

ATIVISMO JUDICIAL E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

JUDICIAL ACTIVISM AND THE PRINCIPLE OF SEPARATION OF POWERS

*Cássia Beatriz Rosa Arantes Pereira¹
Bortolo Valle*

RESUMO: O presente artigo tem como escopo analisar a legitimidade – ou não – do fenômeno do ativismo judicial frente às anomias e inconstitucionalidades omissivas e comissivas do Poder Público. Para tanto, é exposto o conceito jurídico-sociológico de anomia contido na obra “Da Divisão do Trabalho Social”, de Émile Durkheim, com o objetivo de identificar as situações anômicas lá descritas dentro do corrente cenário político brasileiro, de forma a relacionar as moras dos Poderes Legislativo e Executivo à ocorrência do citado ativismo. Neste diapasão, enfrentam-se os temas de anomias políticas e legislativas para, num momento subsequente, ser estudado o Princípio da Separação dos Poderes da República e sua atual concepção e papel no ordenamento jurídico pátrio. Na sequência, perpassa-se pelo controle de constitucionalidade, o Estado de Coisas Inconstitucional, a judicialização da política, o ativismo judicial e as correntes filosóficas mais relevantes sobre o tema da extensão da jurisdição constitucional, quais sejam, procedimentalismo e substancialismo, sob o pálio da Constituição da República de 1988 e seus princípios correlatos.

Palavras-chave: Anomia Política. Princípio da Separação dos Três Poderes. Estado de Coisas Inconstitucional. Judicialização da Política. Ativismo Judiciário. Procedimentalismo e Substancialismo.

ABSTRACT: The present article aims to analyze the legitimacy - or not - of the phenomenon of judicial activism in face of the omissions and unconstitutionality of the Public Power. For this purpose, the legal-sociological concept of anomie contained in the work “The Division of Labor in Society”, by Émile Durkheim, is exposed with the objective of identifying the anomalous situations described there within the current Brazilian political scenario, in order to relate the debts of the Legislative and Executive Powers to the occurrence of the aforementioned activism. In this vein, the themes of political and legislative anomies are faced in order to, in a subsequent moment, be studied the Principle of Separation of the Powers of the Republic and its current conception and role in the national legal system. Then, the control of constitutionality, the Unconstitutional State of Things, the judicialization of politics, judicial activism and the most relevant philosophical currents on the subject of the extension of constitutional jurisdiction, namely proceduralism and substantialism, are examined, all under the aegis of the Federal Constitution of 1988 and its correlated principles.

Keywords: Political Anomie. Principle of Separation of the Three Powers. Unconstitutional State of Things. Judicialization of Politics. Judicial Activism. Proceduralism and Substantialism.

1 Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba.

2 Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Doutor em Comunicação e Semiótica pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná PUCPR, do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA e da Faculdade Vicentina – FAVI.

INTRODUÇÃO

O ativismo do Poder Judiciário no que tange à resolução de questões constitucionalmente políticas é questão bastante controversa e atual, eis que, consoante se infere do texto constitucional, o referido Poder não tem, a princípio, incumbências para tal, uma vez que juízes não são eleitos pela população e, à vista disto, do Estado Democrático de Direito e dos princípios da separação dos Poderes e da legalidade, inexistem, no rol de funções de tal Poder, as prerrogativas de legislar e governar. Nota-se, pois, de um lado, anomias políticas e legislativas e, de outro, a atuação do Judiciário como administrador público ou legislador positivo (considerada verdadeira usurpação de função) acerca de matérias impostergáveis, e, enfim, uma inobservância/violação dos princípios constitucionais da legalidade, da independência entre os Poderes e da primazia da Constituição Federal.

Desse modo, o presente estudo tem como propósito fazer uma análise sobre a situação fático-jurídica brasileira, no sentido de deslindar se o aludido ativismo surge no cenário contemporâneo como uma consequência das anomias legiferantes e governamentais que se verificam. Assim sendo, optou-se por dividir o estudo que se expõe em dois capítulos: primeiramente, tem-se como objetivo o estudo e explanação do conceito jurídico-sociológico de anomia na obra de Durkheim, ao passo que se discorre a respeito das anomias legislativa e política, de forma a relacionar as omissões e comissões dos Poderes Legislativo e Executivo ao fenômeno do ativismo judicial nos contextos político e social brasileiros, levando em consideração princípios constitucionais fundamentais; no segundo capítulo, confrontar-se-á o ativismo judicial com o princípio da separação dos Poderes, além de serem abordados os temas de controle de constitucionalidade e Estado de Coisas Inconstitucional, com o intuito de se chegar nos conceitos de judicialização da política e ativismo judicial, e os motivos pelos quais tais fenômenos ocorrem. Por fim, analisar-se-ão as correntes constitucionais filosóficas mais destacadas sobre a extensão da jurisdição constitucional: procedimentalismo e substancialismo.

1 ANOMIA

1.1 DO CONCEITO JURÍDICO-SOCIOLÓGICO DE ANOMIA NA OBRA DE ÉMILE DURKHEIM

Consoante Durkheim, para que seja possível o pleno desenvolvimento governamental, é imprescindível que o trabalho seja explícito e pontualmente dividido, que haja solidariedade entre as pessoas e os órgãos, que elas sintam essa relação de dependência entre si e colaborem a fim de propiciar o progresso individual e, conseqüentemente, do corpo social como um todo. Isto posto, não é possível que o trabalho se desenvolva e se divida da maneira necessária

se não existe regulamentação que defina as peculiaridades, os deveres e os direitos de cada função exercida. Assim sendo, é preciso que o Estado exerça tal ação reguladora, uma vez que apenas ele possui esta prerrogativa (DURKHEIM, 2016, p. 330).

Ainda, tem-se que uma legislação geral não é capaz de revelar a realidade dos fatos e suas especificidades ou resolver problemas ocasionados pela má divisão do trabalho social, pela imperfeita solidariedade que surge quando as funções e seus respectivos deveres não são bem delimitados.

Durkheim explicita a relevância de regras predeterminadas que organizem o desenrolar da **cooperação entre as funções sociais**, para que estas não entrem em conflito e se mantenham em equilíbrio ao exercerem os papéis que lhes são atribuídos. Destarte, é fundamental que a solidariedade social modere os conflitos que venham a surgir e que as regras definam as formas de agir perante determinadas circunstâncias gerais e contínuas da vida em sociedade.

O estado de anomia, portanto, faz-se presente quando a mencionada regulamentação não existe, ou, também, quando não acompanha o desenvolvimento da divisão do trabalho, leia-se, as normas existentes não são suficientes para regular e resolver situações problemáticas advindas da desarmonia que se instaura entre as atividades executadas (DURKHEIM, 2016, p. 335). Evidencia-se, mais uma vez, a essencialidade de regras positivas prescritas pelo Direito que **governem e determinem** as ações dos indivíduos responsáveis por exercer funções estatais (funcionários e servidores públicos), dados sua relevância e reflexos no corpo social.

À vista do referido estado de **indeterminação jurídica**, vislumbra-se a atual situação anômica na qual se encontra o Estado brasileiro, mais especificamente, o conflito e desvio de funções entre os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, o que será tratado subsequentemente.

1.2 DA ANOMIA POLÍTICA

Contemporaneamente, o ativismo do Poder Judiciário, em geral evidenciado nos Tribunais Superiores, causa desequilíbrio institucional ao passo que ofende os princípios da separação dos Poderes e da neutralidade política do Judiciário. O dito **ativismo** advém de “uma forte pressão e mobilização política da sociedade” (WENECK VIANNA, 2003, p. 17) para solução de questões imediatamente pertinentes à moral social, com o intuito de reforçar os princípios constitucionais garantidores e o próprio Estado Democrático de Direito.³

Com efeito, não obstante haja previsão constitucional do princípio da separação dos Poderes, faz-se substancial uma nova organização de regras que abarque as necessidades da

3 “Se, por um lado, parece não restar nenhuma dúvida sobre a importância da atuação do Poder Judiciário no que diz respeito à garantia da concretização dos direitos da cidadania, é fundamental que o seu atual protagonismo seja compatível com as bases do constitucionalismo democrático” (WERNECK VIANNA, 2003, p. 17).

sociedade e harmonize o funcionamento regular das diversas funções de cada um dos Poderes. Conforme a orientação de Durkheim, é mandatório que os diferentes Poderes equilibrem-se e mantenham-se em contato entre si, sobretudo para que, no exercício de suas funções, não extrapolem suas competências, uma vez que, “[...] a divisão do trabalho pressupõe que o trabalhador, longe de permanecer debruçado sobre sua tarefa, não perca de vista seus colaboradores, aja sobre eles e deles receba influência” (DURKHEIM, 2016, p. 339).

E, conquanto haja nítida especialização das funções estatais subdividas entre os Poderes – a ser tratada em momento subsequente – não é surpresa que a descoordenação das funções dos Poderes no Brasil, a ausência de políticas públicas, a desorganização e omissões estatais, a inaptidão para ocupação de cargos públicos e, enfim, a ingerência dos Poderes competentes que se verificam no hodierno cenário governamental brasileiro, contribuem significativamente para a construção e manutenção do estado de **anomia política** que se faz presente.

Ademais, a crise da democracia representativa mostra a incapacidade da lei geral e abstrata de promoção de igualdades entre todos de assegurar os direitos fundamentais sociais, os quais exigem, para sua efetivação, a elaboração de políticas públicas adequadas e instalação eficiente destas. À lume dos pensamentos de Eduardo Cambi, a lei não mais tem o condão de representar a vontade da maioria, posto que, na realidade fática, o poder não emana do povo, mas é produto da vontade de poucos e tem como finalidade a manutenção dessa minoria no poder.

A produção legislativa, portanto, traduz-se, muitas vezes, numa ferramenta para que os grupos empoderados façam valer e prevalecer as suas vontades egoístas, partidárias e opostas aos princípios mais elevados e aos direitos de relevância indiscutível e essencial à concessão, preservação e gerenciamento de um Estado Democrático de Direito. As leis devem ser criadas para atingir determinado fim, mas no contexto brasileiro, tal finalidade se volta, em várias ocasiões, à obtenção de acordos políticos e sociais, a qualquer custo, inclusive mediante a violação/abnegação e relativização de diversos direitos intangíveis (CAMBI, 2018, p. 245). Destarte, há predominância de um estado jurídico completamente instável, e, em consequência das crises legislativa e representativa, verifica-se a mitigação (BINENBOJM, 2018, p. 245) do princípio da legalidade, especificamente porque os representantes eleitos não exercem o poder que lhes é incumbido para representar a vontade popular, mas, ao contrário, para concretização de suas aspirações pessoais e daqueles que os patrocinam e os mantêm no poder. Desta forma, não há que se falar em poder emanado do povo, e sim, controlado por poucos e direcionado à conservação do estado de ingovernabilidade que se faz presente. Todavia, conclui Eduardo Cambi que, diante do contexto político brasileiro, não se vê a lei como expressão da representatividade republicana democrática e, por conseguinte, tem-se a relativização do princípio da legalidade como o instrumento de maior relevância na regulação da vida em sociedade (CAMBI, 2018, p. 245).

Sob essas circunstâncias políticas e sociais, quais sejam, as de restrição de direitos

fundamentais através da inatividade e/ou atividade direcionada dos Poderes Executivo e Legislativo, há não somente a inobservância do postulado da legalidade (lei como vontade geral), mas, conjuntamente, infringência ao princípio da separação das funções. Nesse contexto, a atividade legislativa sofre influência de partidos ou coligações predominantes e, destarte, fica a cargo do governo vigente a determinação do planejamento legislativo, das decisões da maioria do corpo parlamentar e do teor das regras jurídicas. Nesse enquadramento, o Poder Executivo busca constante realização de alianças com os partidos políticos para construir a pilastra na qual se firma o seu governo. Este contrato de patrocínio partidário exige obrigações onerosas de ambas as partes para a sua execução e, cabe à população brasileira arcar com a excessiva onerosidade dos pactos firmados entre os políticos, inclusive por meio do desvio de recursos públicos, feito para sustentar este vínculo cooperativo (CAMBI, 2018, p. 247).

Nota-se, pois, que o estado anômico corrente decorre do próprio Estado e, analogicamente, para Durkheim, este tipo de forma anormal se dá em razão da ausência de um órgão regulador, de um poder diretivo regulado e exercido de maneira especial e focada em resolver a **integração imperfeita** entre as atividades exercidas e impedir que haja os desvios acima elucidados. É indispensável que cada uma das funções seja bem delimitada e, ainda mais importante, que os incumbidos de tais tarefas ocupem-se exatamente de suas próprias responsabilidades, criando, por conseguinte, uma relação de dependência mútua entre os servidores, uma interação **solidária**.

Entretanto, seguindo a mesma lógica, não basta que haja autonomia e continuidade funcionais entre os Poderes, sendo obrigatório que os responsáveis pelos órgãos estatais exerçam suas atribuições com exclusividade (sem interferência partidária ou de arranjos que intervenham na governabilidade do país), observados os mandamentos constitucionais, a vontade e a necessidade majoritárias da população, garantindo direitos e, em síntese, representando politicamente os cidadãos que os elegeram à ocupação do cargo, para que regulassem seus interesses e salvaguardassem a Constituição.

Com efeito, mostra-se gritante a indispensabilidade de um corpo de normas ampliado, que seja páreo às complexidades social e governamental, bem como qualificado o suficiente para delinear as searas funcionais minuciosamente e solucionar as problemáticas advindas da crise da representatividade democrática, a fim de que não haja apoderamento de competências institucionais que não as já prefixadas pelos Poderes a elas alheios. Desta maneira, é imprescindível que o Poder Público se encarregue de cumprir o que lhe foi atribuído, se incumba de reger, legislar e tutelar a sociedade, salvaguardando os direitos dos indivíduos e da comunidade em geral, em defesa à própria Constituição da República e ao Estado Democrático de Direito e, caso não haja instituição ou regimento que trate das particularidades e lacunas funcionais que se perpetuam no regime político vigente, em razão da corrupção e impunidade dos governantes, a referida anomalia se perpetuará (CAMBI, 2018, p. 249).

Ademais, é preciso que as funções sejam integradas para que ajam em consonância,

mas é igualmente importante que os ocupantes dos cargos em questão exerçam suas respectivas atribuições e cumpram o que lhe foi confiado/outorgado, para que não seja necessário exigir-se a efetivação de seus **deveres** perante outras instâncias governamentais e judiciárias. Esta relação de solidariedade, aliada ao desempenho das suas respectivas funções por cada um dos Poderes, seriam capazes de sanar as anomalias aferidas, independentemente da submissão de questões institucionalmente políticas (pertinentes às duas Casas do Congresso Nacional e ao Poder Executivo) ao crivo do Poder Judiciário, uma vez que, havendo aumento das **atividades funcionais** dos Poderes, o aparelho estatal tornar-se-á mais ativo, eficaz e, conseqüentemente, mais contínuo, como relatado previamente e defende Durkheim.

Por fim, salienta-se que, em face da inexistência de regulamentação ou obsolescência desta frente às reivindicações sociais (estado de anomia) no âmbito de um Estado Democrático de Direito – como o é o Estado brasileiro –, que tem como escopo a concretização dos direitos fundamentais, faz-se mister a implementação de políticas públicas eficazes e a atuação intensificada dos Poderes Legislativo e Executivo para que cumpram suas funções estatais e a população não fique à mercê de sua indiligência.

Visto isso, é possível notar que a Lei e a Administração Pública que têm a premissa de concretizar direitos e deveres dos cidadãos, com o intuito de protegê-los e auxiliá-los, não cumprem seus papéis jurídico-sociais, além de serem omissas no tocante aos obstáculos presentes para a concretização de direitos, inclusive fundamentais. A respeito da ausência de normas garantidoras e da incoesão social e institucional que isso gera, haverá uma incursão na seqüência.

36

1.3 DA ANOMIA LEGISLATIVA

A carência de normas positivas acerca de temas anômalos e importantes representa a anomia legislativa instalada no contexto jurídico brasileiro. A falta de atenção do Poder Legislativo com relação às mazelas que acometem a sociedade pátria tem repercussão imensurável no plano de direitos essenciais à plena efetivação, em última análise, do princípio da dignidade da pessoa humana, vigente num Estado Democrático de Direito.

É, pois, indispensável que haja a criação de regras, de um **sistema de direitos e deveres** que garantam o desempenho regular e pacífico dos trabalhos divididos, não havendo, porém, espaço para qualquer tipo de legislação permanente, tampouco a possibilidade de se abrir espaço para violações e omissões de direitos e garantias fundamentais (DURKHEIM, 2016, p. 354).

Segundo Durkheim, quando o trabalho produzido não demonstra ser suficiente e/ou funcional, é lógico concluir que a solidariedade se dá de forma imperfeita ou não se faz presente. Tendo em vista tais ponderações, infere-se que as anomalias não decorrem apenas do desenvolvimento irregular do trabalho, ou de sua divisão, mas também de outras circunstâncias atípicas, tal qual a falta de aptidão e conhecimento para o exercício de

determinada função, sendo que o exercício inapropriado do trabalho por um elemento do grupo irá necessariamente impactar no trabalho dos demais, e isto também ocorre quando um Poder se imiscui nas funções típicas de outro.

Em analogia ao pensamento de Durkheim, devido ao descompasso no desempenho das atividades estatais pelos respectivos Poderes, mas não apenas a isso, a legislação brasileira se mostra incapaz de oferecer as soluções necessárias para problemas imediatos e, mesmo num Estado no qual a separação dos Poderes, ou melhor, das funções, é resguardada constitucionalmente como princípio fundamental, as políticas públicas e o corpo de normas vigentes não são suficientes para garantir a justiça social e efetivar os direitos fundamentais. Observa-se, atualmente, a impotência do órgão governamental na divisão adequada de suas funções, gerando sua inegável incapacidade para suprimir as demandas sociais. Portanto, há necessidade de uma regulamentação que seja capaz de tratar as especificidades das funções sem que haja sua desintegração (divisão do trabalho levada exageradamente longe) e que os órgãos solidários estejam em contato suficiente entre si para trabalharem em conjunto, de forma a proporcionar o desenvolvimento e o aprimoramento da máquina estatal, do organismo social, da obra de justiça coletiva, sem, todavia, realizarem uma exagerada e reprovável simbiose laborativa (DURKHEIM, 2016, p. 357).

Por conseguinte, não obstante haja previsão legal das especialidades das funções estatais, o estado político brasileiro é anômico. A legislação, embora existente, não é suficiente para regular a crise da representatividade política e seus efeitos colaterais, qual seja, neste caso, a usurpação de funções **especialmente** por parte do Poder Judiciário em relação aos demais.

A sociedade depende diretamente da cooperação e do funcionamento regulares das funções estatais e, via de consequência, não basta que haja regras, sendo indispensável que essas regras sejam **justas, condizentes e harmônicas** com a realidade social vigente. Ademais, revela-se que, inexistindo regulamentação a respeito de assuntos básicos e relevantes diante do avanço social (causa da anomia), o Legislativo se encontra num estado de crise institucional, visto que não consegue acompanhar o predito avanço e acaba sendo inoperante em relação a questões inarredáveis para a vida em sociedade.

Portanto, conclui-se que, para deter o atual estado de anomia legislativa, precisam ser encontrados meios que viabilizem a cooperação harmônica entre as funções estatais, inclusive mediante a correta divisão dos trabalhos nos diversos Poderes e, mais importante, sem a indevida interferência nas suas próprias competências.

A questão reclama solução urgente, pois como resultado dos hiatos legislativos, os cidadãos buscam suprir a necessidade de justiça social perante outra entidade jurídica-pública, qual seja, o Poder Judiciário. E, a atuação acentuada do Judiciário (ativismo judicial) implica na judicialização de questões que não necessitariam passar pelo seu crivo caso fossem adequadamente reguladas no campo legislativo, entre elas questões de ordem política, sobre as quais se discorrerá oportunamente.

Assim, o entendimento que se mostra elementar neste capítulo introdutório consiste em apresentar a imprescindibilidade do íntegro desenvolvimento das funções estatais através da solidariedade entre os Poderes (sem indevida promiscuidade), da divisão específica de tarefas e do debruçamento absoluto dos agentes estatais sobre elas, para que não seja preciso recorrer a instâncias outras cujas atividades poderiam/deveriam ser canalizadas para diversas questões importantes, que não as concernentes às anomias legislativas e políticas, igualmente necessárias à efetivação dos direitos sociais, a fim de se garantir a concretização do Estado de Bem-Estar Social, a proteção de direitos constitucionais fundamentais e a promoção da justiça.

Não é à toa que o artigo 2.º da Lei Maior explicita o princípio fundamental da separação de Poderes do Estado (BRASIL, 1988). Nada obstante, como seqüela do estado de anomia acima explicitado, evidencia-se, não muito raras vezes, uma usurpação de funções especialmente por parte do Poder Judiciário em relação aos demais. Não se desconhece que o **ativismo judicial** é um fenômeno jurídico que se caracteriza por uma postura proativa do Poder Judiciário, que implica em interferência nas opções dos demais Poderes. Todavia, há divergências acerca do caráter positivo ou negativo destas interferências. Este trabalho pretende focar os dois polos, pois a atividade judiciária – ativismo judicial – será positiva quando os instrumentos existentes (normativos ou não) não são capazes de regular e solucionar situações problemáticas sociais hodiernas, reclamando a adoção de soluções jurídicas proporcionais, sempre com base nos direitos fundamentais e em princípios jurídicos do Estado Democrático de Direito. Em sentido oposto, o ativismo judicial apresentará caráter negativo quando representar indevida interferência nas atribuições dos demais Poderes. Assim sendo, o capítulo que segue abordará o mencionado Princípio da Separação de Funções estatais, a sua relativização, a desneutralização política do Judiciário, controle de constitucionalidade, o fenômeno do Estado de Coisas Inconstitucional, conceitos de ativismo judicial e judicialização da política e, para finalizar, correntes constitucionais filosóficas de destaque acerca do assunto (procedimentalismo e substancialismo).

2 ATIVISMO JUDICIAL E SEPARAÇÃO DE PODERES

2.1 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES

O desenrolar da história da raça humana demonstra que, mesmo nas sociedades mais primitivas, o convívio dentro da esfera coletiva preordena o estabelecimento de regras que retratem e reproduzam a vontade social e regulem a vida em coletividade, a fim de viabilizar a coabitação harmônica e determinar os paradigmas que precisam ser adotados, empregados e honrados por todos.

A primordialidade da constituição de normas que promovam o salutar convívio dos indivíduos acarreta o aparecimento de instituições que o viabilizem por meio do exercício

de funções díspares e fundamentais, as quais são de gritante essencialidade para resguardar as normas fixadas, e da criação de órgãos governamentais que exerçam as diversas atividades funcionais com o propósito de defender e preservar o estado de ordem instituído (FIGUEIREDO; GIBRAN, 2016, p. 104-124).

Conquanto a separação de funções do Estado represente o princípio constitucional mais renomado, preponderante e influente da Idade Liberal, é mister tecer sucintas considerações quanto à evolução cronológica da doutrina da separação de Poderes no decorrer da periodicidade histórica, até que se chegue na atual concepção contemporânea empregada no Estado Democrático de Direito brasileiro (BONAVIDES, 2011, p. 147).

A gênese deste conceito – separação dos poderes estatais e órgãos funcionais – se dá na Antiguidade, mais especificamente nos escritos de Aristóteles, em sua obra “A Política”, na qual foram engendradas, inclusive, concepções sobre os órgãos do Estado e suas atividades. O renomado filósofo grego ostenta a existência de três Poderes presentes em todo governo, quais sejam: o Poder Deliberativo que delibera sobre os negócios do Estado, fórmula e suprime leis; o Poder Executivo que administra a sociedade e a justiça; e o Poder Judiciário que abrange os cargos de jurisdição.

Em prossecução, a divisão segundo o critério funcional foi reconhecida nas reflexões de John Locke compiladas no “Segundo Tratado sobre o Governo Civil”, de 1689. De acordo com Locke, existem três Poderes da comunidade: o Legislativo, responsável pela promulgação de leis e determinação dos direitos e limitações dos indivíduos que compõem a coletividade; o Executivo que executa a legislação produzida de forma incessante e contínua; e o Federativo, competente por deliberar a respeito de temas como guerra e paz, ligas e alianças, e todas as relações estabelecidas com pessoas e comunidades alheias/estrangeiras àquela da qual se participa.

Finalmente, insta consignar que, ainda na Modernidade, o Barão de Montesquieu sistematizou a sua teoria do princípio da separação dos poderes, a qual foi de magna importância no que concerne à composição e ao desenvolvimento dos Estados modernos, tendo exercido inegável influência para a construção do conceito que se tem contemporaneamente a respeito da tripartição dos poderes estatais (FIGUEIREDO; GIBRAN, 2016, p. 104-124). O filósofo iluminista francês, em seu livro “O Espírito das Leis”, versa sobre a presença de três espécies de Poderes do Estado, sendo elas: “o poder de legislar, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil” (MONTESQUIEU, 1996, p. 167-168). O primeiro tem como instrumento a criação, retificação e ab-rogação de leis. O segundo, por sua vez, decide sobre guerra e paz, expede ou recebe embaixadas, com a finalidade de frustrar intrusões e instaurar segurança, sendo chamado de Poder Executivo do Estado. O último, o Poder de julgar, concentra o poder para julgar e processar eventuais lides entre os cidadãos, tendo concomitantemente a incumbência de condená-los pelos crimes que venham a cometer.

Em decorrência da independência e separação das funções estatais, Montesquieu

construiu o Sistema de Freios e Contrapesos aplicados no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo com a incumbência de frear governos despóticos (há omissão do Poder Judiciário porque Montesquieu o conceitua como politicamente nulo, sendo que a sua esfera operacional é restrita e limitada). Esse Sistema parte da premissa de que cada Poder goza de determinadas garantias e, quando um Poder possui uma garantia, os demais são obrigados a respeitá-la e vice-versa “[...] às garantias de um correspondem obrigações para os outros, portanto freios para esses outros.” (MONTESQUIEU, 1996, p. 131). Nessa relação de influência mútua e controle recíproco é que se baseia o mencionado Sistema.

A doutrina da separação dos poderes engendrada por Montesquieu tornou-se princípio fundamental no constitucionalismo liberal que inaugurou o Estado de Direito no século XVIII, e substituiu as tutelas opressoras do absolutismo jurídico precedente, tendo sido transformado em dogma do Estado Liberal com o advento da Constituição Francesa de 1791, mais detalhadamente, no artigo 16 do segmento que trata da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição” (USP, 1978).

No Brasil, o princípio em tela teve sua primeira aparição na Constituição Republicana de 1891 (artigo 15). Posteriormente, esteve presente nas Constituições de 1934 (artigo 3.º), e de 1967 (artigo 6.º), tendo sido finalmente concretizado como princípio fundamental na vigente Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada no dia 5 de outubro de 1988: “Art. 2.º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988).

Além de princípio fundamental, insta enfatizar que a separação dos Poderes assume o *status* de cláusula pétrea no mesmo diploma legal (artigo 60, § 4.º, inciso III), compondo o núcleo essencial da Constituição Brasileira, e sendo passível de alteração apenas na hipótese de promulgação de uma nova Magna-Carta: “§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] III - a separação dos Poderes (BRASIL, 1988).

Em linhas gerais, a Constituição de 1988 estabeleceu as funções estatais aos três Poderes, sob o timbre da soberania – independentes, autônomas e harmônicas entre si –, com atribuições **sem cunho de exclusividade absoluta** na realização dos misteres constitucionais, sendo que “[...] cada um dos Poderes possui uma **função predominante**, que o caracteriza como detentor de parcela da soberania estatal, além de outras funções previstas no texto constitucional” (MORAES, 2017, p. 437).

Com efeito, são funções **típicas** do **Poder Legislativo legislar e fiscalizar**, sendo o Congresso Nacional a instituição responsável pela execução dos encargos legislativos, incumbido, à luz da Constituição e dos processos por ela ditados, da criação de normas

4 Outros artigos do mesmo diploma também fazem referência ao princípio da separação dos poderes no sentido de determinar quais as diferentes funções estatais e as suas respectivas finalidades, como os artigos 2.º, 5.º, 6.º, 7.º, e 8.º desta Constituição da República Federativa do Brasil de 1988..

jurídicas e da fiscalização do Poder Executivo. Lado outro, são funções **atípicas** do Poder Legislativo **administrar e julgar** (MORAES, 2017, p. 437).

Noutra quadra, o Executivo é um órgão cuja função é perpetrar atos administrativos, de chefia de Estado, e de governo. Constitui-se ação **típica** do Executivo a administração da *res publica*, e **atípica** a legislatura (adoção de Medidas Provisórias prevista no artigo 62, da Constituição da República, por exemplo) (MORAES, 2017, p. 437).

Por fim, ao **Poder Judiciário**, em contrapartida aos ditames liberais, compete a proteção e a efetiva realização dos direitos fundamentais, sendo obsoleta a concepção na qual separava-se a Política do Direito e neutralizava-se o Judiciário, outorgando-lhe apenas o compromisso de subsumir os fatos às normas. Nos dias que correm, o adequado funcionamento do Estado Democrático Social de Direito exige uma atuação ampla e positiva deste Poder na promoção dos princípios fundamentais e constitucionais, dentre os quais destacam-se os que se constituem nos mais superiores instrumentos regulatórios da vida social, sendo estes, o da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da legalidade e da justiça social. Daí deflui-se a essencialidade de autonomia, imparcialidade e independência do Judiciário para que este possa, de fato, proteger-se das opressões advindas dos demais Poderes (Legislativo e Executivo), resguardar a integralidade do sistema normativo e a sua observância, e “[...] consagrar a regra de que a Constituição limita os poderes dos órgãos da soberania” (MORAES, 2017, p. 531). Como dever **típico** o Poder Judiciário encarrega-se de **julgar**, trazendo soluções a casos concretos que envolvem conflitos de interesses entre as partes. As funções **atípicas** possuem naturezas administrativa e legislativa.

Vê-se, assim, em compatibilidade com o tema contemplado no capítulo dois do presente estudo – a indispensabilidade de solidariedade, harmonia, contribuição conjunta, equilíbrio, continuidade, integração, divisão de tarefas e dedicação total para sua realização, e constante contato entre os órgãos estatais como meio capaz de curar as anomalias do sistema (inexistência e/ou obsolescência de regulamentação) e encontrar soluções para as lacunas funcionais presentes na Política corrente.

Em resumo, é preciso que haja solidariedade orgânica entre as funções do Estado e, sincronicamente, que seja respeitada a regra que as diferencia, viabilizando, assim, a evolução do órgão governamental e, conseqüentemente, da sociedade para o qual foi concebido.

2.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL

A Constituição da República de 1988 determina como direito e garantia fundamental que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (artigo 5.º, inciso XXXV) (BRASIL, 1988). Desta forma, a atividade judiciária possui, atualmente, maior destaque social e está vinculada à política estatal, uma vez que a perpetuidade do Estado Democrático e Social de Direito pressupõe a participação positiva do Poder Público

na consumação da justiça constitucional, o que inclui e implica na **desneutralização política** do Judiciário para vigiar e controlar os atos políticos e as políticas públicas promotoras de direitos fundamentais que não estejam desempenhando o papel que lhes compete. A função jurisdicional engloba, pois, a responsabilidade de projetar as liberdades individuais e coletivas no plano empírico social, e o compromisso “pelo sucesso político das exigências do Estado Social” (CAMBI, 2018, p. 270), e também, a concretização, em colaboração com os demais Poderes (Legislativo e Executivo), dos direitos fundamentais sociais e das diligências necessárias para conservar a democracia – de forma a integrar as funções estatais com o intuito de preservar a dignidade da pessoa humana, promover o bem-social e o progresso coletivo.

A Constituição ocupa o topo da pirâmide normativa e apresenta hierarquia superior em relação às demais leis do ordenamento jurídico (*lex superior*), estando, por conseguinte, igualmente acima das funções estatais que estabelece. Nessa seara, para que seja possível tutelar os direitos fundamentais concebidos pelo texto constitucional, o Estado precisa colocar à disposição os meios indispensáveis à implementação de condições fáticas que permitam o pleno gozo dessas liberdades (fundamentais). Para tanto, o órgão judicante assume, na contemporaneidade, o cargo de guarda legal e constitucional, “[...] para conter os abusos decorrentes da livre margem de arbitrariedade travestida sob as roupagens denominadas conveniência e oportunidade” (MORAES, 2017, p. 533).

A eficácia dos direitos aos quais se presta a democracia depende de um diferente processo de diálogo e cooperação entre os três Poderes do governo, em razão da responsabilidade do Poder Público de agir e intervir ativa e positivamente para introduzir na realidade pátria o texto e os direitos constitucionais, quaisquer que sejam – de proteção e/ou de prestação (CAMBI, 2018, p. 268). Nesse sentido, a concretização dos princípios de justiça clama a transformação do Poder Judiciário para que ele não somente aplique a lei – examinando apenas a legalidade do fato – como fazia o juiz politicamente neutro, mas que também controle os poderes de legislar e administrar a fim de constatar se estes estão sendo conduzidos sob o prisma da efetivação dos direitos fundamentais sociais prestacionais.

Portanto, de um lado tem-se a indispensabilidade da relação de (inter)dependência e controles recíprocos (sistema de freios e contrapesos) dos Poderes entre si, para promover a proteção do sistema de direitos fundamentais do Estado Constitucional como a base e a justificativa de validade da ordem jurídica; de outro, tem-se a preocupação de obstar a formação de um “[...] superpoder, com a conseqüente possibilidade de abusos e desvios” (CANOTILHO, 2003, p. 556). Diante disso e do princípio fundamental da separação de funções, sustenta-se que nenhum órgão nomeadamente habilitado a desempenhar certas atividades pode exercer outras que esvaziem as funções materiais que aos demais foram outorgadas, sendo que “o alcance do princípio é visível quando com ele se quer traduzir a proibição do monismo de poder [...]” (CANOTILHO, 2003, p. 559), o que sucederia na aglutinação de plenos poderes a um só órgão de soberania, a um só Poder (característica que

se faz presente em regimes antidemocráticos).

Assim sendo, a tripartição destina-se a impedir que haja abuso de competência e permitir a moderação entre os Poderes para que cada qual não extrapole a sua área de domínio funcional.

Desta maneira, conclui-se que a intervenção judiciária deve ser subsidiária às restantes formas de controles que se tem à disposição, ou seja, deve ocorrer meramente quando for constatado, no mundo fenomênico, a inconstitucionalidade por ação ou omissão dos demais Poderes.

Nesta linha, do funcionamento desarmônico do ordenamento defluem-se mecanismos de reparação como meio de proteção dos direitos fundamentais, sendo, um destes, o **controle de constitucionalidade**, o qual nada mais é do que a verificação, formal e material, de coerência entre qualquer lei e/ou ato normativo infraconstitucional e a própria Constituição – a qual deve prevalecer e orientar toda pretensão jurídica. Consoante Luís Roberto Barroso, existem dois requisitos essenciais à existência do controle de constitucionalidade: a supremacia e a rigidez (BARROSO, 2012, p. 23).

Não obstante o controle de constitucionalidade apresentar como primeiro precedente o caso *Marbury vs. Madison*, julgado em 1803 (nesta conjuntura, foi feito controle difuso de constitucionalidade), no Brasil, apenas a datar da Constituição Republicana de 1891 é que foi consagrada a técnica em epígrafe – no método difuso – sob a luz do sistema estado-unidense. A partir de então, todas as subsequentes Constituições Brasileiras (1934, 1937, 1946, 1967 e 1988) trouxeram similar previsão em seu bojo, cada qual com as suas peculiaridades que exprimiam as realidades sociais das épocas.

A Carta de 1988 engloba “[...] um dos mais complexos e completos sistemas de fiscalização jurisdicional de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público” (CAMBI, 2018, p. 284), sendo que, quanto ao **momento de realização do controle**, este pode ser **preventivo** ou **repressivo**. Via de regra, o primeiro é realizado pelos Poderes Executivo e Legislativo e propõe-se a impedir a entrada de espécies normativas inconstitucionais no sistema; o segundo é praticado pelo Poder Judiciário com o propósito de verificar a adequação de atos normativos com a Constituição e expelir do ordenamento jurídico normas que a desrespeitem (MORAES, 2017, p. 743-744).

O **controle de constitucionalidade repressivo**, como regra geral, é feito pelos órgãos integrantes do Poder Judiciário, havendo dois mecanismos de controle nesta vertente (modelo de controle de constitucionalidade misto), denominados por Alexandre de Moraes como **controle reservado ou concentrado** (via de ação) e **controle difuso ou aberto** (via de exceção ou defesa) (MORAES, 2017, p. 749).

A Constituição afirma, em seu artigo 102, inciso I, alínea “a”, que compete ao **Supremo Tribunal Federal**, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal

(BRASIL, 1988).

O **controle difuso** permite a realização de controle de constitucionalidade por todo e qualquer juiz, de qualquer instância judicante, objetivando verificar, incidentalmente, em meio à análise do litígio a ser solucionado pelo Judiciário, a compatibilidade ou contrariedade do ordenamento jurídico com a Constituição da República. Se for constatado algum contrassenso, deverá prevalecer a Constituição em razão da sua supremacia diante de todas as espécies e atos normativos. Ressalte-se que o controle difuso é exercido exclusivamente no caso concreto que esteja sendo julgado e decidido pelo Poder Jurisdicional, e é incidental, leia-se, não é objeto principal da ação em trâmite.

E, como guardião da Constituição, o **controle concentrado** compete ao Supremo Tribunal Federal, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente, diferentes classes de ações que têm como finalidade declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, independentemente de outra ação que verse sobre litígio *inter partes*. Em outras palavras, essas ações específicas buscam unicamente nulificar, invalidar atos e normas que contrariem a Constituição – **sendo este o objeto principal da ação**, por isso o nome de controle reservado, concentrado ou por via de ação –, para garantir-se a segurança das relações jurídicas, as quais devem pautar-se na Lei Maior como norma de validade para os demais atos normativos do sistema. São cinco as espécies do anunciado controle: (i) ação direta de inconstitucionalidade genérica; (ii) ação direta de inconstitucionalidade interventiva; (iii) ação direta de inconstitucionalidade por omissão; (iv) ação declaratória de constitucionalidade; e (v) arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Em adição, menciona-se que foi em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, mais especificamente, na ADPF n.º 347 MC, que o Supremo Tribunal Federal declarou e inaugurou o chamado “**Estado de Coisas Inconstitucional**” no Brasil, diante da situação desumana e degradante do sistema carcerário brasileiro.

A Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional teve origem na Corte Constitucional colombiana e tem aplicação no Brasil “[...] para a solução de demandas que visam a dar efetividade a direitos fundamentais constitucionalmente previstos, por meio da atuação coordenada de diversos atores políticos, a partir da adoção de ‘medidas estruturais’” (KOZICKI; VAN DER BROOKE, 2018, p. 147-181).

Na Colômbia, o ECI foi reconhecido pela primeira vez em 1997, na *Sentencia de Unificación* n.º 559/1997, visando a salvaguardar direitos fundamentais (previdenciários) de professores. A clara violação de direitos individuais, coletivos e/ou fundamentais fez que com que a Corte colombiana concebesse o Estado de Coisas Inconstitucional, o qual acarretou não somente neste caso, mas também nos similares subsequentes em que se percebia o referido

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347 Distrito Federal. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 09/09/2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

estado, as determinações, como solução, de deixar para os entes representativos estatais o desenvolvimento de políticas públicas que amparassem os afetados, os vulneráveis atingidos por inconstitucionalidades; de impor maior interação e cooperação institucionais (o que já foi evidenciado como artifício para cessar o estado anômico na obra de Émile Durkheim); e da participação dos atores governamentais e da população (deliberação democrática) nas tomadas de decisão, “[...] o que remonta às bases do ‘novo constitucionalismo latino-americano’ em que se insere a ordem constitucional colombiana” (KOZICKI; VAN DER BROOKE, 2018, p. 148).

Assim sendo, a ineficiência e a inépcia do Poder Público – por quaisquer razões – que represente deformidade nas prestações estatais, lesione direitos e garantias fundamentais e gere um estado de emergência social foi caracterizada pela Corte Constitucional Colombiana como um Estado de Coisas Inconstitucional.

Em prol de um constitucionalismo democrático e, através do reconhecimento desse “estado de coisas”, é que o Judiciário legitimou-se para intervir em questões atinentes aos demais Poderes quando aferido verdadeiro estado de anomia institucional em face da inexistência de regulamentação e/ou da sua obsolescência para regular e resolver problemas advindos da desarmonia instaurada entre as atividades das funções estatais.

Destarte, segundo a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, a inconstitucionalidade reside em fatos, ações ou omissões dos Poderes na implementação e/ou ausência de políticas públicas, ocasionadas por agentes específicos ou pela forma como se dá o funcionamento das instituições e suas respectivas estruturações, que impliquem na violação de direitos fundamentais garantidores do Estado Democrático de Direito.

E, conforme essa Teoria, é dever do Judiciário colaborar harmoniosamente com os demais órgãos do Estado para a realização dos fins aos quais este foi concebido, devendo, também, comunicar às autoridades competentes a omissão e/ou ação que produz determinado estado de coisas que viola a Constituição.

Como bem observado por Durkheim, além de regulamentação suficiente que normatize as relações mútuas, interdependentes, das funções dos Poderes, é urgente, para que a solidariedade orgânica exista, o desenrolar cooperativo entre os Poderes, mantendo seu equilíbrio e, mormente, concretizando as garantias e os direitos sociais, econômicos, culturais, individuais, fundamentais. O dever de colaboração e envolvimento entre todos os Poderes da República e o acompanhamento de políticas públicas aptas a modificar o cenário inconstitucional, tornam-se imperativos para resguardar e assegurar o Estado Democrático de Direito, refletindo, também, na administração da justiça. Por isso, a exigência do cumprimento diligente das obrigações constitucionais que pesam sobre uma determinada autoridade, para restabelecer a ordem fundamental rompida pela violação de direitos desta mesma natureza (fundamental) – seja por comissão ou omissão –, consiste em meio legítimo pelo qual o Tribunal Supremo exerce sua função de guardião da integridade da Constituição e da eficácia de seus mandos.

Valer dizer, o “estado de coisas inconstitucional” autoriza o juiz constitucional, excepcionalmente, a ditar o dever de tomada de ações emergenciais e cruciais pelos Poderes Públicos, para fazer cessar as massivas violações e graves transgressões de direitos humanos e fundamentais, supervisionando a efetiva implementação dessas medidas. Legitima-se, assim, o ativismo do Supremo Tribunal Federal, tal qual ocorreu na ADPF n.º 347, que tinha por objeto o *status* do sistema prisional brasileiro, em virtude da “[...] imprescindibilidade da atuação do Tribunal em razão de ‘bloqueios institucionais’ nos outros Poderes”⁶.

Esclareceu-se que as medidas estruturais impostas não equivaleriam a ofensa ao princípio democrático, tão pouco ao da legalidade, porquanto a atuação judicial voltada à defesa de direitos fundamentais – “[...] principalmente quando envolvidas minorias impopulares, como são os presos” –, alicerçada à comunicação e à cooperação entre os Poderes da República, que resulte na solução de incógnitas urgentemente valiosas à moral social e ao próprio Estado Democrático de Direito ao se atribuir ao Governo e ao legislador a chance de redigir estratégias para afastar o “estado de coisas inconstitucional”, não pode ser considerada intervenção na competência institucional dos demais Poderes.

Destacou-se também que presencia-se a **anomia política** não apenas quando da ausência da legislatura, mas também quando “[...] identificada a insuficiência da proteção conferida pela execução das normas vigentes”.

O péssimo funcionamento estrutural do Estado e a falta de colaboração entre os Poderes impede que a solidariedade orgânica exista, fatores impreteríveis para reparar e desfazer a conjuntura inconstitucional. Está-se defronte ao que se chama de “litígio estrutural”, o que requer a manutenção das políticas públicas já existentes e/ou a criação de novas outras que atendam os propósitos constitucionais, e isto se dá por meio de mudanças estruturais que envolvam os órgãos e instituições que queiram se manifestar, bem como a sociedade civil através de audiências públicas, sendo a implementação dos planos monitorada e havendo devida coordenação entre os Poderes da República.

Observa-se, pois, que, consoante a interpretação do Supremo Tribunal Federal três são os pressupostos principais para configuração do ECI: (i) situação de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais; (ii) deliberada omissão do Poder Público, inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em alterar a situação; (iii) a superação das transgressões demandar a atuação não apenas de um órgão, mas de uma pluralidade de autoridades diante do litígio estrutural.

Destarte, a incapacidade e omissão democráticas parlamentares, governamentais e estatais legitimam a intervenção judicial para frear o trespasse aos direitos fundamentais, posto

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347 Distrito Federal. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 09/09/2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

que, na ausência da atuação jurisdicional, os bloqueios e desacordos políticos permanecerão, assim como o grave problema com relação a esses direitos (“Verificada a paralisia dos poderes políticos, argumentos idealizados do princípios democrático fazem pouco sentido prático”).

A Carta Federativa de 1988 judicializou a política, propiciando soluções jurídicas para problemas políticos e soluções políticas para problemas jurídicos, e a permanência de relações de interdependência, complementação, solidariedade e influências recíprocas entre os Poderes. Os direitos fundamentais e a sua tutela perante os conflitos sociais não podem ficar à mercê do Governo e da maioria parlamentar, exercendo o Judiciário função importantíssima no controle de constitucionalidade e legitimidade do Poder Público. Tendo em vista que nenhum Poder está acima de Constituição e todos encontram sua base neste documento político de soberania, todo ato estatal inconstitucional está submetido à apreciação e fiscalização judiciais – “O Estado de Direito exige uma organização do poder político que, constituído conforme o Direito Constitucional, obriga o poder político a se legitimar” (CAMBI, 2018, p. 289). De mais a mais, repete-se que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (BRASIL, 1988), o que possibilita a apreciação jurisdicional, sob o manto do texto constitucional, de omissões e comissões administrativas e legislativas que atentem contra a Lei Maior.

Assim, o juiz não se limita às funções típicas a ele atribuídas, eximindo-se de questões – *a priori* – políticas, devendo censurar o legislador ordinário e o administrador público quando da violação da Constituição, afastando o estado inconstitucional e garantindo a integridade e a supremacia constitucionais.

Destarte, a **judicialização** simboliza, também, a submissão de questões institucionalmente políticas pertinentes às duas Casas do Congresso Nacional e ao Poder Executivo, ao crivo do Poder Judiciário, o que decorre, dentre outras causas, do fenômeno da desneutralização política deste último Poder para salvaguardar a Carta Federativa e os direitos individuais, sociais, econômicos, culturais e fundamentais dos indivíduos. A judicialização entrega poderes aos juízes e tribunais, remodelando significativamente a linguagem, a argumentação e o modo pelo qual o Poder Judiciário participa da sociedade (BARROSO, 2012, p. 3).

O Ministro Barroso aponta três fatores como causa da judicialização (BARROSO, 2012, p. 3): (i) a redemocratização do Brasil, com a Carta de 1988, que expandiu e fortaleceu o Judiciário, fazendo com que se metamorfoseasse num poder político institucionalmente capaz de impor e efetivar as normas constitucionais e o próprio arcabouço normativo, mesmo em conflito com os demais Poderes; (ii) a constitucionalização abrangente que oferece denso conteúdo material, abarcando princípios, valores, diretrizes, regras, funções, competências,

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347 Distrito Federal. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 09/09/2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

e transformando temáticas políticas anteriormente outorgadas ao legislador ordinário em temas de Direito (“O Direito Constitucional *judicializou a política*, uma vez que a política, representada pelos conflitos sociais e pelos direitos fundamentais, historicamente sonogados, passam a ser temas de Direito Público.”) (CAMBI, 2018, p. 289); e (iii) o sistema brasileiro amplo e eclético de controle de constitucionalidade permeado por técnicas de controle difuso e concentrado, previamente abordados.

A **judicialização da política** não é opção ideológica, filosófica ou metodológica (BARROSO, 2012, p. 3), mas dever constitucional. Levam-se ao Poder Judiciário controvérsias sobre ações concretas ou políticas públicas que envolvam direitos a serem preservados e, sob a égide da Carta Maior, o Judiciário restringe-se a cumprir o seu papel constitucional em consonância com as delimitações institucionais vigentes.

O **ativismo judicial**, por sua vez, consiste numa atuação mais acentuada do Poder Jurisdicional quando verificada omissão dos outros Poderes, para efetivar os direitos e garantias fundamentais constitucionais.

A judicialização difere do ativismo porque na primeira, a atuação do Judiciário se dá por lhe ser prescrito pela Carta Magna agir de tal maneira, sem alternativa; já no segundo (ativismo judiciário) há uma atitude, uma “[...] escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil [...]” (BARROSO, 2012, p. 3), que obstrui a satisfação das demandas sociais de forma eficaz.

Infere-se, pois, que o Estado de Coisas Inconstitucional nada mais é do que uma derivação/espécie de ativismo judicial, expressão esta primordialmente empreendida por Arthur Schlesinger Jr., em 1947, num artigo sobre a Corte Suprema dos EUA, publicado na Revista *Fortune* (MORAES, 2017, p. 807). Posteriormente, a contar da decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Brown v. Board of Education*, em 1957, por meio da qual foi julgado inconstitucional o constante descumprimento da sentença que proibia a segregação racial, notou-se nessa postura ativa da Corte a presença de “[...] ordens estruturais para a reforma em larga escala das instituições que se encontravam em mau funcionamento, a partir do pressuposto de uma relação de colaboração entre as esferas de poder envolvidas” (KOZICKI; VAN DER BROECKE, 2018, p. 181).

Tendo por norte a prática constitucional norte-americana, Ronald Dworkin criticou o ativismo judicial, sob o argumento de que este pode vir a ser um perigo à Democracia, à República e à Separação dos Poderes, por caracterizar usurpação de funções legislativas, administrativas e/ou institucionais, o que desqualifica a sua prática quando realizada sob a égide de opiniões pessoais dos membros do Judiciário sobre políticas públicas, ignorando o texto da Constituição (DWORKIN, 1999, p. 451-452).

Outros sustentam que a efetivação dos direitos fundamentais sociais por vias judiciais vai além da dogmática jurídica, não sendo o Poder Judiciário vocacionado para tanto,

devendo, então, se ater ao caso concreto que lhe é trazido, exatamente porque “[...] não teria como levar em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço público a ser prestado, a maximização dos resultados etc.” (CAMBI, 2018, p. 354), isto é, não teria como prever as repercussões globais de direcionamento de recursos públicos que amparam uns, mas que podem vir a debilitar o todo.

Contudo, a incessante imoralidade política no que concerne à omissão dos órgãos e instituições na produção de medidas estruturais e políticas públicas eficientes, além dos respectivos resultados indesejados, caracterizam um estado de anomia, de inconstitucionalidades. Diante disso, da supremacia da Constituição e do fato de que esta estabelece que a lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (BRASIL, 1988), valida-se a intervenção do Supremo Tribunal Federal – na medida correta e suficiente – e até mesmo o ativismo judicial que seja voltado à práxis constitucional, que não viole ou ignore a Carta Federal e que institua a justiça, não simbolizando, portanto, qualquer desacato à democracia, traduzindo-se em “[...] verdadeira necessidade constitucional permitida pelo sistema de freios e contrapesos em face da finalidade maior de garantia a plena supremacia e efetividade das normas constitucionais” (MORAES, 2017, p. 807).

A Constituição assegura uma complexa gama de direitos, cria e fixa deveres para as Instituições competentes, viabiliza a judicialização da exigência desses direitos e do comportamento ativo dos Poderes na execução da justiça social – trazendo até o Judiciário a controvérsia sobre ações ou omissões concretas, ou a (des)necessidade de políticas públicas –, fortalece o controle judicial de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição e desneutraliza o referido Poder. À vista disso, não se pode deduzir, de prontidão, a ilegitimidade da expansão ativa da função jurisdicional da Corte Superior “[...] para exigir do Estado o respeito e a realização de direitos fundamentais, impondo-lhe deveres negativos e positivos de atuação [...], para assegurar a validade concreta de direitos sociais e econômicos” (CAMPOS, 2015 apud KOZICKI; VAN DER BROOKE, 2018, p. 155), sendo permitidas novas técnicas interpretativas num contexto de “[...] bloqueios políticos insuperáveis, fracasso de representação, pontos cegos legislativos e temores de custos políticos [...]”, com o fim de preencher os vazios antidemocráticos do Estado-Legislador e do Estado-Administração.

Com ressalvas, o ativismo pode ser considerado como um método de interpretação constitucional que promove, “[...] por parte do Poder Judiciário, a necessária *colmatação das lacunas constitucionais* geradas pela omissão total ou parcial dos outros Poderes, ou ainda, pelo retardamento da edição de normas que possibilitem a plena efetividade do texto constitucional” (MORAES, 2017, p. 807).

Quanto à preocupação de **contrariedade ao princípio da separação dos Poderes**, o

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347 Distrito Federal. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 09/09/2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2021.

Supremo Tribunal Federal já firmou que:

É impertinente levar em conta, no caso examinado [na ADPF n.º 347], essas formulações teóricas [separação de Poderes e superioridade institucional do Legislativo e do Executivo quando comparadas à do Judiciário], uma vez que é a própria atuação estatal deficiente o fator apontado como a gerar e agravar a transgressão sistêmica e sistemática de direitos fundamentais. A intervenção judicial é reclamada ante a incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas, o que torna o argumento comparativo sem sentido empírico. Daí por que a intervenção judicial equilibrada, inclusive quando há envolvimento de escolhas orçamentárias, não pode ser indicada como fator de afronta às capacidades institucionais dos outros Poderes, se o exercício vem se revelando desastroso.

Desta forma, cumpre ao Poder Judiciário atuar com o intento de destruir e vencer os ditos bloqueios estatais, políticos e institucionais, sem o desiderato de substituir os Poderes Legislativo e Executivo no cumprimento de suas tarefas específicas. Não se pode retirar do Governo e da Legislação os processos de elaboração, desenvolvimento e execução das soluções que se anseiam e, em hipótese alguma, é permitida a usurpação de funções pertencentes tipicamente a outro Poder, conquanto seja não apenas admissível, mas desejável propiciar o diálogo entre as Instituições e com a sociedade, cabendo “[...] ao Supremo catalisar ações e políticas públicas, coordenar a atuação dos órgãos do Estado na adoção dessas medidas e monitorar a eficiência das soluções”¹⁰.

Conforme Durkheim, ao Estado incumbe uma ação reguladora que nutra a cooperação entre os órgãos governamentais e a sua relação de interdependência mútua, oportunizando a existência da solidariedade orgânica. Todavia, a ruptura no equilíbrio causado pelo estado anormal, leia-se, pelo estado inconstitucional, carece de efetivo controle de constitucionalidade e de revisão judicial, sempre evitando-se que o Judiciário assumira funções de governo.

Não compete ao Poder Judiciário delinear o conteúdo intrínseco inerente às políticas públicas e medidas estruturais a serem tomadas, os detalhes e os artifícios empregados, e os caminhos a serem percorridos pela Administração Pública, vez que não se pode desprezar e/ou desrespeitar as capacidades, aptidões e características típicas concernentes aos demais Poderes. Contudo, o Judiciário pode indicar e coordenar atividades, bem como preencher lacunas necessárias para destituir o estado inconstitucional, impedir a inércia e dizimar as deformidades estatais permanentes. Sob esta ótica:

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347 Distrito Federal. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 09/09/2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2021.

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347 Distrito Federal. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 09/09/2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2021.

Não se trata de substituição aos demais Poderes, e sim de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada qual, deixando-lhes o estabelecimento das minúcias. Há de se alcançar o equilíbrio entre respostas efetivas às violações de direitos e as limitações institucionais reveladas na Carta da República.

Enfim, ao passo que se remove o estado de letargia e inércia das autoridades públicas e aumenta-se a deliberação política e social, atenta-se à proibição e à prevenção da supremacia judicial, tudo com o intuito de afastar as inconstitucionalidades do sistema e, concomitantemente, não transgredir o princípio fundamental da separação de funções do Estado. Ademais, preocupa-se com o monitoramento das soluções para que estas sejam verdadeiramente efetivas, com a integração institucional e o constitucionalismo cooperativo. O fracasso das políticas públicas existentes exige, autoriza e legitima o controle judiciário democrático com base na Constituição e seus preceitos, posto que ela mesma entregou ao Supremo Tribunal Federal a função de zelar pelo cumprimento da Carta Federal.

Destarte, é possível e institucionalmente crucial o desempenho de um ativismo judicial excepcional e moderado para fazer cumprir obrigações, regras, direitos, deveres, princípios, valores do próprio estatuto constitucional, quando se identificam condutas estatais nocivas à Carta Magna, não podendo o Judiciário se reduzir a um ente passivo ante as mazelas sociais e tampouco se tornar legislador positivo.

O ativismo judicial é, também, totalmente exequível com respeito à cláusula constitucional da separação dos Poderes, pois a própria Constituição da República incumbiu o Poder Judiciário, e, em especial o Pretório Excelso, garantir às normas constitucionais máxima efetividade, salvaguardar a Lei Maior e o Estado Democrático de Direito. Assim sendo, o sistema de freios e contrapesos é corroborado pelo controle de constitucionalidade e intervenção judiciária quando da gravidade dos quadros inconstitucionais que se instauram, para – como leciona Durkheim – regular o estado anômico e as situações que carecem de resolução (em razão da ausência de normas regulamentadoras), garantir a solidariedade orgânica por meio da cooperação e interdependência dos Poderes e do diálogo institucional, restaurando o desequilíbrio ocasionado pelo estado de coisas anormal de inconstitucionalidades, em prol do princípio da supremacia da Carta Federativa. Isto se dá, como visto, mediante a judicialização e o consequente atendimento das demandas do tecido coletivo, através do ativismo judicial-dialógico que tão somente delineia novas políticas públicas e ordens flexíveis que serão minuciadas pelos Poderes Legislativo e Executivo no exercício de suas respectivas e típicas funções; que vistoria a efetividade das medidas

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347 Distrito Federal. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 09/09/2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2021.

a serem tomadas (já implementadas); que permite uma ampla discussão da matéria entre atores governamentais e não-governamentais (abertura à participação colaborativa inclusive da sociedade civil), operando dentro do princípio democrático e de seu campo de atuação constitucionalmente delimitado (observando o princípio fundamental da Separação de Funções), e movimentando a máquina estatal no sentido de harmonizar as ações legítimas e democráticas do Direito Constitucional.

Com efeito, cabe ao Juiz dar força normativa à Carta Política e preencher a lacuna jurídica por intermédio dos parâmetros estabelecidos pela Constituição para concretização e efetividade do texto constitucional, sendo-lhe defeso sobrepor a sua atividade à do legislador ou do governante, não tendo, pois, propriedade para absorver o espaço político reservado ao debate majoritário acerca de políticas públicas e seus detalhes, somente tendo capacidade para intervir na formação, controle e execução dessas políticas públicas – restrita e responsabilmente – quando houver dever legal, constitucional e/ou fundamental violados (jamais podendo ser identificado como legislador que foi democraticamente eleito para ocupar tal posição). Por conseguinte, sob tais circunstâncias, a legitimidade do Poder Judiciário, por mais que subsidiária, é convalidada independentemente do sistema eleitoral, em nome dos direitos fundamentais que representam o conteúdo material do Estado Democrático de Direito.

2.3 ATIVISMO PROCEDIMENTALISTA E SUBSTANCIALISTA

Em suma, observa-se que a corrente procedimentalista tende à busca de soluções totalmente imparciais, cabendo ao Judiciário apenas promover e garantir o processo democrático de representação, de forma a corrigir ocasional falha/equívoco no mencionado processo de representação política. Consequentemente, o procedimentalismo acentua o papel instrumental da Constituição, valoriza a liberdade política e critica a politização do Poder Judiciário justamente porque seus integrantes não são eleitos (cabendo ao Judiciário tão somente assegurar a observância do processo constitucional), voltando-se à garantia de instrumentos de participação democrática em prol da democracia representativa e do exercício do direito à cidadania.

Lado outro, a segunda concepção (substancialismo), visa ao contrário, ou seja, excita a intervenção do Judiciário e o avanço do Direito em esferas outrora afetas à liberdade política, sendo que a função jurisdicional ocupa papel de extremo destaque e significância na efetivação da Constituição e dos direitos fundamentais.

Vale dizer, à luz da teoria procedimentalista, exigem-se soluções imparciais do Poder Judiciário de maneira a assegurar que o processo democrático de representação seja eficiente e corresponda à vontade popular (no âmbito legislativo), ao passo que, conforme a corrente substancialista, admite-se a intervenção jurisdicional nos setores políticos para certificar e preservar a concreta e devida aplicação dos direitos e garantias fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À vista de todo o exposto, as considerações que se mostram essenciais gravitam em torno da possibilidade de íntegro desenvolvimento das atividades dos Poderes estatais por intermédio da solidariedade entre os órgãos e instituições (cooperação entre as funções estatais sem indevida usurpação de competências), da pontual divisão de tarefas e da completa dedicação dos agentes estatais para a sua efetuação – para que não sejam configuradas, como sequelas, anomias legislativas e políticas –, com o intuito de não ser preciso recorrer a outras instâncias cujas atividades poderiam ser direcionadas à diversos outros assuntos relevantes e indispensáveis à concretização das garantias e dos direitos fundamentais, sociais, econômicos, culturais e individuais. Ademais, tendo em vista os constantes retardamentos, protelações e omissões do Poder Público, é legítimo o ativismo judicial de forma excepcional e comedida para impor o cumprimento de deveres, princípios, obrigações, normas e valores axiológicos da Carta Constitucional quando da violação do conteúdo – qualquer que seja – da Carta Magna, posto que a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito, não tendo cabimento atuação passiva deste frente às anomalias instauradas, sendo igualmente inconcebível que se torne legislador positivo.

Assim sendo, o ativismo judiciário é realizável sem prejudicar, desrespeitar ou infringir a cláusula fundamental da Separação dos Poderes se praticado de forma infrequente, moderada e dialógica (são necessárias cooperação e solidariedade entre os Poderes), uma vez que é atribuição constitucional do Judiciário salvaguardar a Constituição e o próprio Estado Democrático de Direito, perfazendo, desta forma, o adequado sistema de freios e contrapesos implementado entre os Poderes da República, tudo com respaldo nos princípios democrático, da supremacia da Lei Maior e da dignidade da pessoa humana, os quais devem prevalecer sob quaisquer hipóteses.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (SYN) *Thesis*, v. 5, n. 1, 2012, p. 3. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 125 apud CAMBI, 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347 Distrito Federal**. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 09/09/2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas **Inconstitucional**”. 35 f. (Tese aprovada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro). Rio de Janeiro, 2015. p. 357-358 apud KOZICKI; VAN DER BROOCKE, 2018. p. 155.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina Editora, 2003.

DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. Tradução de Andréa Stahel M. da Silva. São Paulo: Edipro, 2016.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FIGUEIREDO, Eduardo Fin de; GIBRAN, Sandro Mansur. O ativismo judicial, o princípio da separação dos poderes e a ideia de democracia. **A Percorso**, Curitiba, v. 1, n. 18, p. 104-124, 2016. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/1728/1122>>.

KOZICKI, Katya; VAN DER BROOCKE, Bianca Maruszczak Schneider. **A ADPF 347 e o Estado de Coisas Inconstitucional: ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil**. *Direito, Estado e Sociedade*, Curitiba, n. 53, p. 147-181, jul.

dez. 2018. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/art%206%20direito%2053.pdf>>.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. **Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789**. Saraiva: São Paulo, 1978. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos- anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>.

WERNECK VIANNA, Luiz. **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

