

FACULDADE DE CIÊNCIAS GERENCIAIS DE MANHUAÇU

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O ATIVISMO  
JUDICIAL: Uma reflexão à luz de um estado democrático de direito**

Felipe Carvalho Martins

Manhuaçu  
2018

FELIPE CARVALHO MARTINS

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O ATIVISMO  
JUDICIAL: Uma reflexão à luz de um estado democrático de direito**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Curso Superior de Direito da Faculdade de Ciências Gerenciais de Manhuaçu, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Constitucional  
Orientadora: Prof. Msc. Fernanda Franklin Seixas Arakaki

Manhuaçu  
2018

FELIPE CARVALHO MARTINS

**"O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O ATIVISMO JUDICIAL: Uma  
reflexão à luz de um estado democrático de direito"**

BACHARELADO EM DIREITO

Data: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

Banca Examinadora

---

Nome

---

Nome

---

Nome

Manhuaçu  
2018

## **DEDICATÓRIA**

**Dedico este trabalho a minha família e  
aos amigos que muito me apoiaram e  
me incentivaram a realizá-lo.**

## **AGRADECIMENTOS**

Um agradecimento especial à minha orientadora, professora Fernanda Franklin Seixas Arakaki que muito me ajudou em minha trajetória acadêmica. Agradeço também a todos aqueles que fizeram parte da minha vida e me tranquilizaram nessa longa trajetória.

## **RESUMO**

O presente trabalho busca analisar a legitimidade do ativismo judicial, que se tornou um importante instrumento para a concretização de direitos fundamentais desrespeitados pela inércia do poder público, em um Estado democraticamente instituído como o Brasil. Será analisado como a crise da democracia representativa contribuiu para a violação dos direitos fundamentais, bem como a evolução da teoria dos três poderes para justificar o fortalecimento do judiciário e sua contribuição para a defesa dos direitos garantidos pela Magna Carta, em um Estado democrático de direito. Busca demonstrar, por meio da doutrina, que o ativismo judicial é a forma de suprimir um Estado de coisas inconstitucionais.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional; Ativismo Judicial; Estado de Coisas Inconstitucional; Estado Democrático de Direito.

## **ABSTRACT**

The present work seeks to analyze the legitimacy of judicial activism, which has become an important instrument for the realization of fundamental rights disregarded by the inertia of public power in a democratically established state like Brazil. It will be analyzed how the crisis of representative democracy contributed to the violation of fundamental rights as well as the evolution of the theory of the three powers to justify the strengthening of the judiciary and its contribution to upholding the rights guaranteed by the Magna Carta in a democratic State of law. It seeks to demonstrate, through doctrine, that judicial activism is the way to suppress a state of unconstitutional things.

**Keywords:** Constitutional Law; Judicial Activism; State of Things Unconstitutional; Democratic state.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO .....	8
2. A DEMOCRACIA NO BRASIL E SUA FALTA DE REPRESENTATIVIDADE .....	10
3. A SEPARAÇÃO DOS PODERES .....	13
3.1. Sistema de Freios e Contrapesos.....	17
3.2. Sistema de Freios e Contrapesos no Brasil.....	19
4. DAS VIOLAÇÕES PONTUAIS ÀS SISTEMÁTICAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL.....	22
5. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL.....	24
5.1. O fenômeno do ativismo judicial.....	26
6. ATIVISMO JUDICIAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....	29
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	34
8. REFERÊNCIAS.....	36

## 1. INTRODUÇÃO

Após a promulgação da Constituição Cidadã de 1988 estabeleceu-se no Brasil a figura do estado democrático de direito, que assegura, para todos os brasileiros e estrangeiros no país, direitos humanos fundamentais, tornando-se um meio de acautelar a população de um possível abuso de poder do próprio Estado, bem como garantir a dignidade e a moralidade ao cidadão.

Apesar de toda a prolixidade da Magna Carta para proteger e garantir os direitos e garantias fundamentais, o Brasil, atualmente, passa por diversos problemas políticos e financeiros, que ferem não apenas a pessoa humana individualmente, mas toda a coletividade.

Tais acontecimentos estão levando o país a uma crise democrática representativa, não se encontrando a chamada fidelidade ideológica nas figuras representativas do povo, agravando a sensação de desconfiança frente às instituições democráticas, muitas vezes omissas em seus papéis constitucionais.

Nesse cenário, inevitável perceber o fortalecimento de um poder judiciário que consegue, através dos poderes concedidos pela Constituição Federal de 1988, interceder nas esferas funcionais (típicas e atípicas) dos demais poderes, para que haja a devida concretização de direitos e relações instituídas constitucionalmente.

Como consequência a essa omissão dos poderes legislativo e executivo surge, dentre outros problemas pontuais, um fenômeno chamado Estado de coisas inconstitucional, teoria que se desenvolveu a partir da observação de violações sistemáticas de direitos fundamentais. Dessas omissões, pontuais ou sistemáticas, surge em decorrência lógica o chamado ativismo judicial, que pode ser conceituado como o agir proativamente do poder judiciário em relação aos demais poderes, utilizando-se dos princípios constitucionais, permitindo ao judiciário interferir na formação e implementação de políticas públicas, para salvaguardar esses direitos.

Neste sentido, inicia-se um verdadeiro paradoxo democrático, que permeia o ativismo judicial e o desequilíbrio entre os poderes, surgindo como problema de pesquisa a existência ou não de legitimidade do ativismo judicial diante o estado de coisas inconstitucionais em um Estado democrático de direito.

Assim, tem o presente trabalho, o objetivo de analisar a atuação do Poder Judiciário, em face dos ditames de um Estado democrático de direito, justificando-se no fato da grande importância carregada pelo tema, em que a postura proativa do

poder judiciário acaba, supostamente, ferindo a concepção básica dos três poderes, sendo importante a análise das devidas controvérsias geradas pelo tema.

Para tanto, essa pesquisa, utilizar-se-á como marco teórico as ideias proposições de Habermas (1929), que a partir de elementos fulcrados na ética, na moralidade e na justiça permeia questões entre o direito e a democracia. Não obstante, para o desenvolvimento do presente trabalho, será feita uma pesquisa bibliográfica, cuja abordagem será a qualitativa e o método será o Hermenêutico fenomenológico, vez que a análise do fenômeno se faz de suma importância no desvelamento dos fatos, sopesando as normas jurídicas positivadas, a luz da nova sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, refletindo sobre a ascensão do ativismo judicial como forma de se concretizar direitos, a democracia e o desequilíbrio entre os poderes.

Dessa forma o presente trabalho será dividido em capítulos, abordando, inicialmente, sobre a democracia no Brasil e o seu conceito, observando os ditames da democracia deliberativa, bem como a sua falta de representatividade no qual gerou a crise institucional vivida atualmente, mais adiante será tratado sobre o conceito e evolução histórica da teoria dos três poderes.

Durante o desenvolvimento será tratado das violações aos direitos fundamentais, geradas pela omissão do poder público, assim como o conceito de ativismo judicial e Estado de coisas constitucional, os pontos que justificam o seu uso para a concretização de direitos e a sua relação com o Estado democrático de direito. Ao final serão realizadas as considerações finais sobre o tema.

## 2. A DEMOCRACIA NO BRASIL E SUA FALTA DE REPRESENTATIVIDADE

Com o surgimento da Constituição Federal de 1988, o Brasil se constituiu como um Estado Democrático de Direito, que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, o pluralismo político e a cidadania, assegurando a todos direitos humanos fundamentais.

Desta forma, a Carta Magna deve irradiar todo o ordenamento jurídico, servindo de parâmetro para a criação e aplicação das leis, pois

o direito é um sistema lógico de normas, valores e princípios que regem a vida social e interagem entre si de tal sorte que propiciem segurança em sentido lato, para homens e mulheres que compõem uma sociedade, portanto está baseada em uma visão unitária do ordenamento jurídico (TARTUCE, 2018, p. 55).

Vale ressaltar, que no Brasil, impera o regime democrático representativo, que segundo Carvalho (2015, p. 01), é “um regime de governo caracterizado pela participação popular igualitária na criação das leis, bem como no desenvolvimento das mesmas no interior da sociedade. É o poder de governar por meio do sufrágio universal em oposição ao sufrágio restrito”.

A partir desse pensamento clássico sobre democracia, Habermas (2004), propôs a ideia da chamada democracia deliberativa, que seria a sociedade, como um todo, reconhecendo o seu valor no momento de elaboração dos pressupostos teóricos e normativos que regulam a sociedade em geral.

Para Habermas (2004), a democracia deve estar voltada inteiramente a deliberação da vontade da maioria, ou seja, para cada ação política deve haver uma determinação da população transformando o referido ato em uma ação política democrática. Sendo os sujeitos participantes iguais e livres em suas decisões para que seja válido o ato.

Habermas (2004) explica que a democracia deliberativa viria em duas vias, a primeira via estaria estritamente ligada ao poder de comunicação, pois deriva da capacidade de comunicação, dos agentes envolvidos, nos debates e nas tomadas de decisão sobre a edição de leis, além da capacidade comunicativa exigida no meio eleitoral, a segunda via estaria ligada a eficácia de conseguir se fazer entendido em face ao público desconhecedor.

Em síntese, diz Carvalho (2015, p. 01):

A democracia deliberativa, ou política deliberativa extrai sua força legitimadora da estrutura discursiva de um processo deliberativo da formação da opinião e vontade pública. Se espera que com as

discussões acontecidas no âmbito da estrutura discursiva, ou seja, na esfera pública sejam produzidos resultados racionais.

A partir da explanação dos conceitos sobre democracia, Bahia (2010) explica que para haver a democracia deliberativa deve se ter confiança nas figuras que representam a população, como também deve se ter os referidos debates que conduzem a atividade democrática.

O que não ocorre no Brasil, segundo Ribeiro (1999), pois existe uma quantidade exagerada de partidos políticos levando os seus filiados a uma infidelidade partidária e ideológica, tornando os partidos políticos apenas um meio para seu membro conseguir uma possível eleição.

Assim, segundo Ribeiro (1999, p. 47):

os partidos políticos, portanto, devem tornar-se núcleos de convivência e discussão, entre os seus próprios membros, sobre assuntos de interesse comum, nos quais se moldam as suas opiniões e, através de suas artérias, se propagam pela sociedade e são levadas por seus representantes a conhecimento, debate nos recintos parlamentares e adoção de medidas que possam comportar.

Bahia (2010, p. 59), acrescenta:

Apesar de ainda ser essencial para a democracia, o regime representativo possui graves problemas e desafios. Entre estes, a falta de base ideológica da maior parte dos partidos e, consequentemente, a falta de “fidelidade” de seus membros. [...] De forma que, a despeito da existência de inúmeros partidos, isso não tem significado, no entanto, a tomada de diferentes (e antagônicas) posições ideológicas e pretensões a direitos por parte daqueles. Ao contrário, como não há grande vínculo ideológico, os programas dos partidos e suas siglas são em tudo muito semelhantes e, o que é pior, seus integrantes e lideranças têm se mostrado em geral refratários a tomar posições em assuntos polêmicos, seja para defendê-los, seja para explicitamente negá-los. Não há clareza sobre qual é a posição de certo partido sobre temas “fraturantes”; na verdade, poucas vezes os mesmos tomam “partido” em temas conflituosos, o que é incompatível com a democracia contemporânea de sociedades plurais, caracterizada pela existência de conflitos.

De acordo com Nunes (2010), a partir desta falta de fidelidade surge a verdadeira importância de a sociedade organizada motivar os partidos a tomar uma decisão, pois a participação do povo na criação de leis é requisito indispensável da legitimidade da própria democracia representativa.

A crise da democracia representativa, atualmente, e principalmente após a Constituição Federal de 1988, está levando cada vez mais o país para o ativismo

judicial, pois há uma certa dificuldade para certos grupos e demandas minoritárias terem voz dentro dos outros poderes (NUNES, 2010).

Nunes (2010, p. 62), alerta para que se tenha cuidado ao longo prazo, pois

Pretensões a direito devem passar pela arena pública de discussão e formação da vontade pública institucionalizada (Parlamentos), lugar onde os mais variados temas podem ser debatidos por partidos políticos de diferentes ideologias. Casos urgentes podem (e devem) receber “proteção” do Judiciário, mas haverá uma confusão entre “questões de princípio” e “questões de política” se a arena representativa for relegada a segundo plano e o Judiciário transformado em promotor de políticas públicas.

Assim, segundo Bahia (2010), a judicialização e o ativismo serviriam como uma forma de se amenizar os efeitos da atual crise representativa da democracia e de suas instituições (Executivo e Legislativo), mas deve-se tomar o devido cuidado com o próprio judiciário nacional, pois este pode buscar o fortalecimento de sua cúpula.

### 3. A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Primeiramente, antes de adentrar no tema sobre a separação dos poderes, é importante entender a definição de poder, que segundo Diniz (1998), seria a capacidade de manifestar, de forma imperativa, a sua vontade.

Nas palavras de Bobbio (2002):

Em seu significado mais geral, a palavra Poder designa a capacidade ou a possibilidade de agir, de produzir efeitos. Tanto pode ser referida a indivíduos e a grupos humanos como a objetos ou a fenômenos naturais (como na expressão Poder calorífico, Poder de absorção) (BOBBIO *et al.*, 2002, p. 933).

Portanto, o poder está diretamente ligado à forma de governar, pois para exercer determinada vontade o indivíduo deve estar investido de poder para que haja assim a possibilidade de produzir efeitos perante a sociedade. E a forma mais indicada de um indivíduo adquirir o poder de governar seria por meio da democracia, pois a população estaria se utilizando do seu poder de escolha para investir no indivíduo melhor capacitado (BOBBIO, 2002).

Como fenômeno social, o Poder é portanto uma relação entre os homens, devendo acrescentar-se que se trata de uma relação triádica. Para definir um certo Poder, não basta especificar a pessoa ou o grupo que o detém e a pessoa ou o grupo que a ele está sujeito: ocorre de terminar também a esfera de atividade à qual o Poder se refere ou a esfera do Poder (BOBBIO *et al.*, 2002, p. 934).

É importante mencionar uma breve ressalva, o poder é uno e indivisível, ou seja, não há a possibilidade de se dividir o poder, pois o poder é o próprio Estado o que está sendo dividido são as funções que o Estado desempenha através de seus órgãos (LENZA, 2012).

Assim temos, segundo Lenza (2012, p. 483), que o poder é “uno e indivisível, um atributo do estado que emana do povo”.

O termo “três poderes” foi abordado primeiramente por Aristóteles (2011), tendo sido “de grande importância para o tema separação de poderes, pois distinguiu as funções estatais em três formas de poderes, quais sejam: deliberativo, executivo e judiciário” (SOUZA, 2015, p. 8). Já na época de Aristóteles as questões políticas eram muito discutidas entre os estudiosos, principalmente o fato de se concentrar o poder na mão de uma única pessoa, e com isso surgiu a ideia dos três poderes (SOUZA, 2015, p. 8).

Após Aristóteles (2011), o próximo estudioso a dar enfoque ao tema foi Nicolau Maquiavel, que no século XVI, demonstrou como a França se utilizava dos três poderes, onde o Executivo era representado pelo Rei, o Legislativo representado pelo Parlamento e tínhamos a figura de um Judiciário autônomo, onde o Rei e o Parlamento não tinham influência nas decisões do judiciário (PIRES, 2014).

Pires (2014, *on-line*), acrescenta “[...] Maquiavel previa a Separação dos Poderes como uma forma de beneficiar ao Rei, acreditando que, ao não ter que decidir conflitos ou editar leis, o Rei era poupadão de eventual deterioração à sua imagem”. Portanto os três poderes foram aplicados na França com o intuito de proteger a imagem do Rei, percebe-se então que a principal intenção não era favorecer a coletividade, mas sim tentar retirar a imagem negativa, que as figuras políticas possuem, do Rei.

No século XVII um importante evento ocorreu, a chamada “Revolução Gloriosa”, que foi um golpe de estado ocorrido nos anos de 1688 e 1689 na Inglaterra, onde o Parlamento inglês articulou e legitimou a assinatura de uma declaração que reduzia o poder real, a chamada *Bill of Rights* (PIRES, 2014).

De acordo com Trentin (2003, p. 18 *apud* PIRES, 2014, *on-line*):

Essa declaração de direitos estipulou que o Rei não tinha o poder de revogar as leis feitas pelo parlamento ou de impedir a sua execução e mais, proibiu a exigência de fianças excessivamente elevadas para que alguém fosse processado em liberdade, bem como a imposição de penas cruéis ou incomuns. Ao lado dessas conquistas, o *Bill of Rights* declarava como fundamentais o direito de liberdade de palavra, de imprensa e de reunião, o direito de não ser privado da vida, liberdade ou bens sem processo legal.

Ainda sobre o assunto, diz Comparato (1999, p. 80 *apud* PIRES, 2014, *on-line*):

[...] o essencial do documento foi a instituição da separação de poderes, com a declaração de que o Parlamento é um órgão precipuamente encarregado de defender os súditos perante o Rei, e cujo funcionamento não pode, ficar sujeito ao arbítrio deste. Ademais, o *Bill of rights* veio fortalecer a instituição do júri e reafirmar alguns direitos fundamentais dos cidadãos, os quais são expressos até hoje, nos termos, pelas Constituições modernas, como o direito de petição e a proibição de penas inusitadas ou cruéis.

Sendo assim a declaração, *Bill of Rights*, trouxe inúmeros benefícios à população na época, com a limitação do poder real o parlamento e o judiciário se

tornaram mais independentes, deixando os chamados três poderes equivalentes, e nesse período os direitos fundamentais começaram a ganhar força (PIRES, 2014).

Com o sucesso da separação dos poderes alcançado pela Inglaterra, Pires (2014, *on-line*) afirma que “ao Separar os Poderes, a *Bill of Rights* otimizou a forma a qual a administração do Estado inglês era exercida. Foi o sucesso deste modelo que influenciou diversos outros [...]. E foi assim que a separação dos poderes começou a se espalhar pelo mundo e vem vivendo até os dias de hoje.

Logo após a “Revolução Gloriosa”, John Locke terminou a sua obra “Segundo tratado sobre o governo civil” que veio mais uma vez abordar o assunto. Mas diferentemente dos demais autores, ele acreditava que o poder legislativo deveria ser superior aos demais poderes, dizendo:

Em uma sociedade política organizada, que se apresenta como um conjunto independente e que age segundo sua própria natureza, ou seja, que age para a preservação da comunidade, só pode existir um poder supremo, que é o legislativo, ao qual todos os outros estão e devem estar subordinados; não obstante, como o legislativo é apenas um poder fiduciário e se limita a certos fins determinados, permanece ainda no povo um poder supremo para destituir ou alterar o legislativo quando considerar o ato legislativo contrário à confiança que nele depositou; pois todo poder confiado como um instrumento para se atingir um fim é limitado a esse fim, e sempre que esse fim for manifestamente negligenciado ou contrariado, isto implica necessariamente na retirada da confiança, voltando assim o poder para as mãos daqueles que o confiaram, que podem depositá-lo de novo onde considerarem melhor para sua proteção e segurança. (LOCKE, 2001, p. 173).

Porém, para ele, “a comunidade permanece perpetuamente investida do poder supremo de se salvaguardar contra as tentativas e as intenções de quem quer que seja mesmo aquelas de seus próprios legisladores” (LOCKE, 2001, p. 173).

Ainda sobre o poder legislativo, dispõe Locke (2001, p. 174):

Em todo caso, enquanto o governo subsistir, o legislativo é o poder supremo, pois aquele que pode legislar para um outro lhe é forçosamente superior; e como esta qualidade de legislatura da sociedade só existe em virtude de seu direito de impor a todas as partes da sociedade e a cada um de seus membros leis que lhes prescrevem regras de conduta e que autorizam sua execução em caso de transgressão, o legislativo é forçosamente supremo, e todos os outros poderes, pertencem eles a uma subdivisão da sociedade ou a qualquer um de seus membros, derivam dele e lhe são subordinados.

Analizando este pensamento, para Locke (2001), o legislativo é o poder que estabelece as leis e com essa prerrogativa os outros poderes acabam sendo

inferiores ao legislativo, pois o poder de editar leis é superior que o poder de executar as leis.

Os pensamentos de Locke (2001) estavam voltados para os problemas políticos da Inglaterra e sua ideia de separação de poderes buscou trazer para o país um governo mais transparente, onde a população pudesse participar mais, pois o legislativo estava plenamente vinculado à vontade do povo, ou seja, o poder maior estava nas mãos do povo.

Após Locke (2001) o próximo autor a abordar o tema foi Montesquieu (2000), e foi ele que trouxe a ideia atual de três poderes independentes e harmônicos entre si, dos quais são o poder Executivo, Legislativo e o Judiciário (PIRES, 2014).

Segundo Pires (2014, *on-line*), “foi Montesquieu que expôs a melhor forma da Separação dos Poderes, tal como se estabelece hoje”. Montesquieu (2000) propôs que o poder estatal deveria ser limitado para que não ocorresse nenhum tipo de abuso e deveria ser dividido em funções e órgãos específicos e independentes, sendo cada poder incompleto, ou seja, um seria necessário para o funcionamento do outro, tendo assim uma limitação do poder pelo próprio poder (MONTESQUIEU, 2000).

“Não convém que as mesmas pessoas que detêm o poder de legislar tenham também em suas mãos o poder de executar as leis, pois elas poderiam se isentar da obediência às leis que fizeram, e adequar a lei à sua vontade” (LOCKE, 2001, p. 170).

Montesquieu (2000), influenciado por este pensamento de Locke (2001), diz que é inseguro deixar o poder concentrado e, para isso, ele deveria ser dividido, na função de administrar e de executar as questões públicas do Estado teria o poder Executivo, a função de aplicar as leis em caso de lide ou comportamento ilegal teria o poder Judiciário e a função de criar e editar leis teria o poder Legislativo, cada poder sendo independente um do outro (MONTESQUIEU, 2000).

Nesse sentido, diz Pires (2014, *on-line*):

Ao ampliar a divisão dos poderes que fora anteriormente estabelecida por Locke, Montesquieu acreditava que para afastar os governos absolutistas e evitar a produção de normas tirânicas, seria fundamental estabelecer a autonomia e os limites para cada um dos poderes, quais sejam o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Contudo segundo os ensinamentos de Lenza (2012), a teoria de Montesquieu (2000) foi adotada de forma branda pelos Estados contemporâneos, pois existe

certa flexibilidade graças a eventos sociais e históricos que acabaram atenuando a aplicação da teoria, que a princípio defendia a separação absoluta dos poderes.

Dessa forma, além do exercício de funções típicas (predominantes), inerentes e ínsitas à sua natureza, cada órgão exerce, também, outras duas funções atípicas (de natureza típica dos outros dois órgãos). Assim, o Legislativo, por exemplo, além de exercer uma função típica, inerente à sua natureza, exerce, também, uma função atípica de natureza executiva e outra função atípica de natureza jurisdicional (LENZA, 2012, p. 482).

Com o abrandamento da teoria e com a presença das funções típicas e atípicas, mencionadas por Lenza (2012), surgiu de acordo com Dallari (1991) o sistema de freios e contrapesos, que veio justamente para amenizar a ideia rígida dos três poderes.

### **3.1. Sistema de Freios e Contrapesos**

O sistema de freios e contrapesos foi desenvolvido por Montesquieu (2000) inspirado nas obras de Aristóteles (2011) e John Locke (2001). Nesse sistema, o poder controla o próprio poder, sendo cada poder autônomo e com funções específicas, cada poder deve fiscalizar o outro, criando a ideia de freios e contrapesos, por consequência disso, tornando os poderes independentes e harmônicos entre si. Essas ideias propostas por Montesquieu estão presentes no artigo 2º, *caput*, da Constituição Federal de 1988<sup>1</sup>.

Perret (2013) explica o sistema de freios e contrapesos de Montesquieu em seu artigo:

Neste sistema, fez-se a seguinte divisão dos poderes do Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário. O poder Legislativo tem a função típica de legislar e fiscalizar; o Executivo, administrar a coisa pública; já o Judiciário, julgar, aplicando a lei a um caso concreto que lhe é posto, resultante de um conflito de interesses. Aplicar o sistema de freios e contrapesos significa conter os abusos dos outros poderes para manter certo equilíbrio. Por exemplo, o judiciário, ao declarar constitucionalidade de uma Lei é um freio ao ato Legislativo que poderia conter uma arbitrariedade, ao ponto que o contrapeso é que todos os poderes possuem funções distintas, fazendo assim com que não haja uma hierarquia entre eles, tornando-os poderes harmônicos e independentes (PERRET, 2013, *on-line*).

Ainda sobre o tema Han (2005) explica:

---

<sup>1</sup> “Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988).

Montesquieu não pregava uma divisão total e absoluta de funções entre os poderes. A partir da teoria por ele divulgada, foram desenvolvidos mecanismos de controle mútuo entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário: o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*). Ele estabeleceu freios e controles recíprocos entre os órgãos estatais, de sorte que, embora divididos e independentes, viriam a se entrosar em harmonia. Suas faculdades, por vezes contrapostas, poderiam romper essa harmonia que, contudo, persistiria, desde que funcionasse o mecanismo dos *checks and balances*. Esse mecanismo revela a relatividade da separação de poderes. Percebe-se, atualmente, que cada poder, ao exercer sua função própria, não o faz com exclusividade. A diferenciação entre os poderes não esgota as funções de legislar, julgar e executar (HAN, 2005, p. 14).

Com o sistema de freios e contrapesos, os poderes ganharam funções típicas, que são, Executivo: administrar o Estado; Legislativo: elaboração de leis; Judiciário: aplicar as leis, e atípicas, para cada função típica os poderes terão duas funções atípicas correspondentes, ou seja o Executivo terá as funções atípicas de natureza legislativa e jurisdicional, o Legislativo terá funções de natureza executiva e jurisdicional e o Judiciário terá funções de natureza executiva e legislativa (PERRET, 2013).

Fazendo uma análise entre o sistema em questão e a separação dos poderes vemos que:

Aparentemente a “separação entre os poderes” e o “sistema de freios e contrapesos” seriam irreconciliáveis, mas operam lado a lado. Ocorre que o último não fere a independência funcional dos poderes, pelo contrário, completa e auxilia um ao outro. A independência do poder é pressuposto para o poder de checar, e só tem o poder de checar a instituição que tenha alguma medida de independência. Se, para evitar a tirania de um poder, é necessário torná-lo mais fraco, necessariamente outro poder acabará por se sobrepor e assumir o lugar daquele, reincidindo no mesmo problema. É imprescindível a vigilância de um poder pelo outro. As funções de cada um não podem ser extrapoladas sem que outro poder possa intervir e controlar este desequilíbrio (HAN, 2005, p. 15).

Guimarães (2005) vai além explicando a sua importância para efetivação de direitos constitucionais:

[...] a divisão, separação ou distinção, e a harmonia dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, asseguram o respeito aos direitos dos cidadãos, bem como a efetivação das garantias constitucionais, exatamente porque cada um desses Poderes tem, ainda segundo Montesquieu, a par de sua faculdade de estatuir, desempenhando cada qual sua missão específica, também a faculdade de impedir, ou seja, limitar a ação dos outros poderes, o que hoje se denomina sistema de freios e contrapesos (GUIMARÃES, 2005, *on-line*).

O sistema de freios e contrapesos foi usado primeiramente pelos Estados Unidos em 1787, quando foi instaurada a sua primeira e única constituição debatida e aprovada pela Convenção Constitucional de Filadélfia. A constituinte americana acabou inspirando e servindo de espelho para diversos países, popularizando a ideia (SPÍNOLA, 2018).

Segundo Spínola (2018, *on-line*) a constituição dos Estados Unidos “inovou ao instituir o presidencialismo, e o sistema de freios e contrapesos associado ao conceito de separação dos poderes”.

### **3.2. Sistema de Freios e Contrapesos no Brasil**

A Constituição Federal do Brasil de 1988 trouxe como cláusula pétreia a separação dos três poderes, ou seja, em teoria não poderia acontecer nada que afronte a separação, harmonia e independência dos três poderes, mas atualmente vemos que os poderes acabam interferindo muitas vezes nas decisões do outro, vemos também que até usurpam funções que deveriam ser tomadas por outro poder e temos vários exemplos dessa usurpação de função, como o uso exagerado da medida provisória por parte do poder executivo, que acaba tomando a função de legislar do poder legislativo, assim como as súmulas editadas pelo poder judiciário que acabam também exercendo a função do poder legislativo (PEREIRA, 2015).

Segundo Pereira (2015), no Brasil temos também outra grande falha no que tange a harmonia e independência dos poderes, principalmente pelo lado do poder judiciário, pois o nosso Supremo Tribunal Federal está ligado, de certa forma, aos demais poderes, pois os onze ministros que compõem a suprema corte são indicados pelo poder executivo e sabatinados pelo legislativo, ou seja, temos uma falha no princípio da independência já que os integrantes do órgão máximo do poder judiciário são escolhidos pelo poder executivo, o que acaba politizando a mais alta corte do judiciário brasileiro e isso reflete diretamente nas ações do STF, que acaba por tomar decisões políticas quando na verdade deveriam tomar decisões jurídicas. Pereira (2015) critica o atual método de escolha dos integrantes do Supremo Tribunal Federal:

[...] o critério atual é meramente político e fica praticamente a cargo exclusivo do Chefe do Poder Executivo, que pode até mesmo não escolher um novo nome e deixar a vaga em aberto por tempo indeterminado, o que certamente influenciará no julgamento e

decisões do STF. Outro ponto que evidencia o caráter político do atual modelo é o fato de não ser exigido nem mesmo formação na área de Direito, mas apenas notável saber jurídico (PEREIRA, 2015, *on-line*).

Pereira (2015) ainda comenta sobre a participação do poder legislativo na escolha dos ministros, enfatizando ainda mais o caráter político da suprema corte brasileira:

Sobre a participação do Senado Federal no processo de composição do STF, convém salientar que esta deveria averiguar o conhecimento jurídico do indicado e sua vida pregressa. Porém, via de regra, esta sabatina tornou-se simplesmente um ato burocrático e político, visto que a votação e aprovação tem se dado, em todas as vezes, por acordos políticos entre os partidos da base governista, e não tem servido para o alcance dos seus objetivos: averiguar a idoneidade moral e o conhecimento jurídico do indicado ao cargo (PEREIRA, 2015, *on-line*).

Outro problema apontado por Pereira (2015) seria a falta de participação do poder judiciário na escolha dos membros da sua mais alta corte, “visto que não há nenhuma interferência de um outro Poder na escolha dos representantes dos Poderes Executivo e Legislativo” (PEREIRA, 2015, *on-line*), já o poder Judiciário sofre influência, do Executivo, pois é o presidente quem indica os ministros do STF, e do Legislativo, onde ocorre a sabatina dos ministros que irão compor o STF, o que acaba “deixando o Poder Judiciário em posição inferior aos outros dois poderes” (PEREIRA, 2015, *on-line*).

Isso é um problema tanto na esfera moral quanto na esfera ética, pois as indicações vindas do poder executivo não serão fundadas na imparcialidade, sendo escolhidos ministros que futuramente irão defender os mesmos pontos de vista do presidente ou ainda pior, os ministros podem defender e acobertar os interesses de quem o escolheu, contribuindo ainda mais para a corrupção e manchando a imagem da democracia (PEREIRA, 2015).

Neste mesmo entendimento Pereira (2015) aponta:

Corolário desse processo exclusivamente político e unipessoal, bem como da completa ineficácia da sabatina, é o extremo risco de partidarização do Supremo Tribunal Federal e a concreta possibilidade de influência política do Presidente da República nas decisões dos seus indicados, ou seja, em como os escolhidos irão se direcionar nos seus votos em questões de interesse do Poder Executivo. [...] sendo real a possibilidade de que apenas um partido político fique no poder por longos tempos, e ainda em decorrência do instituto da vitaliciedade do cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, torna-se clara a probabilidade de termos uma Corte

Suprema nomeada totalmente por um governo representante de apenas uma corrente político-ideológica, dentre as inúmeras existentes em uma sociedade demasiadamente plural como a brasileira. Tal fato colocaria o STF em desarmonia com a diversidade social e torna anacrônica a forma de escolha e nomeação dos Ministros (PEREIRA, 2015, *on-line*).

Dessa forma, nota-se que no Brasil a separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos não vêm funcionando a contento, pois não representarem os interesses legítimos de seus representados, vez que se omitem na elaboração das políticas públicas e consequentemente na concretização dos ditames constitucionais (PEREIRA, 2015).

#### **4. DAS VIOLAÇÕES PONTUAIS ÀS SISTEMÁTICAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL**

Diante da crise institucional e de representatividade, é natural que surja violações constitucionais pontuais resultantes da inatividade do poder público, nesses casos a utilização de medidas judiciais subjetivas já bastam para solucionar o caso concreto. O problema é quando as violações passam a ter um caráter sistêmico, atingindo um número massivo de pessoas, legitimando o uso de medidas objetivas para que ampare todos aqueles lesados pela omissão do poder público (CAMPOS, 2015).

Segundo Arruda (2016, *on-line*), o Estado de Coisas Inconstitucional, como instituto, surgiu no final da década de noventa na Colômbia e é “bastante atual em alguns países latinos, mas que já ganha rumo em países fora do continente americano”, chegando ao Brasil por meio da discussão sobre o atual momento do sistema carcerário brasileiro.

Na Colômbia o tema foi discutido quando “45 professores dos municípios de María La Baja e Zambrano tiveram os direitos previdenciários recusados pelas autoridades locais” (CAMPOS, 2015, *on-line*), dando origem a *Sentencia de Unificación* – 559 de 1997, em que, a Corte Constitucional Colombiana constatou:

[...] que o descumprimento da obrigação era generalizado, alcançando um número amplo e indeterminado de professores além dos que instauraram a demanda, e que a falha não poderia ser atribuível a um único órgão, e sim que seria estrutural. Havia, segundo os juízes, uma deficiência da política geral de educação com origem na distribuição desigual dos subsídios educativos, feita pelo governo central, em favor das entidades territoriais (CAMPOS, 2015, *on-line*).

A Corte Constitucional Colombiana declarou então o Estado de Coisas Inconstitucional, por se tratar de uma crise generalizada, para assegurar os direitos fundamentais da população que estavam em jogo por conta da ineficiência dos demais poderes, tendo, portanto, a decisão efeito *erga omnes* (CAMPOS, 2015).

O conceito do Estado de Coisas Inconstitucional, segundo Marmelstein (2015), foi dado pela própria Corte Constitucional Colombiana, no qual, seria caracterizado no momento em que ocorresse um conjunto de violações sistemáticas de direitos fundamentais, permitindo, então, o desenvolvimento estrutural de soluções para abranger as falhas do poder público contra a população vulnerável.

Em termos muito sintéticos, ao declarar o Estado de Coisas Inconstitucional, o Judiciário reconhece a existência de uma violação massiva, generalizada e estrutural dos direitos fundamentais contra um grupo de pessoas vulneráveis e conclama que todos os órgãos responsáveis adotem medidas eficazes para solucionar o problema. Nesse sentido, o Estado de Coisas Inconstitucional é uma forma de dizer que a situação está tão caótica e fora de controle que é necessário que todos os envolvidos assumam um compromisso real de resolver o problema de forma planejada e efetiva (MARMELSTEIN, 2015, *on-line*).

Para tanto, segundo Marmelstein (2015), o Estado de coisas inconstitucional é um importante instrumento que pode garantir à população seus direitos e garantias fundamentais, bem como assegurar que as medidas convencionadas em âmbito do instituto sejam devidamente cumpridas.

## 5. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL

A judicialização da política é um fenômeno que surgiu no mundo contemporâneo e “que tem levado importantes questões sociais, morais e políticas a serem solucionadas pelo Judiciário, ao invés de ser solucionada por aqueles a quem lhe foi atribuída à competência originária [...]” (SPÍNOLA, 2018, *on-line*), ou seja, as questões que antes eram resolvidas pelo poder legislativo ou pelo poder executivo passaram a ser solucionadas pelo poder judiciário.

Portanto explicando de forma rápida e clara a judicialização ocorre quando “as questões sociais de cunho executivo ou legislativo não resolvidas que, na busca pela pacificação da insegurança jurídico-normativa, é desembocado como recurso final a apreciação pelo poder judiciário” (SPÍNOLA, 2018, *on-line*).

Segundo Barroso (2010, p. 05 *apud* JAKOBSON, 2017, *on-line*):

entre as causas da judicialização no Mundo estão dois fatores que merecem destaque. O primeiro é o prestígio e a independência que o Judiciário vem ganhando nas Democracias Modernas. Como segundo fator está à crise de representatividade que os parlamentos vêm enfrentando junto à sociedade. Fatores que fazem com que, muitas vezes, os atores políticos prefiram levar grandes causas ao judiciário ao invés de resolvê-las no Legislativo.

Atualmente, com a grande facilidade das pessoas conseguirem acesso à informação, o judiciário ganhou uma renomada importância, pois, as pessoas estão mais cientes de seus direitos e passaram a exigir esses na seara judicial, que seria o meio mais adequado para tal (JAKOBSON, 2017).

Outro fator importante para o aumento da importância do poder judiciário no Brasil seria a inaptidão dos poderes legislativo e executivo, esses que por sua vez estão tão atolados em meio à corrupção, que acabam utilizando de suas funções apenas para se protegerem, deixando a população desamparada. Um bom exemplo disso são os 116 dispositivos constitucionais que até 2015 ainda não foram regulados pelo poder legislativo, evidenciando a omissão desses poderes em suas funções precípuas (REIS, 2016).

A Constituição Federal brasileira possui 30 anos e ainda existem dispositivos que não foram regulamentados, o que só demonstra a inaptidão do legislativo brasileiro, para que se evite a insegurança jurídica causada pela falta de regulamentação o judiciário por sua vez passou a tomar uma postura mais ativa, chamando para si a responsabilidade de pacificar essas questões (REIS, 2016).

Nesse sentido afirma Reis (2016, *on-line*):

Em suma, constata-se que o Poder Legislativo por vezes é demasiadamente inoperante, deixando graves lacunas e falhas na lei. Diante disso, o Poder Judiciário precisa firmar entendimentos sobre os assuntos não contemplados pelo Legislativo, uma vez que o juiz não pode deixar de julgar alegando lacuna na lei. Aqui jaz o primeiro grande fator responsável pela insegurança jurídica, pois cada juiz utilizará critérios notadamente pessoais. O segundo fator é o fato do Judiciário por vezes optar por não mais utilizar aquilo que está previsto em lei, passando assim a vigorar entendimento completamente novo e sem qualquer previsão legal.

Pode se notar que o poder no qual deveria ser a voz do povo não vem cumprindo o seu papel estão mais preocupados com o jogo do poder. Segundo Mafaldo (2016) a falta de identidade ideológica dos partidos políticos demonstram ainda mais que a preocupação não é a população e sim o desejo de se perpetuar no poder, com isso os poderes executivo e legislativo focam seus esforços em alianças políticas mirabolantes já visando às próximas eleições e é sempre o mesmo ciclo, causando assim essa falta de regulamentação e deixando toda a responsabilidade com o poder judiciário, que tenta cumprir o seu papel de levar segurança jurídica à população.

Para Cardozo (2009) a crise vivida pelo poder legislativo está estritamente ligada ao nosso sistema político, em suas palavras:

[...] o nosso sistema de eleição proporcional é não apenas anacrônico, como ainda democraticamente desvirtuado. Anacrônico porque, contrariando os tempos de exigências republicanas e de impessoalidade, todo o processo eleitoral é baseado no voto que o eleitor dá à pessoa do candidato. Com isso, tende-se à valorização muito maior das características pessoais do candidato, do que da sua visão política, ideológica e programática (CADORZO, 2009, *on-line*).

Dessa forma, pode se notar que a inaptidão do legislativo está contribuindo para um judiciário mais presente e proativo na sociedade, pois as lacunas deixadas pelos que detém da função legiferante devem ser resolvidas, a população não pode ficar desamparada e o país não pode viver na insegurança jurídica, mas há que se destacar que esses fenômenos são comuns em democracias hodiernas, necessitando, portanto, de um amadurecimento democrático para que haja o equilíbrio institucional (REIS, 2016).

## 5.1 O fenômeno do ativismo judicial

Tem por origem no caso *Marbury vs Madison*, que ocorreu nos Estados Unidos, em 1803, ano em que aconteceu o primeiro caso de controle de constitucionalidade no mundo, mudando, dessa forma, a maneira como enxergavam os três poderes, pois depois desse fato o poder judiciário ganhou uma notável importância por poder rever leis que se encontram em confronto com a Constituição (GUEDES, 2012).

Pode se definir o ativismo judicial, segundo Barroso (2009), como um fenômeno jurídico caracterizado pela posição proativa do poder judiciário interferindo de maneira significativa na atuação dos demais poderes, podendo ser manifestada de diversas maneiras, como por exemplo, a aplicabilidade de forma concisa da Constituição Federal em situações não previstas no texto constitucional de forma independente do legislador originário, as declarações de constitucionalidade dos atos normativos editados pelo legislativo sendo levado em conta critérios mais flexíveis e o poder de estabelecer aos órgãos públicos ações ou abstenções em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2009).

Já Ramos (2010, p. 129), define o ativismo judicial como:

[...] exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas (RAMOS, 2010 p. 129).

Nesse sentido, Granja (2013) conceitua o ativismo judicial como uma postura ou escolha de um determinado magistrado que busca, através de uma hermenêutica jurídica expansiva, a finalidade de se concretizar o verdadeiro valor normativo constitucional, garantindo o direito das partes de forma rápida e atendendo às soluções dos litígios e às necessidades oriundas da lentidão ou omissão legislativa, e até mesmo executiva. No âmbito da ciência do Direito, o Ativismo Judicial é empregado para designar que o Poder Judiciário está agindo além dos poderes que lhe são conferidos pela ordem jurídica.

Acerca do emprego do termo ativismo judicial, Barroso (2010, p. 09) afirma:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificara atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais [...]. Todavia, depurada dessa crítica ideológica até porque pode ser progressista ou conservadora a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes (BARROSO, 2010, p. 09).

Segundo Granja (2013), o ativismo judicial chegou ao Brasil com a Constituição Federal de 1988, assim como as discussões de estudiosos e cientistas políticos sobre o tema. Sobre o porquê de o ativismo judicial ter chegado ao Brasil, Streck (2014) respondeu:

Porque temos um país em modernidade tardia, com problemas sociais enormes e aí chega em 1988 e faz uma Constituição, que coloca em seu texto promessas da modernidade. O paraíso na Constituição e o inferno na realidade. A Constituição diz que o Brasil é uma República e visa erradicar a pobreza. O que tem que se fazer então? Tem que fazer políticas públicas para isso. O Legislativo e o Executivo não fizeram, por causa do presidencialismo de coalizão. O Legislativo não foi fazendo as leis, o Executivo foi tendo que atender demandas a todo tempo, o que fez com que as pessoas corressem ao Judiciário. E o judiciário no Brasil não soube – e aí a doutrina de novo falhou –estabelecer a diferença entre judicialização e ativismo. Essas são coisas diferentes e é inexorável que haja judicialização em qualquer país no mundo. [...] Acabamos criando o judiciário muito forte, como uma espécie de grande pai da nação (STRECK, 2014, *on-line*).

Sobre esse fenômeno, existem duas teorias a respeito, uma é contrária a esse comportamento do Judiciário, chamada de Teoria proceduralista, a qual alega que as pessoas não têm direito de exigir do Judiciário, que lhe garanta determinadas faculdades previstas na Lei para que possa ser-lhe atendido o princípio da dignidade da pessoa humana (MONTEIRO, 2010). E a outra teoria é chamada de Teoria substancialista, que diz que deve sim o Judiciário intervir nessas questões, pois é o STF o guardião da Constituição Federal e quando certos comportamentos venham a prejudicar a paz social, a vida digna de uma coletividade, direitos mínimos existenciais, deve sim este Poder fazer valer as suas vezes e garantir esses direitos fundamentais, seja em controle concentrado, seja em controle difuso de constitucionalidade. (GALVÃO, 2010).

Portanto, para Granja (2013), a discussão sobre o tema é complicada, pois temos o ativismo judicial como uma forma de se concretizar direitos, já que o nosso poder legislativo não trabalha, mas também temos o lado de que o fenômeno fere a democracia e os princípios estabelecidos pelos três poderes de Montesquieu que veio evoluindo através do tempo.

## 6. ATIVISMO JUDICIAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Segundo Barrozo (2014), a ideia de um poder judiciário mais ativo pode até parecer uma ideia promissora para os leigos e por uma parte da população, mas a realidade é bem mais temerosa, pois grande parte dos países no mundo dividem suas funções entre órgãos distintos e independentes a fim de se evitar uma hegemonia institucional que poderá ocasionar diversos riscos a democracia e aos direitos fundamentais.

Por outro lado, deve ser lembrado que a jurisdição constitucional, de acordo com Loureiro (2012), é um importante meio facilitador de fortalecimento da democracia e assegura a ideia de um estado democrático de direito, mas há de se enaltecer que o Estado poderá, eventualmente, se chocar com a democracia.

Contudo, Loureiro (2012) alerta que, quando se retira a legitimidade, de se decidir o que é melhor ou pior para a população, do poder Legislativo ocorre um grave atentado à democracia, pois o legislativo são as pessoas que representam o povo, portanto são as pessoas que conhecem e defendem os anseios da população.

Para Loureiro (2012), acreditar que apenas um seleto grupo de intelectuais, no caso o poder Judiciário, tem a capacidade de responder e decidir o que seria melhor para as milhões de pessoas presentes no Brasil seria ignorar que o país é composto de diversos pensamentos e visões de mundo bem diferentes umas das outras.

Segundo Loureiro (2012), para que essas divergências de pensamentos fossem sempre ouvidas no âmbito nacional o Brasil adotou inclusive o sistema proporcional de votos para as eleições de deputados na Câmara Federal, a fim de que as minorias tivessem representação legislativa e que seus direitos e anseios fossem observados. Portanto retirar do Legislativo a importante função de editar normas seria uma grande afronta à democracia.

Sobre o assunto diz Sarmento (2007, p. 144 *apud* CARMONA, 2012, *on-line*):

[...] é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiossincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico.

Para Nunes (2013), um Estado que se diz democraticamente de direito não pode buscar uma justiça subjetiva norteada por convicções pessoais de quem a aplica, a justiça deve ser objetiva, técnica e concisa com o julgador se utilizando das normas já estabelecidas e não de suas convicções sejam elas progressistas ou conservadoras, pois se atrelar a uma convicção é ignorar a outra, deixando de lado o pensamento de uma parte da população.

A postura ativista do judiciário, por esse lado, pode levar a um caos jurídico dentro de um Estado democrático de direito, pois esse tipo de postura alimenta a insegurança jurídica ferindo o princípio da separação de poderes (NUNES, 2013).

Tomadas as devidas proposições, logo se averigua que,

é preciso “levar o Direito a sério” para preservar os viés de democracia elencados no texto constitucional. Ditames democráticos que devem ser recepcionados como uma conquista universalizada, sobretudo em relação a um povo que historicamente se desenvolveu sob tendências autoritárias. Caso contrário, haverá um problemático retrocesso, e o mais perigoso, um retrocesso gradual e oculto, até ignorado, causado por posturas disfarçadas e vendidas como legítimas. Não basta o julgador ter senso de honestidade, ser probo e ter sentimento do justo. Em um Estado que é regido pela tradição jurídica codificada, constituído com feições democráticas, ele não tem liberdade legitimada para decidir conforme a sua consciência. Portanto, os julgadores precisam respeitar a Constituição e agir com comprometimento, jamais devem extrapolar sua função a ponto de se denominar em os “donos da lei” (NUNES, 2013, p. 57).

Sendo assim, Streck (2013) acredita que para que haja estado democrático de direito os poderes devem observar o que lhe foram atribuídos pela Carta Magna, não cabendo arbitrariedades uns sobre os outros quando se fala de suas funções típicas.

Por outro lado, a omissão dos poderes em cumprir com suas funções típicas e atípicas, também trás uma inconstitucionalidade ao ordenamento jurídico, ferindo a democracia e sua representatividade e, pior, fere princípios fundamentais do Estado Democrático, como o da dignidade da pessoa humana e da cidadania (STRECK, 2013).

O poder judiciário, nesse diapasão, como possui a função de julgar concretizando os direitos e garantias constitucionais e legais, quando provado, não possui outra saída, se não a de concretizar as políticas públicas nos casos concretos (NUNES, 2013).

Salienta-se, que as omissões são tão latentes e graves, que acabam por desembocar em um Estado de coisas inconstitucional, fazendo com que o judiciário, quando provocado, “impor condutas aos poderes políticos” (ARRUDA, 2016, *on-line*).

Para Arruda (2016), o instituto do ativismo judicial hodierno é uma saída encontrada para a concretização dos direitos fundamentais, pois no Brasil a inoperância dos poderes Executivo e Legislativo gera uma falta massiva de políticas públicas relevantes, deixando a população desamparada tanto na saúde, segurança, educação entre outras áreas.

Campos (2015) defende o instituto como uma forma de se concretizar os direitos fundamentais:

O ativismo judicial estrutural revela-se, assim, o único instrumento, ainda que longe do ideal em uma democracia, para superar esses bloqueios e fazer a máquina estatal funcionar. No Estado de Coisas Inconstitucional, operam desacordos políticos e institucionais insuperáveis, a falta de coordenação entre órgãos do Estado, pontos cegos legislativos, temores de custos políticos e falta de interesse na representação de certos grupos sociais minoritários ou marginalizados. Nesse cenário de falhas estruturais e omissões legislativas e administrativas, as objeções democrática e institucional ao ativismo judicial estrutural possuem pouco sentido prático (CAMPOS, 2015, *on-line*).

Sendo assim, reconhecida o Estado de Coisas Inconstitucional, o Judiciário teria o seguinte papel, de acordo com Marmelstein (2015):

[...] a primeira medida adotada pelo órgão judicial é comunicar as autoridades relevantes o quadro geral da situação. Depois, convoca-se os órgãos diretamente responsáveis para que elaborem um plano de solução, fixando-se um prazo para a apresentação e conclusão desse plano. Nesse processo, também são indicados órgãos de monitoramento e fiscalização que devem relatar ao Judiciário as medidas que estariam sendo adotadas (MARMELSTEIN, 2015, *on-line*).

Nesse caso o Judiciário não iria impor medidas para a solução do problema, ele iria fiscalizar e certificar de que os órgãos competentes estão trabalhando para a resolução do problema, criando apenas obrigações de resultado para que a política pública supere o Estado de Coisas Inconstitucional (MARMELSTEIN, 2015).

De acordo com Marmelstein (2015, *on-line*), “é provável que os demais poderes vejam nisso uma intromissão indevida do Judiciário nos assuntos de governo”, porém o Judiciário estaria sujeito a alguns princípios relativos ao nível da intervenção judicial, que seriam: o grau de inação dos órgãos públicos, a

vulnerabilidade das pessoas envolvidas e a essencialidade do direito afetado. Sendo, portanto, o Judiciário mais intervencionista na defesa de direitos em situações mais qualitativas, para que não haja excessos descabidos (MARMELSTEIN, 2015).

Segundo Granja (2013), a inoperância do Executivo e do Legislativo frente à questão das políticas públicas justifica o ativismo judicial, pois a Constituição Federal assegura os direitos fundamentais à população e permite que o Judiciário possa cobrar a efetivação desses direitos, sendo, portanto, o ativismo judicial um meio bastante eficaz de se concretizar os direitos sociais.

Nesse sentido Silva e Weiblen (2007, p. 52 *apud* GRANJA, 2013, *on-line*):

Uma vez não efetivados os direitos fundamentais consagrados na Carta Política pelos poderes ditos legitimados, quais sejam, Poderes Executivo e Legislativo, cabe ao Judiciário intervir, a fim de concretizar os ditames insculpidos na Constituição Federal, através de prestações positivas. Assim, ao dispor sobre as prestações estatais, o Judiciário apenas determina a realização prática da norma constitucional, não permitindo que esta se torne mera diretriz abstrata e inaplicável, ato para o qual é competente, uma vez que, no Estado de Direito, o estado soberano deve submeter-se à própria justiça que institui. Noutras palavras, não é papel do Judiciário criar novas medidas referentes a direitos sociais, o que consistiria em violação ao princípio da Separação dos Poderes, mas sim trazer uma real efetividade às políticas públicas já existentes, de modo a não permitir que um apego excessivo a formalidades acabe por obstar a concretização das metas principais do Estado Democrático de Direito.

Granja (2013) ainda defende que o ativismo judicial, nesses casos, não estaria violando o princípio da tripartição dos poderes, pois o Judiciário estaria apenas assegurando as garantias contidas no texto constitucional que foram ignoradas pelos demais poderes, impondo ao órgão público as obrigações constitucionais que lhe foram impostas.

Assim Carmona (2012, *on-line*), afirma:

Quanto à crítica de que o ativismo judicial estaria violando a separação dos poderes, defendem os favoráveis a esta atuação proativa de que na Constituição Federal de 1988, a disciplina tripartite das funções do poder foi transformada consideravelmente. O princípio da separação de poderes evoluiu desde a sua sistematização inicial, sobrevindo uma flexibilização.

Carmona (2012) acredita que a Constituição Federal não segue o modelo clássico da separação dos poderes proposto por Montesquieu, sendo assegurada ao

Judiciário, pela própria Constituição Federal de 1988, a legitimidade de atuar ativamente em defesa dos direitos fundamentais.

Seguindo esse mesmo pensamento o professor Tavares (2008), nos ensina:

Modernamente têm sido propostas novas classificações das funções do Estado, com bases mais científicas e tendo em vista a realidade histórica em que cada Estado se encontra. A realidade já se incumbe de desmistificar a necessidade de poderes totalmente independentes, quanto mais numa distribuição tripartite. Ademais, a tese da absoluta separação entre os poderes os tornaria perniciosos e arbitrários (TAVARES, 2008, p. 1027).

Nesse sentido, para Granja (2013), cabe destacar que o ativismo judicial não está ferindo nenhuma norma nem princípio constitucional, está preenchendo uma lacuna a fim de se alcançar o bem social. “Há uma crescente demanda por parte da sociedade de tutela destes direitos. Assim, a legitimidade da atuação “protagonista” do Poder Judiciário decorre da própria vontade da Constituição” (CARMONA, 2012, *on-line*).

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil impera o regime democrático representativo, que é caracterizado pela participação popular igualitária, exigindo o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais.

Isso quer dizer que, para que um Estado alcance o objetivo de ser considerado um Estado democrático de direito, os direitos humanos dos cidadãos devem ter proteção jurídica e serem garantidos pelo Estado, através dos poderes constituídos.

Os poderes, reunidos em órgãos, possuem funções estabelecidas pelo legislador constituinte originário, que as distribuiu de forma que cada um dos poderes tivesse características predominantes concernentes à sua esfera de atuação, sem, contudo, estabelecer exclusividade absoluta no exercício de suas funções típicas, reconhecendo a separação dos poderes.

Mas, o mundo está em constante mutação e a população está em uma constante evolução, sendo necessário que os conceitos, até mesmo os clássicos, sejam atualizados a fim de melhor atender os anseios da população, e este é o caso da teoria dos três poderes, pois no mundo contemporâneo houve uma necessidade de abrandamento da teoria, não sendo possível, na atualidade, adotar a ideia dos autores clássicos de poderes separados absolutamente, o próprio Montesquieu admitiu uma flexibilização com o sistema de freios e contrapesos.

Destaca-se que o grande problema que justifica o abrandamento da teoria no Brasil, seria a crise institucional vivida pelos poderes Executivo e Legislativo, que não conseguem cumprir com as funções que lhe foram concedidas, já que no Brasil há vários casos de direitos fundamentais sendo desrespeitados proporcionando insegurança jurídica.

Com essa crise administrativa e legislativa, o Judiciário se tornou o principal órgão concretizador de direitos da população. Essa crise institucional resultou em inúmeros direitos desrespeitados por omissões e inéncias legislativas, nascendo o chamado Estado de coisas unconstitutional, tornando a posição proativa do poder judiciário importante para a realização e defesa desses direitos garantidos pela Carta Magna. Prova disso é que, a todo o momento, um Poder interpenetra-se na esfera de atribuição de outro por expressa determinação constitucional, a fim de que se

aplique o mecanismo de freios e contrapesos, como o verdadeiro caracterizador da harmonia entre os poderes.

Porém, o ativismo judicial deverá ser aplicado com ressalvas, pois uma hegemonia institucional, por mais valoroso e nobre que seja seus objetivos, não é recomendável a utilização de forma exacerbada, uma vez que poderá trazer prejuízo à democracia representativa.

Portanto, o ativismo judicial em determinados casos, é um meio necessário, para proteger os direitos fundamentais garantidos pela Constituição, já que os demais poderes, qual seja, Legislativo e Executivo, passam por uma grave crise representativa e institucional se tornando poderes ineficazes quando a concretização do bem estar da população.

## 8. REFERÊNCIAS:

ARISTÓTELES, 384-322 a. C.. **A Política.** Ed. Especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. Saraiva de Bolso.

ARRUDA, Andrey Stephano Silva de. **Estado de Coisas Inconstitucional:** uma nova fórmula de atuar do STF. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 145, 2016. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=16813](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16813)>. Acesso em: 24 set. 2018.

BAHIA, Alexandre. **Crise da democracia representativa:** infidelidade partidária e seu reconhecimento judicial. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 100, p. 57-84, jan./jun. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial:** Direito e Política no Brasil Contemporâneo. [S.I.]: SlideShare, 2010. Disponível em: <<http://www.slideshare.net/chlima/constituicäodemocracia-e-supremacia-judicial-direito-e-politica-no-brasil-contemporaneo>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** [S.I.]: Migalhas, 2009. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20090130-01.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf)>. Acesso em: 12 jun. 2018.

BARROZO, Filipe Paredes. **Ativismo Judicial e Democracia:** Influência da Atividade Judicial nos Rumos Políticos e Sociais do Brasil. [S.I.]: JurisWay, 2014. Disponível em: <[https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=13446](https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13446)>. Acesso em: 11 out. 2018.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** Vol. 2. Brasília: Universidade de Brasília, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, 1988.  
Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm).  
Acesso em: 12 jun. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional:** Uma alternativa para a atuação do STF ante situações de violação massiva e contínua de direitos. [S.I.]: Jota, 2015. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional-04052015>>. Acesso em: 24 set. 2018.

CARDOZO, José Eduardo. **A crise do legislativo.** [S.I.]: Scielo, 2009. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40142009000300008](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142009000300008)>. Acesso em: 15 ago. 2018.

CARMONA, Geórgia Lage Pereira. **A propósito do ativismo judicial:** super Poder Judiciário?. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11605](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11605)>. Acesso em: 26 set. 2018.

CARVALHO, Diogo. **Democracia deliberativa de Habermas e Rawls.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4466, 23 set. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42980>>. Acesso em: 26 nov. 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico.** vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1998.

GALVÃO, José Octavio Lavocat. Entre Kelsen e Hercules: Uma análise jurídico-filosófica. in: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). **Estado de Direito e Ativismo judicial.** São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GRANJA, Cícero Alexandre. **O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais.** In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 119, 2013. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14052](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14052)>. Acesso em: 14 jun. 2018.

GUEDES, Néviton. **Constituição e poder:** O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção. [S.I.]: Consultor Jurídico, 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao>>.

Acesso em: 14 jun. 2018.

GUIMARÃES, Rodrigo Leventi. **A harmonia dos três poderes e a composição do Supremo Tribunal Federal através do Sistema de Freios.** [S.I.]: Migalhas, 2005. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI8267,31047-A+harmonia+dos+três+poderes+e+a+composicao+ do+Supremo+Tribunal>>. Acesso em: 05 ago. 2018.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro:** estudos de teoria política. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe, Milton Camargo Mota. 2<sup>a</sup>ed. São Paulo: Humanística, 2004.

HAN, Jocemar van der. **Freios e Contrapesos:** a edição de medidas provisórias e a relação dos poderes no Brasil. 2005. 73 f. Monografia (Especialização)-Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2005. Disponível em: <[https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/2122/Han\\_Jocemar\\_van\\_der.pdf?sequence=1](https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/2122/Han_Jocemar_van_der.pdf?sequence=1)>.

Acesso em: 07 ago. 2018.

JAKOBSON, Einar. **Ativismo judicial e o princípio da separação dos poderes.** [S.I.]: JurídicoCerto, 2017. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/einar-jakobson/artigos/ativismo-judicial-e-o-princípio-da-separacão-dos-poderes-3636>>. Acesso em: 11 ago. 2018.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos:** ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

LOUREIRO, Gryecos Attom Valente. **Reflexões sobre a democracia de Ober e Rosenfeld e o ativismo judicial.** [S.I.]: Publica Direito, 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=07ac7cd13fd0eb16>>. Acesso em: 11 out. 2018.

MAFALDO, Lucas. **Porque o legislativo brasileiro não funciona.** [S.I.]: Medium, 2016. Disponível em: <<https://medium.com/@lucasmafaldo/o-principal-problema-do-poder-legislativo-brasileiro-2db081279706>>.

Acesso em: 15 ago. 2018.

MARMELSTEIN, George. **O Estado de Coisas Inconstitucional – ECI:** apenas uma nova onda do verão constitucional?. [S.I.]: Direitos Fundamentais, 2015. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci-apenas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional/>>. Acesso em: 25 set. 2018.

MONTEIRO, Juliano Ralo. Ativismo Judicial: Um caminho para concretização dos direitos fundamentais. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). **Estado de Direito e Ativismo judicial.** São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **O espírito das leis.** Trad. Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NUNES, Dierle. **Crise da democracia representativa:** infidelidade partidária e seu reconhecimento judicial. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 100, p. 57-84, jan./jun. 2010.

NUNES, Leandro Lovato. **A (i)legitimidade do ativismo judicial praticado pelo STF:** uma reflexão à luz dos ditames de um estado democrático de direito. 2013. 63 f. Monografia (Graduação)-Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/2947/A%20%28I%29LEGITIMIDADE%20DO%20ATIVISMO%20JUDICIAL%20PRATICADO%20PELO%20STF.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 12 out. 2018.

PEREIRA, Marcos Cavalcante. **O modelo de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal: uma visão crítica.** [S.I.]: Jusbrasil, 2015. Disponível em: <<https://marcoscp.jusbrasil.com.br/artigos/243404219/o-modelo-de-escolha-dos-ministros-do-supremo-tribunal-federal-uma-visao-critica>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

PERRET, Marcelo. **Montesquieu e a Divisão de Poderes (Sistema de Freios e Contrapesos).** [S.I.]: Perret Advogados, 2013. Disponível em: <<https://www.perret.com.br/2013/05/30/montesquieu-e-a-divisao-de-poderes-sistema-de-freios-e-contrapesos/>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

PIRES, Ana Carolina Fernandes. **Conceito histórico da separação dos poderes.** [S.I.]: Jusbrasil, 2014. Disponível em: <<https://anacarolinafp.jusbrasil.com.br/artigos/144732862/conceito-historico-da-separacao-dos-poderes>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial:** parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

REIS, André. **A insegurança jurídica causada pela ineficácia do Poder Legislativo.** [S.I.]: Direito Diário, 2016. Disponível em: <<https://direitodiario.com.br/inseguranca-juridica-ineficacia-do-poder-legislativo/>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

RIBEIRO, Flávia. **Direito Eleitoral.** 5<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SOUZA, Ana Paula Oliveira de. A separação de poderes com enfoque na ADI 3.367\DF. In: VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira (Org.). **Separação dos poderes.** Brasília: IDP, 2015. p. 6-19.

SPÍNOLA, Diego. **A teoria da separação dos poderes e a invasão de competência do judiciário nos processos legislativos:** Limitações constitucionais e a legitimidade do ativismo judicial. [S.I.]: Jusbrasil, 2018. Disponível em: <[https://diegossospinola.jusbrasil.com.br/artigos/575885274/a-teoria-da-separacao-dos-poderes-e-a-invasao-de-competencia-do-judiciario-nos-processos-legislativos?ref=topic\\_feed](https://diegossospinola.jusbrasil.com.br/artigos/575885274/a-teoria-da-separacao-dos-poderes-e-a-invasao-de-competencia-do-judiciario-nos-processos-legislativos?ref=topic_feed)>.

Acesso em: 05 ago. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Como se mede a “réguia” para aplicar a lei: quem a fixa?.** [S.I.]: Consultor Jurídico, 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-out-24/senso-incomum-medida-regua-aplicar-lei-quem-fixar>>. Acesso em: 12 out. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisprudência personalíssima:** "Abandonar as próprias vontades para julgar é o custo da democracia". [S.I.]: Consultor Jurídico, 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-ago-10/intervista-lenio-streck-jurista-advogado-procurador-aposentado>>.

Acesso em: 15 out. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito Civil.** 8 ed. Rio de Janeiro: Editora método: 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.