



FACULDADE UNYLEYA
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL
LUDIMILA SILVA COSER

Tripartição dos Poderes no Brasil Atual

Brasília - DF
2018

LUDIMILA SILVA COSER

Tripartição dos Poderes no Brasil Atual

Artigo apresentado à Faculdade Unyleya como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito Constitucional.

Orientador: Professor Manoel Maia Jovita

Brasília - DF

2018

*Dedico sobretudo a Deus e a minha
amada família. ...*

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus por ter me mantido firme em meus propósitos, ao meu esposo pela paciência e incentivo aos meus estudos.

RESUMO

A separação dos poderes consiste na atribuição de funções governamentais a diferentes órgãos. No Estado brasileiro, esses órgãos se classificam em Legislativo, Executivo e Judiciário, cada qual com independência funcional e orgânica.

Associada à ideia de direitos fundamentais e liberdade, o princípio de separação dos poderes tem por finalidade limitar o poder estatal.

No Brasil contemporâneo, observa-se que, na prática, a separação dos poderes não é plena, uma vez que o Poder Judiciário assumiu uma postura mais ativista na concretização dos valores e fins constitucionais.

Palavras chave: Separação de poderes; Constituição; Poder Judiciário; Democracia.

ABSTRACT

The separation of powers consists in the attribution of governmental functions to different organs. In the Brazilian State, these organs are classified as Legislative, Executive and Judiciary, each one with functional and organic independence.

Associated with the idea of fundamental rights and freedom, the principle of separation of powers is aimed at limiting state power.

In contemporary Brazil, it is observed that, in practice, the separation of powers is not complete, since the Judiciary took a more activist stance in the concretization of constitutional values and goals.

Keywords: Separation of powers; Constitution; Judiciary; Democracy.

SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO	8
2. Origem da Separação de Poderes	9
3. Breve Revisão dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário	11
3. 1. Poder Executivo.....	12
3.2. Poder Legislativo.....	13
3.3 Poder Judiciário.....	16
4. Poder Judiciário: novo protagonista	18
5. CONCLUSÃO	22
BIBLIOGRAFIA	23

1.INTRODUÇÃO

A separação dos poderes é um dos pilares presentes em quase todas as democracias mundiais, pois trata-se de um princípio que assegura aos cidadãos a liberdade, os direitos fundamentais da pessoa humana, rechaçando quaisquer arbitrariedade e autoritarismo contra o indivíduo.

No Brasil, o Princípio da Separação dos Poderes é previsto na Constituição Federal de 1988, a qual confere aos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário suas competências típicas.

Contudo, muitas vezes os três poderes acabam por extrapolar suas esferas de competência, ocasionando conflitos e uma inter-relação desequilibrada.

Cabe observar que, nos últimos anos, há forte intervenção de alguns poderes sobre os outros, sobretudo o Poder Judiciário que, com inspiração na teoria dos *checks and balances*, vem agindo em matérias, em tese, reservadas às competências do Executivo e Legislativo.

No direito constitucional contemporâneo, a doutrina reconhece que a separação dos poderes deve ser vista de uma nova maneira com a existência de um Judiciário atuante que, além de deter as competências constitucionais, é-lhe reservada, concorrentemente, a missão indelegável de efetivar os direitos fundamentais.

O presente trabalho de conclusão de curso visa apresentar, por meio de pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, uma análise acerca do sistema tripartite brasileiro no cenário atual, com destaque para o protagonismo judicial.

2.Origem da Separação de Poderes

O tema da separação de poderes sempre foi objeto de discussão por grandes doutrinadores no decorrer da história. Esse princípio surgiu com o intuito de limitar o poder do Estado, impedindo que seja usado de modo arbitrário.

Já na Antiguidade, Aristóteles, em sua obra “A Política”, esboçou três funções exercidas pelo soberano, que seriam as funções Deliberativa, Executiva e Judicial. [1]

Porém, Aristóteles não foi o pioneiro na elaboração do princípio em comento. Observa-se que na clássica obra de Platão, “A República”, há pontos que deixavam clara a concepção de uma teoria que consistia em subdividir as funções do Estado de forma que não ficassem concentradas nas mãos de apenas uma pessoa, o que poderia ser prejudicial aos anseios da sociedade. [2]

Na Renascença, Maquiavel preconizou, em O Príncipe, que o rei dividiria seu poder político com o Parlamento e o Judiciário, os quais agiriam em nome do soberano. [3]

Posteriormente, outros pensadores como John Locke e Montesquieu discorreram sobre o tema, contribuindo com aquele que é hoje um dos princípios basilares da ordem jurídica de vários Estados.

Locke, em sua obra “Segundo Tratado sobre o Governo Civil”, consignou que os poderes efetivamente se constituem em dois: o legislativo, ou seja, aquele que deve elaborar as leis para a comunidade; e o executivo, isto é, aquele que deve fazer cumprir as leis elaboradas pelo poder legislativo. Para Locke, há um terceiro poder denominado de federativo, que constituiu-se em “[...] o poder de guerra e de paz, de ligas e alianças, e todas as transações com todas as pessoas e comunidades estranhas à sociedade [...]”. [4]

Em suma, para aquele autor, o poder federativo é exercido pelo governante tão somente em questões de relações internacionais do Estado, fazendo parte do poder executivo.

Além disso, o poder legislativo é superior aos demais, que se subordinam a ele, pois acreditava que o poder de definir as leis devia ser superior ao poder dos que meramente as executavam (executivo). [5]

A esse respeito, Locke afirmou: “A primeira lei positiva e fundamental de todas as comunidades, consiste em estabelecer o poder legislativo”. [6]

Na filosofia política lockeana, a teoria da separação de poderes visa estabelecer funções distintas para os poderes, mas de modo a assegurar a supremacia do legislativo sobre o executivo. Observa-se que, nessa teoria, a separação de poderes não gera um sistema de *checks and balances* como propõe a filosofia política de Montesquieu.

É com Montesquieu que surge a formulação clássica da Separação dos Poderes na forma tripartite, agregada ao constitucionalismo. Em 1748, na obra “O Espírito das Leis”, Montesquieu, inspirado na teoria de Locke, expôs a ideia de três poderes, Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, que devem coexistir de forma harmônica e independentes entre si. [7]

Ressalte-se que a teoria da separação dos poderes foi construída com clara intenção de se contrapor ao estado absolutista e com o fim de separar a política e o direito. Montesquieu via na divisão dos poderes uma forma de combater o despotismo e resguardar a liberdade do indivíduo, estabelecendo a autonomia e os limites para cada um dos poderes.

Assim, o Poder Executivo tinha atribuição de administrar o Estado e de executar as questões relativas à esfera pública; enquanto o Poder Judiciário deveria aplicar as leis em caso de conflito. No que concerne ao poder legislativo, ele pertence ao povo, pois está de acordo com a ideia de alma livre do homem e de que cada um deve “governar-se a si mesmo”, assim, o povo deve eleger representantes para exercer o poder legislativo. [8]

O filósofo francês assim previu a tripartição de poderes [9]:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.

O trabalho do iluminista francês, que sistematizou a separação dos poderes, influenciou os idealizadores da constituição dos Estados Unidos e, conseqüentemente, a tripartição dos poderes se tornou a base de qualquer esfera democrática no mundo contemporâneo.

Ocorre que no modelo americano, o Poder Judiciário foi elevado ao nível dos demais poderes, evitando que o Poder Legislativo subjugasse os demais e resultando num maior equilíbrio entre eles.

Com a divisão de poderes, surge o chamado sistema de freios e contrapesos (*check and balances*), que consiste em nada mais do que um sistema de controle cruzado, um controle mútuo que um poder exerce sobre o outro, garantindo que nenhum poder se sobreporá ao outro.

Vale mencionar que esse sistema assegura a separação dos poderes, uma vez que cada poder controla outro poder e também é simultaneamente controlado, sem que haja prejuízo de suas atribuições próprias e sem extrapolar sua área de atuação. Dessa forma, o sistema de freios e contrapesos indica o combate aos abusos dos poderes, a fim de manter certo equilíbrio.

A separação dos poderes foi associada, por Montesquieu, aos conceitos de liberdade e de direitos fundamentais, os quais foram acolhidos na Constituição Francesa, Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. 16: “toda sociedade, onde a garantia direitos não esteja assegurada nem a separação dos poderes determinada, não possui Constituição”. [10]

Depreende-se, portanto, que tanto a separação dos poderes como os *checks and balances* são essenciais para a constituição do Estado democrático contemporâneo, não somente porque limita o poder da autoridade estatal, mas também porque garante a liberdade e direitos dos indivíduos.

Outrossim, a limitação dos poderes faz parte do Estado de Direito, como preconiza José Afonso da Silva “o conceito clássico de Estado de Direito abrange três características: a) submissão (dos governantes e dos cidadãos) ao império da lei; b) separação de poderes; c) garantia dos direitos fundamentais.” [11]

Cabe citar que o princípio da separação de poderes ainda objetiva a racionalização das atividades públicas pois, uma vez que as funções estatais foram diferenciadas, serão exercidas com maior eficiência e técnica.

3. Breve revisão dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 2º, consolidou a “*separação*” dos Poderes do Estado, tornando-os independentes e harmônicos entre si, de modo a evitar que um dos poderes usurpe as funções de outro e elevando-o ao nível de cláusula pétrea [12]

Assim, o texto constitucional, privilegiando a clássica divisão defendida por Montesquieu, definiu como poderes estatais o Executivo, Legislativo e Judiciário, atribuindo-lhes suas composições, funções típicas e atípicas, bem assim prerrogativas.

3.1 O Poder Executivo

A constituição federal brasileira em seus artigos 76 a 91 confere funções administrativas para um conjunto de órgãos e autoridades públicas, que se configuram no poder executivo.

Precipualemente, a função do executivo é governar, administrar a máquina pública, constituindo-se no governo de fato, sendo na esfera federal, exercido pelo Presidente da República em conjunto com os ministros de estados por ele indicados. No sistema presidencialista brasileiro, o presidente exerce a chefia do Estado e do governo.

Como chefe de Estado, o Presidente exerce a titularidade nas relações internacionais; representando a unidade Estatal brasileira no quadro internacional. A função de governo se relaciona aos “negócios internos”. [13]

Percebe-se que ao longo da história, o Poder Executivo tornou-se mais forte dentre os demais, pois ratifica a existência do estado democrático, no sentido de que “democracias são regimes políticos nos quais os principais postos de governo são ocupados como resultado da disputa eleitoral aberta e regular”. [14].

Na atualidade brasileira, o poder executivo se distanciou dos conceitos clássicos de Locke e até mesmo de Montesquieu, que partilhavam da premissa que esse poder se subordinava ao poder legislativo.

Diversos doutrinadores brasileiros entendem que há uma sobreposição do Poder executivo sobre os demais, sobretudo face à agenda decisória legislativa

conferida pela CF/88 a esse poder, como se nota no art. 84, inciso XXVI, no qual lê-se: “XXVI - editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62;”.

Além disso, o texto constitucional de 1988 foi generoso com o Poder Executivo, ao conceder-lhe: (i) iniciativas legislativas exclusivas sobre projetos de lei administrativos, orçamentárias e sobre matérias tributários; (ii) iniciativa para projetos de emenda constitucional; e (iii) possibilidade de editar leis sob requerimento de delegação do Congresso, solicitar urgência nos projetos de lei e impor restrições a emendas orçamentárias do Congresso. [15]

Outrossim, não obstante o presidente da República não interferir na função jurisdicional, note-se que há certa influência do Poder Executivo sobre o Judiciário, uma vez que a indicação e nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e outros tribunais superiores cabe ao presidente (artigos: 84, incisos XIV e XVI; 111-A; 119, inciso II; 123, parágrafo único, todos da Constituição Federal).

É de se notar que a CF/88 não permite que o Executivo passe por cima do Congresso Nacional, uma vez que as proposições legislativas só são aprovadas por apoio da maioria, além disso, a iniciativa legislativa do Executivo é limitada pela possibilidade que o Congresso tem de acrescentar emendas, modificando o projeto, ou, até mesmo, rejeitando-o, note-se aí, os mecanismos de freios e contrapesos. [16]

Contudo, na prática atual, os poderes legislativos do presidente são apoiados pelo Congresso por meio de coalizões partidárias. Assim, tem-se um Poder Executivo dominante no processo legislativo, à medida que conta com a cooperação de parlamentares para consecução de seus interesses.

Vê-se, portanto, plena interferência do executivo em funções atípicas, quando extrapola sua função legislativa por meio de edição recorrente de medidas provisórias, com força de lei, ensejando uma crise institucional entre os poderes republicanos, por conseguinte, um abalo na independência e harmonia entre os poderes.

Nesse contexto, Paulo Bonavides cita a frase do célebre Rui Barbosa “Deste feito, o presidencialismo brasileiro não é senão a ditadura em estado crônico, a irresponsabilidade geral, a irresponsabilidade consolidada, a irresponsabilidade sistemática do Poder Executivo”. [17]

3.2 Poder Legislativo

Dentro da clássica tripartição de poderes, há o Poder Legislativo, que na concepção do ilustre professor José Afonso da Silva [18] pode ser definido como:

Poder Legislativo é, pois, o órgão coletivo (ou conjunto de órgãos coletivos) compostos de membros eleitos pelo povo destinado a exercer a função de legislar e outras que a doutrina costuma destacar. Quando se fala em funções do Poder Legislativo, está-se pensando nas funções que se atribuem aos órgãos desse Poder. Esquemáticamente, podemos dizer que as funções fundamentais do Poder Legislativo são a de representação, a de legislação, a de legitimação da ação governamental, a de controle, a de juízo político e a constituinte.

No Brasil, o Legislativo configura-se pelo bicameralismo federal, ou seja, formado por duas Casas: Câmara dos Deputados Federal e Senado Federal. A primeira composta por representantes do povo, e a segunda representando os Estados-membros e o Distrito Federal, tal como está disposto no artigo 44 da Constituição Federal 1988.

Ao Poder Legislativo, em âmbito federal, caberá ao Congresso Nacional a elaboração de leis por meio de suas duas Casas (Câmara dos Deputados e Senado Federal), tendo suas atribuições e competências dispostas no Título IV, Capítulo I, Seção II da CF/88, ressaltando as matérias que carecem de sanção presidencial (art. 48) e aquelas de competência da Câmara dos Deputados ao Senado Federal (art. 50).

Destaque-se que as competências privativas de cada Casa estão previstas nos arts. 51 e 52 da CF/88.

Como mencionado, além das funções típicas relacionadas ao poder de legislar e fiscalizar; e as funções atípicas relacionadas ao poder de administrar e julgar, existem funções legislativa; de representação; de legitimidade governamental; de fiscalização e controle; de juízo político; e constituinte.

A função legislativa visa à elaboração de normas e leis dentro do processo legislativo (art. 59 da CF/88), referindo-se ainda à capacidade de modificá-las e revogá-las, com colaboração do Poder Executivo, não só pela sanção, como também pela iniciativa e veto. É por meio da lei que o poder estatal predetermina condutas à sociedade, mais ainda, como realiza intervenções que alterem a situação da comunidade, influenciando a realidade social. A lei é “o instrumento institucional de maior importância no controle social”. [19]

Acerca da função constituinte, menciona-se a lição de Alexandre de Moraes que expõe: “diz-se **parlamentar** a prerrogativa que a Constituição confere a todos os membros do Congresso Nacional (Deputados Federais/Senadores da República) de

apresentação de projetos de lei.” Isso significa dizer que as propostas de emendas, leis, decretos legislativos e resoluções são de iniciativa de parlamentares que representam o povo, que é o titular do poder constituinte. [20]

Vale lembrar que o Poder Legislativo é o cerne da democracia, pois é por meio dele que se manifesta a vontade popular.

No que se refere à função de juízo político, observa-se que nada mais é do que um processo pelo qual se apura a responsabilidade do Chefe do Executivo (art. 52 da CF/88), uma vez mais, observa-se a incidência dos mecanismos de freios e contrapesos.

Inobstante o texto constitucional frisar pontos que assegurem o regime democrático e a relação de independência e harmonia entre os poderes, no cenário atual, o Poder Executivo controla o Poder Legislativo, por meio de compra de apoio político (coligações partidárias para obter maior tempo de televisão, loteamento de cargos públicos de primeiro e segundo escalão, promessa de obras em nichos eleitorais específicos e, até mesmo, dinheiro vivo).

Talvez, esse arranjo político entre o Executivo e o Legislativo fosse positivo devido à constante necessidade de coordenação política entre os poderes em prol de uma agenda de governo que pudesse beneficiar a população.[21]

Porém, na prática, ocorrem deturpações da função política do Poder Legislativo, as quais evidenciam como os parlamentares se apropriam do cargo e o usam em benefício próprio ou do partido, enfraquecendo as instituições legislativas com os recorrentes casos de corrupção noticiados e barganha de cargos com o Executivo.

Dessa forma, a sociedade questiona cada vez mais o valor e validade de determinadas leis, já que os parlamentos limitam-se a forma de aprovação quase tácita, sem discussão, e sem saber o alcance no mundo jurídico, tudo de acordo com os conchavos políticos em detrimento do bem social. Como exemplo, cita-se a aprovação desproporcional de medidas provisórias, muitas vezes, sem avaliação de seus requisitos intrínsecos: urgência e relevância.

No vigente *modus operandi*, vislumbra-se que o declínio do legislativo reflete em declínio da sociedade.

Além dessa relação simbiótica com o Executivo, em 2016, o Poder Legislativo teve sua relação com o Poder Judiciário abalada, com a recusa da intimação da cautelar do ministro Marco Aurélio proferida na ADPF n. 402, que decidiu afastar o

Senador Renan Calheiros da presidência do Senado Federal, haja vista ser réu pelo crime de peculato, tornando-o inapto para assumir a Presidência da República numa substituição eventual. [22]

Vê-se que a recusa expressa foi uma afronta ao Judiciário, pois o correto seria acatar a ordem judicial legítima, uma vez que tanto o Senado quanto a Mesa da Casa encontram-se habilitados para recorrer da decisão proferida, consoante entendimento expressado pelo ex-presidente do STF, Ayres Britto. [23]

3.3 Poder Judiciário

Por fim, o Poder Judiciário é aquele responsável pela função jurisdicional, ou seja, julgar o que lhe é posto, aplicando o Direito, em caráter definitivo. [24]

Relembrando a lição de Montesquieu [25]:

[...] não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor.

Na concepção do filósofo francês, o judiciário é o que assegura o respeito às leis, devendo ser totalmente independente em relação aos demais poderes.

Nos ensinamentos de Moraes [26]:

[...] o Poder Judiciário é um dos três poderes clássicos previstos pela doutrina e consagrado como poder autônomo e independente de importância crescente no Estado de Direito, pois, afirma que sua função não consiste somente em administrar a Justiça, sendo mais, pois seu mister é ser o verdadeiro guardião da Constituição, com a finalidade de preservar, basicamente, os princípios da legalidade e igualdade, sem os quais os demais tornar-se-iam vazios.

Nesse contexto, conclui-se que não há Estado democrático de direito sem a existência de um Poder Judiciário autônomo e independente para que exerça sua função de guardião das leis.

Para garantir a independência do Judiciário, livre das interferências de outros poderes, estabilidade e desempenho de suas funções jurisdicionais, a CF/88 deu as seguintes prerrogativas aos seus membros: vitaliciedade, inamovibilidade e

irredutibilidade dos vencimentos. O texto constitucional (art. 95) ainda prevê vedações aos magistrados, no intuito de mantê-los livres de corrupção e proporcionar-lhes livre exercício da atividade jurisdicional.

Em vista dessa independência funcional, pode-se afirmar que cabe ao Poder Judiciário julgar os conflitos em caso concreto de acordo com a lei e princípios do Direito, impondo a validade do ordenamento jurídico sempre que for necessário.

Na esfera federal, dois tribunais destacam-se: o STF, que é o guardião em última e única instância das matérias constitucionais, e o STJ, que é a última instância nas discussões de matérias infraconstitucionais.

Quando a CF/88 atribuiu sua guarda ao STF (artigo 102, caput, da Constituição Federal) deu plena relevância ao Judiciário e total independência em relação aos demais poderes, na medida em que esse poder escuta a sociedade, protegendo seus direitos e, por conseguinte, assegura o Estado Democrático de Direito.

No que tange à Corte Suprema, sua competência é prevista na CF/88 (art. 102) e Regimento Interno do Tribunal. Quando o STF processa e julga as ações que lhe cabe originalmente, por meio do controle concentrado, estará atuando em única instância (competência originária), bem assim atua em última instância (competência recursal), mediante provocação por meio de recursos – ordinários ou extraordinários. Inobstante o Poder Executivo não interferir na função típica do Judiciário, indicará os ministros dos Tribunais Superiores e os nomeará, após aprovação do Senado Federal. Essa interferência decorre de características históricas (Brasil Império) na política brasileira, que tendem a perpetuar o poder nas mãos do Executivo.

Ainda, em que pese essa intervenção do Executivo no Judiciário estar prevista constitucionalmente não se pode considerá-la como parte dos mecanismos limitadores de freios e contrapesos, trazendo risco à separação de poderes, uma vez que o STF é o guardião do Estado Democrático de Direito.

Vale dizer que, a fim de evitar a impessoalidade dos critérios de seleção na escolha dos magistrados pelo Poder Executivo, encontra-se na Secretaria Legislativa do Senado Federal a Proposta de Emenda à Constituição n. 35/2015, a qual pretende a alteração do artigo 101 da Constituição Federal quanto à atual forma de escolha, requisito, prazo para indicação e mandatos dos ministros do Supremo Tribunal Federal. [27]

Tal proposição mantém a competência do Presidente da República na escolha final dos ministros, contudo, deverá escolher dentre integrantes de lista tríplice, que

será formulada por um colegiado com membros do Judiciário, Presidente do TCU, Conselho Federal da OAB e Procurador-Geral da PGR. Ressalte-se que o escolhido deverá ser sabatinado pelo Senado Federal que aprovará ou não o nome do escolhido.

Infere-se que a emenda visa preservar a independência do Poder Judiciário, entretanto, de nada valerá se o Poder Executivo influenciar os membros do Senado na escolha dos magistrados por meio da sistemática do compadrio que existe na política brasileira.

4. Poder Judiciário: novo protagonista

No contexto pós-constituição de 1988, observa-se que a jurisprudência do STF mantinha-se distante de questões que tocavam na discricionariedade dos Poderes Executivo e Legislativo, evidenciando o princípio da separação de poderes.

Contudo, na primeira década do século XXI, face às intensas transformações ocorridas no mundo, os indivíduos passaram a exigir rapidez na resposta do Estado em decorrência dessas mudanças, principalmente no que tange a direitos e liberdades.

Assim, a sociedade brasileira tem se deparado nos últimos anos, com o surgimento de novos, relevantes e polêmicos direitos, os quais muitas vezes são tratados na CF/88 de modo abstrato, carecendo de regulamentos específicos e políticas públicas para serem efetivados.

No Brasil, evidencia-se a morosidade do Legislativo no processo de criação de leis e seu crescente descrédito diante da população devido aos noticiados casos de corrupção, bem como a inércia do Poder Executivo em concretizar medidas públicas que visem à garantia de direitos fundamentais e proteção da dignidade da pessoa humana.

Diante disso, tem-se o Poder Judiciário, o qual é instado a se manifestar sobre assuntos que até então não eram judicializados, adotando uma postura mais ativista no intuito de atender as demandas sociais. O juiz passa a ser um controlador das políticas públicas e de questões políticas, fazendo emergir uma nova ordem: a judicialização da política.

Nessa toada, o princípio da separação de poderes deve ser analisado sob nova ótica, com a existência de uma jurisdição constitucional.

Segundo Paulo Bonavides [28]:

Ontem, a separação de Poderes se movia no campo da organização e distribuição de competências, enquanto seu fim era precisamente o de limitar o poder do Estado; hoje, ela se move no âmbito dos direitos fundamentais e os abalos ao princípio partem de obstáculos levantados à concretização desses direitos, mas também da controvérsia de legitimidade acerca de quem dirime em derradeira instância as eventuais colisões de princípios da Constituição. Na equação dos poderes que se repartem como órgãos da soberania do Estado nas condições impostas pelas variações conceituais derivadas da nova teoria axiológica dos direitos fundamentais, resta apontar esse fenômeno de transferência e transformação política: a tendência do Poder Judiciário para subir de autoridade e prestígio, enquanto o Poder Legislativo se apresenta em declínio de força e competência.

Por consequência, o Brasil tem assistido atuações proativas do STF em casos de repercussão pública, como: aposentadoria especial, greve de servidor público, união homoafetiva e outros.

O fenômeno da judicialização é respaldado pela inafastabilidade da apreciação pelo poder judiciário de lesão ou ameaça de direito, previsto no art. 5º, XXXV, CF/88, ou seja, é garantido ao jurisdicionado uma das prerrogativas basilares de uma sociedade democrática Constitucional que é o acesso à justiça.

Nas palavras do Ministro Luís Alberto Barroso [29]:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

Consoante o novo posicionamento do STF, cita-se, a título exemplificativo, o julgamento do Mandado de Injunção n. 670, ajuizado pelo Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Estado do Espírito Santo (Sindpol), no qual aquela Corte assumiu a função do Poder Legislativo ao decidir sobre a greve de servidores públicos face à omissão legislativa em editar lei regulamentadora. [30]

Já o fenômeno ativismo judicial está associado 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. [31]

O ativismo judicial pode ser observado quando o STF vedou o nepotismo no âmbito dos demais poderes, em nome dos princípios da moralidade e impessoalidade, ensejando a edição da Súmula Vinculante n. 13 com conotação quase normativa. [32]

Além disso, esse fenômeno manifestou-se quando o Judiciário, com intuito de suprir a falta de ação do Poder Executivo em matéria de políticas públicas, determinou a distribuição de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde (Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175), desconsiderando a condição orçamentária do Estado. [33]

Ressalte-se que o ativismo judicial deve ser limitado e ocorrer somente excepcionalmente, pois os direitos e obrigações relacionados a determinadas matérias devem ser definidos por via legislativa e administrativa, pois as questões de alocação de recursos, em princípio, são reservadas à Administração Pública.

Em que pese a ação proativa do STF, não se pode minimizar o princípio da separação de poderes, como se observa quando a Corte Suprema interviu na esfera legislativa para descriminalizar o aborto no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental de n. 54 [34]:

EMENTA: FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. [ADPF N. 54/DF – Relator Min. MINISTRO MARCO AURÉLIO, 2012 - STF]

Conquanto haja um descompasso entre o Código Penal e a sociedade contemporânea, demandando uma atualização normativa, a fim de atender aos anseios e necessidades da população; verifica-se, nesse julgado, que caberia ao Poder Legislativo, nos ritos previstos na constituição, a criação, alteração ou revogação de norma penal para não mais tipificar o aborto de feto anencéfalo como crime.

Corroborando a firme atuação do Poder Judiciário, o Ministro Ricardo Lewandowski, no 11º Congresso Goiano da Magistratura, proferiu que o grande protagonista social do século XXI é o Poder Judiciário, pois na inércia dos dois Poderes – Legislativo e Executivo -, o Judiciário vai lá e resolve. [35]

É notório que o Judiciário contemporâneo há muito se afastou da clássica teoria de Montesquieu, na qual esse poder é nulo, no sentido de que o juiz “como boca da lei” deve se ater à aplicação da norma sem interferência dos aspectos subjetivos, ou seja, o juiz deve ser neutro, sem sofrer influências culturais, históricas e aspectos políticos-econômicos. [36]

Na esteira desse entendimento, contudo, cabe considerar que os magistrados não são representantes eleitos pelo constituinte originário, mas sim técnicos que devem se ater à aplicação da Constituição e das leis, tornando-se razoável que sua atuação, mesmo que seja para evitar danos aos direitos fundamentais ou efetivá-los, seja balizada pelo princípio da separação de poderes e ordenamento jurídico. Também, não são gestores públicos, devendo ponderar se suas decisões terão reflexos na ordem econômica e orçamentária.

Na concepção do ministro Luís Roberto Barroso, as decisões judiciais devem sempre respeitar os procedimentos do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça. [37]

Para o magistrado ainda deve haver uma reforma política, a fim de suprir a falta de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo.

5. CONCLUSÃO

O atual cenário político-econômico brasileiro demonstra que o Princípio da Separação de Poderes previsto por Montesquieu deve ser analisado sob nova perspectiva, uma vez que há nítida intervenção de um poder sobre o outro, configurando o exercício de funções atípicas e abusos no uso de prerrogativas garantidas constitucionalmente, afastando-se, assim, do sistema de freios e contrapesos.

Observa-se que o Executivo excede sua atividade legiferante com a edição de medidas provisórias e que o Legislativo não desenvolve com rapidez e qualidade a atividade típica legislativa que lhe é inerente.

Portanto, o Poder Legislativo e Executivo carecem de representatividade e funcionalidade, pois não conseguem efetivar políticas públicas que concretizem direitos à sociedade. Acrescente-se a isso, o enfraquecimento dessas instituições pelos sucessivos casos de corrupção entre políticos.

Nessa conjuntura, surgem os fenômenos da judicialização e ativismo judicial protagonizados pelo Poder Judiciário, o qual assume papel importante de aplicador e legitimador do ordenamento jurídico.

No intuito de suprir lacunas legislativas e efetivar políticas públicas, o Judiciário vem decidindo questões polêmicas que atendem as necessidades sociais, notadamente aquelas referentes à concretização de direitos fundamentais e que têm sido negligenciadas por legisladores e administradores.

Em que pese a judicialização e ativismo judicial serem realidades, há que se delimitar a atuação do Judiciário e a atuação dos demais poderes para se manter a estabilidade do Estado Democrático de Direito e a preservação da divisão dos Poderes que encontra-se prevista no texto constitucional.

Insta lembrar que o modelo clássico da Separação de Poderes foi idealizado com o intuito de evitar a tirania em virtude da concentração de funções nas mãos de uma pessoa ou de apenas uma instituição, seja ela qual for.

Bibliografia

- [1] ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- [2] PLATÃO. **A República**. Trad. Enrico Corvisieri, São Paulo: Nova Cultural, 2004.
- [3] MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe. Trad.: Pietro Nassetti. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- [4] LOCKE, John. Ensaio acerca do entendimento humano. Segundo tratado sobre o governo. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- [5] [6] LOCKE, John. Ensaio acerca do entendimento humano. Segundo tratado sobre o governo. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- [7] [8] [9] MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. São Paulo: Saraiva, 1998.
- [10] BONAVIDES, Paulo. Teoria do estado. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- [11] SILVA. José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- [12] BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituição/constituição.htm>
- [13] MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Comentada. São Paulo: Atlas, 2006.
- [14] LIMONGI, Fernando; PRZEWORSKI, Adam. Democracia e Desenvolvimento na América do Sul, 1946-1988. Revista Brasileira de Ciências Sociais, n. 24, p. 31-48, 1994.
- [15] LIMONGI, Fernando, e FIGUEIREDO, Argelina. Bases Institucionais do Presidencialismo de Coalizão. Lua Nova, São Paulo: Cedec, n. 44, 1998, pp. 81-106.
- [16] SILVA. José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- [17] BONAVIDES, Paulo. Teoria geral do estado. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- [18] [19] SILVA. José Afonso da. Estrutura e funcionamento do Poder Legislativo. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 47 n. 187 jul./set. 2010 Disponível em <https://docplayer.com.br/226258-Estrutura-e-funcionamento-do-poder-legislativo.html>. Acesso em 7 nov.2018.
- [20] MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

- [21] Presidencialismo de coalizão e a atual crise brasileira. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/presidencialismo-de-coalizao-e-atual-crise-brasileira/>> Acesso em 7 nov. 2018.
- [22] BRASIL. STF. ADPF n. 402. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 07/12/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF+402%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jo7uw6h>> . Acesso em 7 nov.2018.
- [23] Reportagem Agência Brasil. São Paulo. Publicada em 9 dez. 2016. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-12/recusa-de-renan-calheiros-e-lamentavel-diz-ex-presidente-do-stf-ayres>> Acesso em 7 nov. 2018.
- [24] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- [25] MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. São Paulo: Saraiva, 1998.
- [26] MORAES, Alexandre. Direito constitucional. 32. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016.
- [27] BRASIL. SENADO FEDERAL. Proposta de Emenda à Constituição n. 35/2015. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120337>. Acesso em 7 nov.2018.
- [28] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 25ª ed. atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- [29] BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 26.fev.2018.
- [30] BRASIL. STF. MI n. 670. Ministro relator: Maurício Corrêa. DJ: 25/10/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/MI670Lew.pdf>> Acesso em: 7 nov. 2018.
- [31] BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 26.fev.2018.

- [32] BRASIL. STF. Súmula Vinculante n. 13. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1227>> Acesso em 7 nov. 2018.
- [33] BRASIL. STF. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175. DJ: 17/03/2018. Ministro Relator: Gilmar Mendes. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em 7 nov. 2018.
- [34] BRASIL. STF. ADPF n. 54. Ministro relator: Marco Aurélio. DJ: 27/04/2005. Disponível em<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em 7 nov.2018.
- [35] LEWANDOWSKI, Ricardo. 11º Congresso da Magistratura. 2012. Goiânia. Disponível em: <<http://asmego.jusbrasil.com.br/noticias/100148802/na-inercia-dos-dois-poderes-o-judiciario-vai-la-e-resolve>>. Acesso em 7 nov.2018.
- [36] MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. São Paulo: Saraiva, 1998.
- [37] BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 26.fev.2018.