, em leis, em decretos), logo, tudo pode ser judiciliado. A justiça, por sua vez, deve responder aos anseios da sociedade, sempre dentro dos limites de sua competência.

Garapon<sup>43</sup> assevera que:

“A transposição dos problemas humanos e sociais em termos jurídicos compromete os vínculos sociais. O que era solucionado espontânea e implicitamente pelos costumes, deve, doravante, sê-lo formal e explicitamente pelo juiz. Daí, essa judicialização das relações sociais. Por outro lado, devendo justificar toda e qualquer intervenção, a justiça se lança num processo infindo de enunciação da norma social. Pela voz do juiz, o direito se empenha em um trabalho de nominação e de explicitação das normas sociais que transforma em

---

<sup>42</sup> “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” Artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil.

<sup>43</sup> GARAPON, 1998, p. 151.

obrigações positivas o que era, ainda ontem, da ordem do implícito, do espontâneo, da obrigação social”.

Barroso<sup>44</sup> cita diversos motivos para a judicialização dos aspectos da vida: a redemocratização do país, a constitucionalização abrangente e o sistema de controle de constitucionalidade. Para o autor, a redemocratização do país abriu espaço para a atuação livre dos poderes e para a discussão de temas que até então eram proibidos. A constitucionalização abrangente positivou todo tipo de direito, possibilitando demandar o seu efetivo cumprimento. O controle de constitucionalidade, por sua vez, possibilita rever a atuação dos outros poderes.

A justiça se torna cada vez mais presente na vida das pessoas, inclusive pela atuação dos Tribunais de Pequenas Causas, que, com a edição da Lei nº 9.099/1995, se transformaram em Juizados Especiais, com garantia de solução rápida para conflitos do dia a dia, como os despontados nas relações de consumo.

Barroso<sup>45</sup> ainda cita o seguinte sobre a judicialização:

“Ao lado desse exercício amplo de jurisdição constitucional, há um outro fenômeno que merece ser destacado. Sob a Constituição de 1988, aumentou de maneira significativa a demanda por justiça na sociedade brasileira. Em primeiro lugar, pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos. Em seguida, pela circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzido novas ações e ampliado a legitimação ativa para tutela de interesses, mediante representação ou substituição processual. Nesse ambiente, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo. Isso conduz a um último desenvolvimento de natureza política, que é considerado no parágrafo abaixo”.

Tate e Vallinder elaboraram um ótimo estudo em que cita as condições necessárias para o surgimento do fenômeno da judicialização: democracia, separação dos poderes, uso conveniente dos tribunais e a crise das instituições representativas<sup>46</sup>. Para o autor, o desenvolvimento dessas condições seria necessário para o surgimento da judicialização.

Sem democracia, não haverá espaço para a expansão do Poder Judiciário. a realidade brasileira é prova disso. Durante o período imperial, o imperador, em nome do

---

<sup>44</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. 2008. pp. 3/4.

<sup>45</sup> BARROSO, 2010, p. 384.

<sup>46</sup> TATE, C. Neal; VALLINDER, Torborn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995, p. 34.

Poder Moderador, podia cassar ou aposentar juízes. Durante o regime militar, juízes eram destituídos do cargo em razão do Ato Institucional nº 5.

Também se faz necessária, para o surgimento do fenômeno, a separação dos poderes. Quando um poder se sobrepõe aos demais, tal qual aconteceu durante o estado novo e o regime militar (em que o Poder Executivo centralizava a maioria das competências e as exercia de forma exacerbada), não há independência. Um poder não pode atuar independentemente se é coagido por outro.

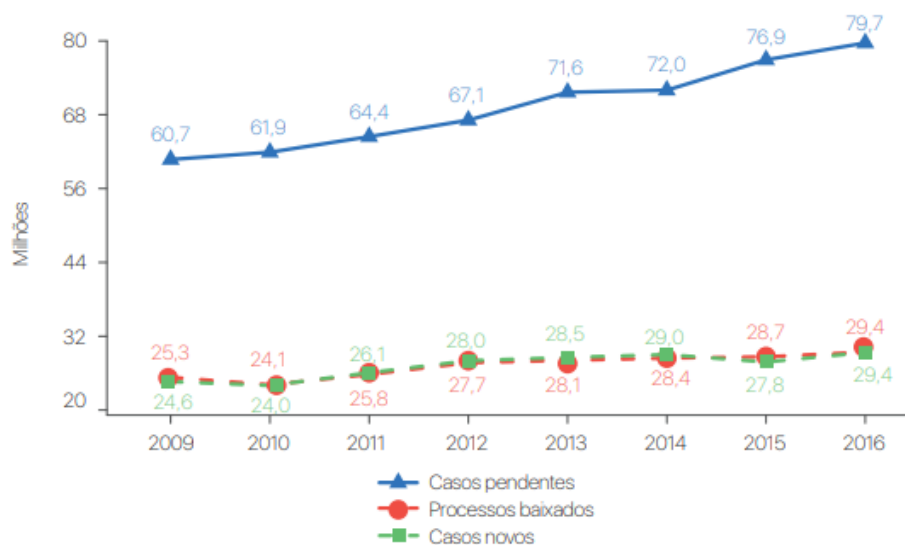
Como a justiça é inerte, os próprios atores políticos são quem demandam a sua intervenção nos litígios. Para o autor, entretanto, a justiça é utilizada convenientemente, ou seja, como um instrumento de apoio aos interesses do agente. Por exemplo, se uma determinada bancada minoritária do Congresso não conseguir derrubar uma proposição, poderá, através da justiça, questionar a sua validade.

Por fim, para o autor, a crise das instituições representativas contribuiu para a judicialização. Os representantes são eleitos pela população com o objetivo de solucionar problemas sociais da comunidade. Cada promessa descumprida representa um voto a menos. A população deixa de confiar nos poderes legislativo e executivo e passa a exigir judicialmente o cumprimento dos seus direitos.

O gráfico abaixo, constante do relatório anual justiça em números, de autoria do Conselho Nacional de Justiça, ilustra bem a crescente atuação do Poder Judiciário na solução de conflitos em geral. Os casos novos de demandas judiciais, representados pela linha verde, vêm aumentando ao longo dos anos. Entre 2010 e 2014, a quantidade de pessoas que ingressavam na justiça era sempre superior ao ano anterior. Houve uma pequena queda entre 2014 e 2015, voltando a crescer de 2015 em diante.

Em 2016, a justiça possuía quase 80 milhões de casos pendentes, e naquele ano ainda entraram quase 30 milhões de casos novos. A quantidade de casos na justiça em 2016 era superior à metade da população brasileira à época, que era de 207,7 milhões, de acordo com censo demográfico realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Se levarmos em consideração que algum desses casos podem ter mais de uma parte (litisconsórcios), há que se concluir que a atuação do Poder Judiciário vem crescendo.

Gráfico 1 – Série histórica de movimentação processual no Poder Judiciário



Fonte: CNJ. Relatório Justiça em números 2017, ano base 2016. DF. p. 68.<sup>47</sup>

A judicialização da vida e das relações sociais vai além e alcança um dos objetos de estudo desta pesquisa: a judicialização da política. Vale transcrever a definição desse fenômeno no pensamento de Habermas<sup>48</sup>, para o autor, a judicialização da política “é o processo ocasionado pela sistematização constitucional que propiciou que algumas questões de larga repercussão política e social fossem trazidas e discutidas pelo Poder Judiciário”.

Tate e Vallinder explicam que a judicialização da política é um fenômeno mundial, experimentado desde a década de 90. De fato, a obra dos dois autores, publicada em 1995, foi responsável pela popularização do termo. Os autores conceituam a judicialização da seguinte forma:

“assim, a judicialização da política deve normalmente significar: 1) a expansão da jurisdição dos tribunais ou dos juízes a expensas dos políticos e/ou dos administradores, isto é, a transferência de direitos de tomada de decisão da legislatura, do gabinete ou da administração pública para os tribunais, ou, pelo menos; 2) a propagação dos métodos de decisão judiciais fora da jurisdição propriamente dita. Em resumo, podemos dizer que a judicialização envolve essencialmente transformar algo em processo judicial”.<sup>49</sup>

<sup>47</sup> Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em números 2017, ano base 2016.

<sup>48</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Volume I. 2ª Edição. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p. 243.

<sup>49</sup> TATE; VALLINDER, 1995, p. 13.

Verbicaro<sup>50</sup> aponta diversos fatores que contribuíram para a judicialização da política no Brasil: 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 crise do Poder Legislativo, dentre outros.

De fato, a atual Constituição contribuiu em muito para a judicialização da vida, das relações sócias e da política, tendo em vista que em seu texto todos esses direitos são assegurados, e uma vez descumpridos, ensejam a sua real efetivação ou a sua reparação. O acesso universal à justiça é inclusive corroborado com a atuação das defensorias públicas, que prestem assistência jurídica aos hipossuficientes, conforme preleciona a própria Constituição.

Para Cappelletti<sup>51</sup>, também contribuí para a judicialização da política a dificuldade do Poder Legislativo em tomar decisões, tendo em vista que aumentou o complexo de suas atribuições. Os parlamentares, de uma forma geral, não costumam tomar partido e estabelecer normas sobre temas sensíveis<sup>52</sup>. Um voto favorável em relação a temas como a descriminalização do aborto ou a “cura gay” poderia custar o mandato na eleição subsequente.

Dessa forma, os legisladores transferem para o judiciário o fardo de tomar decisões nessas matérias, conforme prelecionam Tate e Vallinder<sup>53</sup>. Essa transferência se dá pelo vazio legislativo por eles deixado. Uma vez que não há norma e o interessado exige judicialmente a satisfação de seu direito, o magistrado acaba legislando para dar solução ao caso.

A judicialização e o ativismo judicial são fenômenos que se influenciam, um impulsiona o outro. É bem verdade que existem diversos outros fatores necessários para o surgimento de ambos – todos abordados nessa pesquisa.

---

<sup>50</sup> VERBICARO, Loiane Prado. **Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil**. Revista Direito GV, n. 4, 2008, p. 392.

<sup>51</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993, pp. 43/44.

<sup>52</sup> SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Editora Forum, 2011, p. 11.

<sup>53</sup> TATE; VALLINDER, 1995, p. 32.

### 3.3. Ativismo Judicial

Muitas vezes utilizados como sinônimos, os termos ativismo judicial e judicialização encerram situações distintas, embora muito próximas. Este é a atuação comum do judiciário em áreas em que antes não era demandado, aquele é a sua atuação positiva, dando soluções concretas para situações. Nos dois casos, as decisões do judiciário, em geral, refletem na atuação dos outros poderes.

Decisões judiciais podem ser analisadas tanto pela ótica do ativismo judicial quanto pela ótica da judicialização. É patente que a judicialização da política permitiu, por exemplo, ao Supremo tribunal Federal decidir sobre a fidelidade partidária. Entretanto, a solução contida na decisão judicial é o que determina o ativismo.

Embora não se tenha um conceito claro sobre o que venha a ser o ativismo, tal fenômeno é experimentado pelos poderes judiciários pelo mundo afora. Em cada país, o fenômeno é impulsionado por diversos motivos, tomando contornos distintos. Isso significa dizer que determinada decisão pode ser considerada ativista em uma sociedade específica, mas em outra não.

O termo ativismo judicial surgiu em meados dos anos cinquenta do século passado, época em que a Suprema Corte dos Estados Unidos atuava de forma a defender o direito de algumas minorias, como negros e mulheres, e o bem-estar social. Foi quando a Suprema Corte foi taxada de ativista pela sua jurisprudência progressista<sup>54</sup>. Decisão interessante da Suprema Corte americana, à época, foi a declaração de inconstitucionalidade de leis que promoviam a segregação racial nas escolas.

Entretanto, Renato Jardim da Silva<sup>55</sup> ressalta que em 1803 a Suprema Corte americana declarou inconstitucional uma lei, mesmo sem haver previsão de controle de constitucionalidade na então Constituição da época. Wolfe<sup>56</sup> inclusive esboça um conceito de ativismo judicial bem apropriado: ativismo é a atuação do magistrado, ainda que inovadora, visando alcançar a vontade da lei ou, ainda, ativismo é a modificação na interpretação das normas devido a novas circunstâncias.

---

<sup>54</sup> BARROSO, 2008, p. 7.

<sup>55</sup> SILVA, Renato Jardim da. **A expressão do legítimo ativismo judicial: decisões que respeitam a vontade do constituinte originário à luz dos valores sociais hodiernos**. Monografia (pós-graduação) – Escola Superior do Ministério Público. Brasília, 2009, pp. 27/29.

<sup>56</sup> WOLFE, Christopher: **The rise of modern judicial review. From constitutional interpretation to judge-made law**. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994. p. 76/77.



Alexandre de Moraes<sup>57</sup> cita, em sua obra, o que considera como a primeira decisão ativista da Suprema Corte dos Estados Unidos:

“Aponta-se, como a primeira decisão considerada como ativista, embora inexistisse a terminologia à época, o caso Dred Scott, de 1857, quando julgando uma lei que libertava automaticamente os escravos que ingressassem num território onde a escravidão tivesse sido anteriormente abolida, a Suprema Corte declarou-a inconstitucional, por ferir o direito de propriedade, protegido pela cláusula do *due process of law*. Igualmente, a mesma cláusula do devido processo legal foi invocada na decisão *Lochner v. New York*, de 1905, permitindo que a Corte invalidasse direito social consagrado pela legislação, que passará a limitar a jornada de trabalho dos padeiros a dez horas diárias; o argumento foi de que a lei privava os cidadãos de sua liberdade de contratar”.

Há vasta doutrina que diz que ativista é o juiz que é movido por sua própria vontade, em detrimento da lei. Ora, a administração pública deve observar os princípios da legalidade e impessoalidade insculpidos no artigo 37 da Constituição Federal, logo a atuação judicial ao arpejo da lei não é ativista, e sim ilegal. Não parece essa ser a melhor definição de ativismo.

Luis Roberto Barroso<sup>58</sup> entende que ativismo é uma forma proativa de interpretação das normas, de modo que se expanda o seu sentido e o seu alcance. Deve-se lembrar que no Brasil o casamento homoafetivo é um bom exemplo disso. Consta do §3º do artigo 226 da Constituição que é reconhecida a união estável entre um homem e uma mulher, entretanto, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4227.

Para Barroso<sup>48</sup>, o ativismo se configura em uma forma mais intensa do Poder Judiciário em concretizar os direitos garantidos na Constituição e na lei. Elival da Silva Ramos<sup>59</sup>, por sua vez, conceitua o ativismo como a ação do magistrado voltada para impor aos outros poderes a sua vontade em relação ao que seja justiça.

Novamente, não parece ser essa também a melhor definição de ativismo. Primeiro, pois na atual República não há mais espaço para imposição de vontade de um poder sobre o outro, haja vista a própria separação dos poderes e os mecanismos de controle. Segundo, pois nem sempre há imposição de vontade como diz o autor, e sim mera efetivação provisória de direitos, como nos casos de mandado de injunção.

---

<sup>57</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2014. p. 790.

<sup>58</sup> BARROSO, 2008, p. 6.

<sup>59</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p. 138.

Garapon<sup>60</sup> estabelece acertado conceito de ativismo judicial:

“O ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar”.

Para o autor, a ativismo está intimamente ligado à vontade do magistrado. O magistrado deve ter consciência de que sua decisão trará consequências para o mundo externo, ainda que proferida em um caso específico. Quando ele usa a decisão judicial como ferramenta para estimular (ou desestimular) uma mudança social, terá ele sido ativista.

Alexandre de Moraes<sup>61</sup> aponta que a omissão dos poderes em efetivar normas de aplicabilidade limitada impulsionou o ativismo, obrigando o judiciário a criar soluções para essas omissões. Ainda, ele diz que a reforma do judiciário em 2004 e a criação das súmulas transformaram a justiça em legisladores.

Barroso<sup>62</sup> cita alguns exemplos esclarecedores do que ele entende como uma postura ativista dos magistrados:

“(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”.

É ainda importante ressaltar que o ativismo não pode ser confundido com violação à separação dos poderes ou com a atuação do magistrado orientada por sua vontade de justiça. Ocorre que a justiça é inerte e atua somente mediante provocação. Uma vez provocada, deverá se manifestar sobre o tema, utilizando, inclusive, em caso de lacunas ou omissões, a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, conforme assevera o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Garapon<sup>63</sup> ainda diz que o ativismo é resultado da evolução da democracia. Conforme as suas palavras:

A irrupção do ativismo jurídico só poderá ser compreendida se relacionada a um movimento profundo, do qual ele é apenas uma das manifestações. Não se trata de uma transferência de soberania para o juiz, mas sobretudo de uma

<sup>60</sup> GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas. Justiça e Democracia**. Lisboa: Instituto Piaget. 1998. p. 56.

<sup>61</sup> MORAES, 2014, pp. 789/790.

<sup>62</sup> BARROSO, 2008, p. 6.

<sup>63</sup> GARAPON, 1998, p. 39.

transformação da democracia. (...). Ele (o ativismo) converteu-se na nova linguagem com a qual se formulam as demandas políticas, que, desiludidas com um Estado inativo, se voltam maciçamente para a justiça.

Elival da Silva Ramos<sup>64</sup> identifica diversas causas para o surgimento e o crescimento do ativismo judicial, a saber:

- a adoção, pelo Brasil, do *Welfare-state* desde a Constituição de 1934. Para o autor, os poderes constituídos passaram a ter mais responsabilidade pela promoção do bem-estar da sociedade, passando a intervir cada vez mais em assuntos privados. A partir dessa época foi consolidada a legislação trabalhista, foi ampliado os direitos previdenciários, entre outras. Para ele a expansão das atividades do estado gera o poder de cobrança, através da justiça, desses direitos assegurados<sup>65</sup>.
- a ampliação do controle de constitucionalidade<sup>66</sup>. Primeiro, a ampliação do rol de legitimados aptos a provocar o controle abstrato de constitucionalidade. Se antes apenas o Procurador-Geral de Justiça era legitimado, agora existem outras figuras, como o Presidente da República, os Governadores e outros. A esse fator acrescenta-se a ampliação dos mecanismos de controle, como a criação da ação por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. A expansão do rol de legitimados e a criação de novos instrumentos de controle impulsionaram o ativismo judicial. Mormente pela atual Constituição ser extensa, todos os aspectos da vida podem passar pelo controle de constitucionalidade. Dessa forma, a justiça esta apta a se pronunciar sobre a ação dos outros poderes nas áreas de saúde, educação, trabalho, lazer, esporte, alimentação, segurança, previdência, meio ambiente, livre concorrência e família.

Outros fatores são citados pela doutrina como indutores da expansão do Poder Judiciário e do ativismo:

- a omissão dos poderes em efetivar direitos garantidos em lei, obrigando os interessados em deduzir pretensões judicialmente<sup>67</sup>;
- a criação de mecanismos que propiciem ao judiciário a expansão de suas competências, como as súmulas e o mandado de injunção<sup>63</sup>.

---

<sup>64</sup> RAMOS, 2015, p. 154.

<sup>65</sup> RAMOS, 2015, p. 283.

<sup>66</sup> RAMOS, 2015, p. 291.

<sup>67</sup> MORAES, 2014, p. 789.

- a crise de representatividade, uma vez que o descontentamento da população com os poderes legislativo e executivo abriu espaço para o judiciário<sup>68</sup>;

O contrário do ativismo seria a autocontenção judicial. A autocontenção revela um judiciário tímido, conservador, passivo, que não se envolve em decisões políticas. Durante a ditadura militar, o judiciário atuou com extremo conservadorismo, confundindo a noção de política com abuso de poder. Nessa época, não se recorria ao judiciário para contra o governo, pelo menos não com sucesso.

Postura igual foi adotada pela Suprema Corte da época imperial, quando havia expressa previsão constitucional no sentido de proibir a justiça de deliberar sobre questões políticas. É bem verdade que em momentos em que a democracia se encontrava fragilizada, o Poder Judiciário mantinha postura conservadora.

O Supremo Tribunal Federal já prolatou decisões ativistas de importância considerável para os outros poderes. De fato, desde o início dos anos 2000, o Supremo tem mudado lentamente a sua postura. Seja por mudança de composição ou mesmo por mudanças na realidade brasileira, a atual Corte Suprema proferiu decisões e votos que merecem ser comentados, tendo em vista a sua afinidade com o tema da presente pesquisa.

Passa-se a analisar, então, decisões do Supremo Tribunal Federal que afetaram os outros poderes. Tais decisões servem para ilustrar o papel que o judiciário assumiu. Além de guardião da Constituição e das leis, o Poder Judiciário se revela verdadeiro freio contra os abusos dos outros poderes e guardião, em última análise, da democracia.

A primeira decisão a ser comentada foi a tomada pelo Supremo no âmbito do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12 e do Recurso Extraordinário nº 579.951. Ocorre que o recém-criado Conselho Nacional de Justiça editou em 18/10/2005, a Resolução nº 7. Tal resolução proibia o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário. Muito se discutiu acerca da validade jurídica da resolução, vez que ela era dotada de abstração e generalidade, e não cabia ao Conselho Nacional de Justiça legislar.

---

<sup>68</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O papel político do Poder Judiciário e suas implicações**. In. FRANCISCO, José Carlos. Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012. p. 222/223.

O Supremo votou por declarar a constitucionalidade da referida resolução, pelo que passou a ser proibido o nepotismo no Poder Judiciário. Entretanto, o Supremo foi surpreendido com um caso de nepotismo que chegou à Corte através de recurso especial: a indicação do irmão do vereador e do irmão do vice-prefeito para o exercício de cargos em comissão em determinado município do Rio Grande do Norte. O Supremo tornou inválida a nomeação de um dos agentes.

Posteriormente, a Corte editou a Súmula Vinculante 13, com o seguinte teor:

“A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

Interpretando a Constituição Federal e todos os seus dispositivos, o Supremo vedou a prática do nepotismo em toda a administração pública de todos os poderes. Não havia nenhuma norma tão específica na Constituição acerca do nepotismo. Na verdade, a Constituição é vaga em relação aos cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração.

Levando em consideração os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, todos insculpidos no artigo 37 da Constituição, a Corte editou a referida súmula, declarando que a não há necessidade de lei proibindo o nepotismo, pois tal prática é proibida pela própria Constituição. Inclusive Elival da Silva Ramos<sup>69</sup>, apesar de considerar a decisão ativista, diz que o Supremo realmente estava amparado pelas normas que invocara para fundamentar a decisão e a edição da súmula.

Não há como negar o caráter ativista dessa decisão do Supremo. É claro que a Constituição não deve ser tão analítica a ponto de indicar quais parentes podem ser nomeados para cargos em comissão. Entretanto, a Corte o fez, sob pena de se esvaziar o conteúdo normativo da Constituição. Naquele momento o Poder Judiciário foi provocado para conter o abuso cometido pelos poderes municipais.

Inclusive as súmulas vinculantes são um importante instrumento que acentuam o ativismo judicial. Gilmar Mendes assevera que:

“a súmula vinculante, como o próprio nome indica, terá o condão de vincular diretamente os órgãos judiciais e os órgãos da Administração Pública, abrindo a possibilidade de que qualquer interessado faça valer a orientação do

---

<sup>69</sup> RAMOS, 2015, p. 260.

Supremo, não mediante simples interposição de recurso, mas por meio de apresentação de uma reclamação por descumprimento de decisão judicial”.<sup>70</sup>

A edição de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal está prevista no artigo 103-A da Constituição Federal. Conforme o texto da mesma, as súmulas serão editadas como forma de pacificar o entendimento sobre determinadas normas sobre as quais paira controvérsia judicial ou administrativa. O instituto se tornou tão popular, que até o presente momento já foram editadas 56. Ferreira Filho<sup>71</sup> entende que as súmulas vinculantes são expressão da atividade legislativa do Supremo.

Revela-se o seu caráter ativista, vez que a controvérsia sobre a norma é decidida pelo Supremo. A interpretação dada à norma pelo Supremo é a que deve prevalecer, devendo toda a Administração Pública observá-la quando na execução da norma. Inclusive cabe reclamação constitucional contra decisão ou ato judicial que deixe de observar enunciado de súmula ou que a aplique indevidamente.

Voltando a análise das decisões do Supremo, nota-se postura muito mais conservadora no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 144. Naquela ocasião, a Associação dos Magistrados do Brasil pretendia atacar decisão do Tribunal Superior Eleitoral. A decisão do referido tribunal era contrária aos Tribunais Regionais, que estavam cassando candidaturas em razão da vida pregressa do candidato.

No julgamento da ação, a Corte julgou improcedente a ação. Entendeu a maioria do tribunal que embora o §9º do artigo 14 da Constituição dispusesse que lei complementar trataria sobre essa hipótese de inelegibilidade, tal lei não havia sido editada. Não cabia, na visão do tribunal, cassar candidaturas na ausência da lei, posto que o Poder Judiciário violaria a competência do legislativo e o princípio da separação dos poderes.

Elival da Silva Ramos<sup>72</sup> cita como decisão ativista do Supremo a criação de hipótese de perda de mandato por desfiliação partidária. O Supremo decidiu que a desfiliação partidária é direito lícito do candidato, porém, gera como consequência a perda do mandato, uma vez que este pertence ao partido para o qual o candidato foi eleito.

---

<sup>70</sup> BRANCO; MENDES, 2013, pp. 1089/1090.

<sup>71</sup> FERREIRA FILHO, 2008, p. 268.

<sup>72</sup> RAMOS, 2015, p. 249/250.

Caso emblemático, em que o Poder Judiciário atuou como peça chave no controle do Poder Legislativo, foi a recente prisão da cúpula da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, em 16 de novembro de 2017. Ocorreu que o Tribunal Regional Federal da 1ª Região decretou a prisão preventiva de Jorge Picciani (presidente da Casa Legislativa) e de Edson Albertassi e Paulo Melo (deputados estaduais). Os referidos deputados estaduais estavam sendo investigados pela Polícia Federal no âmbito da operação Cadeia Velha.

A referida Assembleia, em deliberação sobre o caso, entendeu não ser cabível prisão contra parlamentares, revogou a prisão e ordenou que carro oficial fosse até o presídio comunicar a decisão. Em situação totalmente atípica, a Assembleia resgatou deputados presos. O referido tribunal regional restabeleceu a prisão e recorreu à justiça.

Foi quando o Supremo foi chamado a se posicionar. Na ocasião, a maioria dos ministros entendeu que os deputados estaduais não gozavam dos mesmos privilégios que os deputados federais e senadores, muito embora o §2º do artigo 53 da Constituição não falasse nada a respeito.

Ficou decidido no caso em questão que as Assembleias não podiam derrubar prisões de deputados estaduais, ainda que provisórias. Esta foi uma das posturas mais ativistas tomada pelo Supremo. Há quem critique a decisão, pois o tribunal fez distinção não prevista pela própria Constituição. Por outro lado, a Suprema Corte, em atitude louvável, impediu que a Constituição fosse utilizada como escudo para a prática de crimes.

Por fim, merece destaque o julgamento do Mandado de Segurança nº 27.483. Na ocasião em questão, determinada Comissão Parlamentar de Inquérito do Congresso objetivava que operadoras de telefonia lhes enviassem todos os dados obtidos pela justiça por meio de interceptações telefônicas no ano de 2007.

A Corte, em postura ativista, controlando o poder de investigação do Poder Legislativo, denegou o mandado sob o fundamento de que tais dados estão sujeitos a reserva de jurisdição. Mais uma vez o Poder Judiciário atuava de forma a conter os outros poderes.

Não faltam exemplos de decisões judiciais, de todas as instâncias, e que podem ser classificadas como ativistas. Em sua grande maioria, estão relacionadas ao

Poder Executivo e sua obrigação em promover terapias de saúde e em fornecer medicamentos de alto custo para o tratamento de doenças.

Entretanto, é possível achar decisões judiciais que tratam sobre temas sensíveis, como o aborto, a pesquisa sobre células-tronco, a diversidade sexual, a união estável poliafetiva, a progressão de regime prisional e a imposição de medidas cautelares contra autoridades públicas que gozam de foro processual.

### **3.4. Críticas à Atuação do Poder Judiciário**

Embora se trate de fenômenos distintos, Luis Roberto Barroso<sup>73</sup> diz que existem pontos importantes que permeiam os dois fenômenos. Em primeiro lugar, o autor relembra que os poderes executivo e legislativo são preenchidos mediante eleição, ou seja, são membros são representantes eleitos diretamente pela sociedade. O Poder Judiciário, por sua vez, é majoritariamente preenchido por concurso público.

Dessa forma, os poderes eleitos democraticamente podem ter suas decisões invalidadas ou suspensas pelo Poder Judiciário, cujos membros não foram eleitos diretamente. Essa é uma crítica bastante construtiva. Entretanto, é difícil perquirir se os membros eleitos diretamente (como deputados e senadores) estão de fato atuando de forma a representar os eleitores.

É claro que a democracia brasileira é semi-representativa, mas a mera posse em cargo eletivo não se traduz em representação fiel até o término do mandato. Por vezes, autoridades públicas são denunciadas por crimes de corrupção, lavagem de dinheiro e peculato. Certamente não estavam agindo em representação aos seus eleitores.

Há que se reconhecer o risco à democracia, na medida em que os magistrados passam a tomar decisões sobre matérias que tradicionalmente eram decididas pelas instituições representativas. Entretanto, questão difícil de responder é se o judiciário – não eleito democraticamente – é capaz de tomar decisões que representem o sentimento geral da nação.

Alexandre de Moraes<sup>74</sup> reproduz em sua obra citação de Ronald Dworkin sobre o ativismo judicial e o risco à democracia:

---

<sup>73</sup> BARROSO, 2008, p. 10.

<sup>74</sup> MORAES, 2014, p.790.



Não são poucos os doutrinadores que apontam enorme perigo à Democracia e à vontade popular, na utilização do ativismo judicial, pois como salientado por Ronald Dworkin, “o ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige”.

A esse respeito (sobre o risco à democracia), Cappelletti<sup>75</sup> assevera que:

“Os cientistas políticos amplamente demonstram que, mesmo no melhor dos mundos possíveis, a liderança legislativa e executiva, embora tradicionalmente consideradas como diretamente responsáveis pelo povo, nunca constitui, diferentemente do judiciário, perfeito paradigma de democracia representativa. A esse respeito escreve o professor Martin Shapiro: o que realmente emerge da análise do Congresso e da Presidência não é o simples retrato de organismos democráticos majoritários, que dão voz à vontade popular e são responsáveis perante ela, mas antes a complexa estrutura política na qual grupos variados procuram vantagem, manobrando entre vários centros de poder. O que resulta daí não é necessariamente a enunciação da vontade da maioria (...) e sim, frequentemente, o compromisso entre grupos com interesses conflitantes”.

Souza Neto e Sarmiento<sup>76</sup> assinala ainda que o ativismo judicial pode representar um risco para a democracia, tendo em a violação da separação dos poderes. Entende o autor que há indevida usurpação de competências na medida em que o Poder Judiciário invade a seara das competências dos outros poderes.

Ora, havendo determinação constitucional para legislar ou havendo determinação legal para a implementação de políticas públicas e essas atitudes não são tomadas pela autoridade competente, fica caracterizada a mora. A mora, em tese, pode prejudicar a fruição de direitos, pelo que o interessado pode levar a questão à justiça.

Havendo demanda judicial, o juiz há de se pronunciar. Não existe possibilidade de se extinguir um processo, a menos que o pedido seja juridicamente impossível. Assim preleciona o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. No mesmo sentido, o artigo 140 do Código de Processo Civil.

Em um mandado de injunção, por exemplo, a própria lei que regula a ação determinada que, reconhecida a mora, será deferida injunção para que, em prazo razoável, seja editada a norma regulamentadora, conforme o artigo 8º da Lei 13.300/2015. A mera decisão judicial que assinala prazo para edição de norma regulamentadora ou que

<sup>75</sup> CAPPELLETTI, 1993, p. 94/95.

<sup>76</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; **Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial**; Quaestio Juris; Rio de Janeiro; v. 6; n. 2; 2013, p. 150.

estabelece condições para a fruição de direitos não pode ser considerada ativista, vez que é esta a postura que a lei determina para o magistrado.

Barroso<sup>77</sup> também aponta que decisões que condenem o executivo em promover terapias de saúde podem desequilibrar o orçamento. De fato, o Tribunal de Contas da União emitiu relatório após realizar auditoria no Ministério da Saúde, tendo concluído que os gastos da União com judicialização da saúde subiram de 70 milhões para 1 bilhão, de 2008 para 2015. E a quantidade de processos relacionados à saúde tem aumentado, conforme gráfico abaixo:

Gráfico 2 – Quantidade de processos judiciais recebidos pelo Ministério da Saúde



Fonte: Departamento de Logística em Saúde do Ministério da Saúde<sup>78</sup>

De fato, essa é uma das consequências mais visíveis da judicialização. Os governo federal, estadual, distrital e municipal estão gastando mais em razão da judicialização da saúde. Por vezes, os gestores públicos deixam de agir sob a alegação de falta de recursos. A reserva do possível se tornou os limites da atuação dos gestores públicos.

O Poder Judiciário tem a consciência das consequências financeiras de suas decisões. Entretanto, como guardião da segurança jurídica, do ordenamento jurídico, da Constituição, e em última análise, da dignidade da pessoa humana, a justiça precisa velar pelo mínimo existencial. Os magistrados deferem pleitos relacionados à saúde, pois deve-se garantir o mínimo necessário para a existência digna do ser humano.

<sup>77</sup> BARROSO, 2008, p. 16.

<sup>78</sup> Tribunal de Contas da União. Processo TC 009.253/2015-7. Relatório de Auditoria realizado no Ministério da Saúde. Acórdão 1787/2017. Sessão Ordinária de 16/8/2017. p. 17.

A judicialização da saúde e a elevação dos gastos dos entes federativos com saúde apenas revela uma situação fática: o valor dos investimentos em saúde não são suficientes para promover o bem-estar social de todos da forma como deveria. Se fosse suficiente, não haveria tantas demandas judiciais. Os gestores públicos precisam repensar a saúde e os investimentos necessários para a solução desse problema.

Barroso<sup>79</sup> ainda aponta para o risco de politização da justiça. Entretanto, o próprio autor afasta o misticismo da separação entre direito e política. E com razão. O direito é criado em razão da política. Todas as normas jurídicas nascem da vontade política, pelo que o direito e a política não são estranhos um ao outro. É claro que após a criação do direito, a sua aplicação deve se afastar da política, mas não há como negar que o direito nasce da política.

Wolfe<sup>80</sup>, por sua vez, entende que o Poder Judiciário deveria adotar uma postura mais contida quando confrontado com questões políticas. Para ele, o papel do juiz não é decidir sobre a justeza das leis e sim sobre a sua constitucionalidade. Para o autor, as leis são editadas para regular todos os casos, e as decisões judiciais, em regra, valem apenas para as partes, sendo difícil analisar uma lei pautando-se em apenas um caso concreto.

Wolfe<sup>81</sup> ainda assinala que a justiça não deveria rever atos discricionários dos outros poderes, sob pena de ferir o pacto federativo, pois o magistrado adentraria na função típica do outro poder. Há que se concordar em parte com a visão do autor, pois não deve o judiciário se imiscuir no mérito das ações e dos atos administrados. Entretanto, deve sim o judiciário controlar a legitimidade e a legalidade de todas as ações públicas, desde que provocado, sob pena da discricionariedade se transformar em arbitrariedade.

Gilmar Mendes<sup>82</sup> possui entendimento que vai de encontro ao de Wolfe, e diz, em sua obra, que o seguinte:

“Assim, alternando momentos de maior e menor ativismo judicial, o Supremo Tribunal Federal, ao longo de sua história, tem entendido que a discricionariedade das medidas políticas não impede o seu controle judicial, desde

---

<sup>79</sup> BARROSO, 2008, pp. 12/13.

<sup>80</sup> WOLFE, Christopher: **The rise of modern judicial review. From constitutional interpretation to judge-made law**. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994. p. 101.

<sup>81</sup> WOLFE, 1994, p. 103.

<sup>82</sup> BRANCO; COELHO; MENDES, 2009, pp. 551/552.

que haja violação a direitos assegurados pela Constituição. Apesar de que, muitas vezes, é tarefa demasiado complicada precisar os limites que separam uma questão política de outra de natureza jurídica ou não política, tal fato não deve servir de subterfúgio para que o Poder Judiciário se abstenha do cumprimento de seu dever constitucional na defesa dos direitos fundamentais”.

Alexandre de Moraes<sup>83</sup> ainda reproduz em sua obra citação de Barroso sobre o ativismo judicial:

“Não há dúvidas de que a eficácia máxima das normas constitucionais exige a concretização mais ampla possível de seus valores e de seus princípios, porém, em caso de inércia dos poderes políticos, devemos autorizar a atuação subjetiva do Poder Judiciário (Luis Roberto Barroso), mesmo que isso transforme o Supremo Tribunal Federal em um superlegislador, pois imune de qualquer controle, que não seja a própria autocontenção (judicial restraint), ou, devemos restringi-lo, para que não se configure flagrante desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional, usurpando, inclusive, a função legiferante (Elival da Silva Ramos)?”

De qualquer modo, a expansão da atuação do Poder Judiciário é realidade, e não apenas brasileira. Todas as críticas devem ser observadas, pelo próprio Poder Judiciário, a fim de que essa expansão represente uma melhoria para a separação dos poderes e para a democracia.

---

<sup>83</sup> MORAES, 2014, pp. 789/790.

#### 4. Conclusão

Nesse ponto da pesquisa, e de acordo com todos os autores consultados, constata-se que a judicialização é o termo empregado para designar o fenômeno mundial, e cada vez mais crescente, de acessar a via judiciária para solucionar conflitos que outrora as partes poderiam resolver sozinhas. Uma vez não havendo acordo, as partes postulam no judiciário na esperança de pacificar a questão.

Se por um lado, através da judicialização as pessoas buscam efetivar seus direitos, sejam eles contra o Estado ou contra particulares, por outro cria-se um Poder Judiciário com amplos poderes e sobrecarregado. A justiça deixa de ter caráter subsidiário na resolução de conflitos e passa a ser a primeira opção, substituindo a tentativa de acordo entre as partes. Ressalte-se que a justiça é inerte, atuando, portanto, por provocação das partes.

Já o ativismo, de acordo com a doutrina citada, seria a tomada de decisões, pelo Poder Judiciário, sobre questões típicas de outros poderes, de forma que a decisão tomada acarrete em uma obrigação para os outros poderes ou mesmo a desconstituição de um de seus atos. O ativismo judicial é consequência, além de outras coisas, da crise de representatividade. Contudo, o próprio ativismo pode agravar essa crise, pois o Poder Judiciário passa a tomar decisões que os outros poderes deveriam tomar.

Feitas essas digressões, cabe ainda ressaltar que a expansão do Poder Judiciário é criticada, pela doutrina, por diversos motivos: alguns a consideram inconstitucional, outros entendem que ela é uma ofensa a separação dos poderes. Há ainda autores que a enxergam como um risco para a democracia e outros que dizem que o judiciário não possui legitimidade para tomar decisões que caberiam aos outros poderes.

Entretanto, existem autores que a consideram como decorrência da evolução da própria democracia, necessária para a efetiva separação e controle dos poderes e para a garantia dos direitos positivados no ordenamento jurídico.

Passa-se ao momento de discutir os objetivos da pesquisa. Em primeiro lugar, há a questão da constitucionalidade do ativismo e da judicialização. Ao longo da pesquisa e após consulta a vasta bibliografia e legislação, chegou-se a uma conclusão, já abordada na pesquisa, mas que será sintetizada brevemente.

O Poder Judiciário é inerte. Só pode agir mediante provocação. Uma vez provocado, deverá dar solução definitiva ao litígio. A judicialização não pode ser vista como vontade do Poder Judiciário, e sim como opção das partes. Pelo já citado princípio da inafastabilidade da jurisdição, conclui-se pela constitucionalidade da judicialização.

Em relação ao ativismo, não há como chegar a conclusão diferente. A Constituição Federal, em diversos dispositivos, exige postura ativista dos magistrados, por exemplo, quando exige que o Poder Judiciário de ciência aos responsáveis por inconstitucionalidade por omissão e cobre as medidas cabíveis (artigo 103, §2º) ou quando estabelece que as súmulas vinculantes terão eficácia contra toda a administração pública (artigo 103-A, *caput*).

Além da Constituição, a própria legislação interna exige postura ativista do juiz, por exemplo, quando preleciona que havendo lacuna ou obscuridade na lei, o juiz decidirá através dos costumes, da equidade e dos princípios do direito (artigo 4º da Lei de introdução às Normas do Direito Brasileiro e artigo 140 do Código de Processo Civil), ou quando exige que o magistrado assinale prazo para o responsável pela mora adote as providências cabíveis (artigo 8º da Lei 13.300/2015).

Em relação aos objetivos da pesquisa, há ainda que se concluir sobre o ativismo, a judicialização e a separação dos poderes. Por tudo o que foi exposto, conclui-se que a expansão do Poder Judiciário não fere a separação dos poderes.

Ora, diversos dispositivos constitucionais autorizam o Poder Judiciário a tomar decisões cujos reflexos serão sentidos pelos outros poderes. A título de exemplo, o Poder Judiciário poderá declarar leis e atos normativos inconstitucionais (artigo 102, I, “a”), pode editar sumulas vinculantes de observação obrigatória pelos demais poderes (artigo 103-A), pode requisitar a decretação de intervenção federal<sup>84</sup> (artigo 36, I e II), pode relaxar a prisão ilegal efetuada por autoridades policiais (artigo 5º. LXV), entre outros.

A mera decisão que repercute em reflexos nos outros poderes não pode ser caracterizada como ofensa ao princípio da separação dos poderes. Em primeiro lugar,

---

<sup>84</sup> O Tribunal Regional Federal da 2ª Região (RJ e ES) quase recorreu a esse recurso em dezembro de 2017. Ocorre que uma de suas turmas decretou a prisão preventiva da cúpula da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro. Em deliberação sobre a prisão, a Assembleia decidiu pela soltura dos deputados, pelo que eles foram postos em liberdade. O referido Tribunal, reestabeleceu a prisão sob pena de requisição de decretação de intervenção federal ao Presidente da República.

pois a separação estatuída pela Constituição Federal é relativa, de modo que existem determinadas interferências constitucionais permitidas. É o chamado sistema de freios e contrapesos, em que as interferências permitem o controle e a harmonia dos poderes.

Em segundo lugar, pois nem toda decisão voltada para os outros poderes são capazes de ferir o princípio da separação, posto que para tanto seria necessário ferir o núcleo do princípio. Obrigar o Poder Executivo a promover saúde não fere a separação dos poderes, haja vista que essa é uma das funções do gestor público. Entretanto, se a decisão judicial impedisse que o chefe do executivo editasse decretos sem justificativa, aí sim haveria afronta à separação.

Por fim, um dos últimos objetivos da pesquisa era apontar, teoricamente, a postura correta de exercer o Poder Judiciário. O ativismo e a autocontenção são posturas opostas, não devendo o magistrado atuar se orientando em apenas uma delas.

Em determinadas ocasiões, o ativismo será necessário para estabilizar a própria democracia. Em outros momentos, a justiça deve adotar uma postura mais contida e deixar que os outros poderes exerçam suas atribuições de direito.

Não se diga que o juiz deve ser populista e deve decidir de acordo com os anseios da nação. Se assim o fosse, a imparcialidade estaria prejudicada e voltar-se-ia à época da vingança privada. Entretanto, em momentos em que existe dúvida quanto a interpretação da lei ou da norma constitucional, o juiz deve decidir de forma benéfica para a sociedade e para a democracia.

Não faz muito tempo, o Supremo Tribunal Federal deliberava em plenário sobre a possibilidade de se impor prisão e medidas cautelares contra senadores em exercício. Na ocasião, discutia-se se o artigo 53, §2º da Constituição Federal, impedia a imposição de medidas cautelares contra senadores em exercício.

A Constituição não dizia nada a respeito e lamentavelmente o Supremo declinou de sua competência de investigar autoridades com foro privilegiado, pois decidiu que a imposição de medidas cautelares deveriam ser autorizadas pela Casa Legislativa quando implicasse em suspensão do mandato. Foi o que ocorreu na prática.

O Poder Judiciário deixou com que uma prerrogativa constitucional parlamentar fosse desvirtuada e utilizada para acobertar a prática de crimes. Naquele momento, para a democracia, a decisão mais benéfica seria não limitar as medidas cautelares à deliberação da Casa Legislativa.

O que se pretende dizer é que o magistrado deve ser sábio e coerente para atuar conforme os ditames das normas e do senso de justiça. O Poder Judiciário tem o dever de zelar pela democracia, pela dignidade da pessoa humana, e pela justiça.

#### **4.1. Considerações Finais**

A doutrina da separação dos poderes foi pensada como forma de controlar os poderes estatais. Ao longo da história, têm-se exemplos de reis, presidentes e parlamentares exercendo indevidamente o poder que lhes foi conferido pelo povo. Mesmo após a consagração desse princípio em diversos ordenamentos jurídicos internacionais, ainda há preocupação com o exercício do poder.

Os poderes legislativo e executivo, constituído por representantes do povo, tem a responsabilidade de promover o bem-estar social, através da edição de políticas públicas, da criação de programas de governo e da gestão eficiente dos recursos públicos. O presidente da República, o governador, o prefeito, os deputados, os senadores e os vereadores são colocados no poder pela população para gerir a coisa pública.

A partir do momento em que essas pessoas não são capazes de exercer suas competências, nasce a desconfiança. O povo deixa de acreditar em seus representantes. Essa crise gera um ambiente propício para o surgimento de um agente capaz de fazer o que aqueles que foram eleitos não foram capazes. Além disso, a ineficiência na prestação de serviços públicos tira da população o que a Constituição promete: a dignidade.

Não há como negar que o Brasil passa por uma crise generalizada. O Sistema Único de Saúde, embora invejado internacionalmente, não é capaz de atender a demanda. A violência em algumas cidades, principalmente em capitais, tem feito com que o comércio nessas cidades fechasse as portas. Roubos de cargas tornam os produtos mais caros em supermercados e restaurantes. A violência também afasta o turismo.

Todos esses problemas refletem a ausência dos poderes legislativo e executivo em promover reformas estruturais nesses setores. O discurso da falta de recursos orçamentários não se sustenta mais. Talvez até faltem recursos orçamentários, mas o montante de verbas desviadas em muito contribui para essa escassez. Também falta vontade política para mudar a realidade do Brasil.



Eis que surge a justiça. E passa a obrigar gestores públicos a custearem tratamentos médicos e medicamentos de alto custo. Passa a impedir que cartórios se neguem a realizar casamentos entre pessoas do mesmo sexo. Passa a impor medidas cautelares contra senadores em exercício.

A judicialização e o ativismo revelam faces do Poder Judiciário que só existem em razão da ineficiência dos outros poderes. Muitos criticam a atuação dos magistrados dizendo que estes não devem se envolver com política. Mas é a própria política quem pede socorro ao Poder Judiciário.

A expansão do Poder Judiciário tem sido necessária para manter a própria democracia. A judicialização é prova disso. Mais pessoas passaram a recorrer ao judiciário para a solução de seus problemas, sejam eles contra particulares ou contra o próprio Estado. No passado, não era tão comum a intromissão da justiça na vida privada das pessoas. Hoje, a justiça é vista como o terceiro imparcial que contém os abusos e os excessos.

Muito se debate acerca da constitucionalidade do ativismo judicial. Ocorre que ele decorre da própria evolução da democracia. Se exercido dentro de limites cautelosos, o ativismo em muito pode contribuir para a manutenção e a estabilidade da democracia, da federação e da separação de direitos.

É bem verdade que um judiciário ativo, que se envolve demais nas questões políticas e nas políticas públicas pode ser prejudicial. Entretanto, em democracias fragilizadas, em que os poderes às vezes extrapolam as suas competências, o ativismo é bem vindo. E esse é o caso do Brasil. No caso brasileiro, o ativismo judicial é efetivamente um mecanismo de controle dos outros poderes pelo Poder Judiciário.

A judicialização, por sua vez, é um fato, uma realidade. Também pode ser vista como uma evolução da democracia. Ela revela não apenas o descontentamento da população com as ações do governo mas também a saturação das pessoas com excessos cometidos pelas partes com quem elas negociam.

Em suma, a judicialização é uma resposta da sociedade, que, apoiada em um Poder Judiciário presente, está sinalizando que não vai mais tolerar excessos indevidos, sejam eles do governo, de instituições financeiras ou até mesmo do vizinho da esquina.

## 5. Referências Bibliográficas

ARISTÓTELES. **A Política – Coleção Fundamentos da Filosofia**. 1ª Edição. Editora Ícone, 2017.

BALEEIRO, Aliomar. **Constituições Brasileiras, Volume II**. 3ª Edição. Brasília: Editora do Senado Federal, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. In: Consultório Jurídico. 2008. Disponível em < [http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20090130-01.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf) >. Acesso em 25/05/2018.

BENTES, Fernando Ramalho Ney Montenegro. **A separação de poderes da Revolução Americana à Constituição dos Estados Unidos**. Dissertação de Mestrado. PUC Rio de Janeiro. 2006. Disponível em < [https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/Busca\\_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=11347@1](https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=11347@1) >. Acesso em 20/04/2018.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Editora Malheiros, 1996.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1991.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm) >. Acesso em 29 de abril de 2018.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm) >. Acesso 30 de abril de 2018.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm) >. Acesso em 1º de maio de 2018.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm) >. Acesso em 02 de maio de 2018.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1967. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm)>. Acesso em 4 de maio de 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Editora do Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. **Código e Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm) >. Acesso em 02 de junho de 2018.

BRASIL. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Decreto-Lei nº 4.657 de 04 de setembro de 1942. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm) >. Acesso em 25 de maio de 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016**. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm) >. Acesso em 02 de junho de 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As Grandes Obras Políticas de Maquiavel a nossos dias**. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Agir, 1999.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em números 2017, ano base 2016**. DF. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros> >. Acesso em 20/05/2018.

**Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Disponível em < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> >. Acesso em 13/04/2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O papel político do Poder Judiciário e suas implicações**. In. FRANCISCO, José Carlos. Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 34ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas. Justiça e Democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Volume I. 2ª Edição. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro Maria e Beatriz Nizza da Silva. 1ª Edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

KMIEC, Keenan D. **The origin and current meanings of ‘judicial activism’**. In.: *Califórnia Law Review*, 2004. Disponível em < <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview> >. Acesso em 14/04/2018.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003.

MACHADO, Joana de Souza. **Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. Dissertação de Mestrado. PUC. Rio de Janeiro. 2008. Disponível em < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp077037.pdf> >. Acesso em 11/04/2018.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras, Volume I**. 3ª Edição. Brasília: Editora do Senado Federal, 2012.

POLETTI, Ronaldo. **Constituições Brasileiras, Volume III**. 3ª Edição. Brasília: Editora do Senado Federal, 2012.

PORTO, Walter Costa. **Constituições Brasileiras, Volume IV**. 3ª Edição. Brasília: Editora do Senado Federal, 2012.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. 2011. Disponível em < <https://pt.scribd.com/document/128595964/Neoconstitucionalismo-Daniel-Sarmento> > Editora Forum. 2011. Acesso em 01/06/2018.

SILVA, Renato Jardim da. **A expressão do legítimo ativismo judicial: decisões que respeitam a vontade do constituinte originário à luz dos valores sociais hodiernos**. Monografia (pós-graduação) – Escola Superior do Ministério Público. Brasília, 2009. Disponível em < <https://www.yumpu.com/pt/document/view/15533023/a-expressao-do-legitimo-ativismo-judicial-fesmpdf> >. Acesso em 30/05/2018.

SOARES DE PINHO, A. P. **Freios e Contrapesos do Governo na Constituição Brasileira**. Niterói: Editora Imprensa, 1961.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; **Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial**; Quaestio Juris; Rio de Janeiro; v. 6; n. 2; p.119-161; 2013; Semestral.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torborn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

**Tribunal de Contas da União. Processo TC 009.253/2015-7. Relatório de Auditoria realizado no Ministério da Saúde. Acórdão 1787/2017. Sessão Ordinária de 16/8/2017.** Disponível em < <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm> >. Acesso em 23/05/2018.

VERBICARO, Loiane Prado. **Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil**. Revista Direito GV, n. 4, 2008.

WOLFE, Christopher: **The rise of modern judicial review. From constitutional interpretation to judge-made law**. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.