

A DESCONSTRUÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A ASCENSÃO DO ATIVISMO JUDICIAL: A INCORPORAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA CONSTITUCIONAL

THE DECONSTRUCTION OF THE PRINCIPLE
OF SEPARATION OF POWERS AND THE RISE OF
JUDICIAL ACTIVITY: THE INCORPORATION OF
INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW INTO THE
CONSTITUTIONAL SYSTEM

LA DECONSTRUCCIÓN DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN
DE PODERES Y EL ASCENSIÓN DEL ACTIVISMO JUDICIAL:
LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL
DE LOS DERECHOS HUMANOS AL SISTEMA
CONSTITUCIONAL

*“A injustiça num lugar qualquer é uma” ameaça à justiça em
todo o lugar.”¹*

SUMÁRIO:

1. Notas Introdutórias; 2. Compreensão do princípio da separação dos poderes; 3. Importância do controle de constitucionalidade; 4. Materialização do ativismo judicial; 5. Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal; 6. Limites do conceito de “Ativismo Judicial”; 7. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a efetividade dos direitos dos mais vulneráveis; Considerações finais; Referências.

Como citar este artigo:
VILLAS BÔAS,
Regina.VÉRAS,
Gustavo.

A desconstrução do
princípio da separação
dos poderes e a
ascensão do ativismo
judicial: a incorporação
do direito internacional
dos direitos
humanos no sistema
constitucional.
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 36, 2022,
p. 395-415

Data da submissão:
26/04/2022

Data da aprovação:
27/05/2022

RESUMO:

O presente estudo reflete sobre a efetiva situação do Estado de Direito diante das recorrentes ações proativas do Poder Judiciário, em direção ao descumprimento do princípio constitucional da separação dos Poderes constituídos, causando o rompimento do tradicional sistema dos freios e contrapesos. O artigo analisa aspectos históricos relevantes da evolução das teorias fundamentadoras da criação e adoção do instituto da separação dos poderes nas constituições, bem como a evolução do controle de constitucionalidade, apreciando antecedentes jurisprudenciais e embates teóricos que o abordam, além de jurisprudência da suprema corte brasileira e questionamentos sobre a sua atuação. Reflete sobre a doutrina crítica ao controle de constitucionalidade e ao ativismo judicial, discutindo sobre a coerência da utilização da expressão “ativismo judicial”, em face do direito constitucional, nas atuais democracias. Ao final, os estudos objetivam identificar o caminho trilhado pelo modelo democrático nacional, marcado pelo enfrentamento de ações que discutem a constitucionalidade, por ação ou por omissão, de posições dos Poderes Legislativo e Executivo, exibindo o atual status do Estado Democrático de Direito, diante do marcante protagonismo do Poder Judiciário, a partir das decisões das cortes constitucionais. Valendo-se do método de revisão bibliográfica e documental, o artigo indaga sobre a desconstrução do princípio da separação dos poderes e a eventual ascensão do ativismo judicial, recordando a incorporação do direito internacional dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro.

ABSTRACT:

The following research reflects about the Rule of Law situation after the repeated actions of the judiciary, in a way that the constitutional principle of the separation of powers is disrespected, causing the break of the traditional system of checks and balances. This research analyses relevant historical aspects of the evolution of the main theories about the separation of powers creation and use in the constitutions, as well as the judicial review evolution, analyzing the judicial precedents and theoretical discussions about it, and the Brazilian Supreme Court precedents and the disputes about its actions. Reflects about the critical doctrine about the constitutional control and the judicial activism, discussing the coherence

of the use of the expression “judicial activism”, in the face of constitutional law, in current democracies. In the end, this study wants to identify the national democratic model historical evolution, marked by actions that discuss the constitutionality, by action or omission, of the legislative and executive power positions, showing the actual status of the Rule of Law in front of the judiciary protagonism, because of the constitutional courts decisions. Using the bibliography and documental review method, the research asks about the deconstruction of the separation powers principle, and the eventual ascension of the judicial activism, reminding the international law of the human rights annexation at the Brazilian constitutional system.

RESUMEN:

El presente estudio refleja acerca la situación efectiva del Estado de Derecho ante las recurrentes acciones proactivas del poder judicial, hacia el incumplimiento del principio constitucional de la separación de los poderes constituidos, provocando la ruptura del tradicional sistema de frenos y contrapesos. El artículo analiza aspectos históricos relevantes de la evolución de las teorías que fundamentan la creación y adopción del instituto de separación de poderes en las constituciones, así como la evolución del control de constitucionalidad, apreciando antecedentes jurisprudenciales y choques teóricos que lo abordan, además de la jurisprudencia del supremo tribunal brasileño y cuestionamientos sobre su actuación. Reflexiona sobre la doctrina crítica del control de constitucionalidad y del activismo judicial, discutiendo la coherencia del uso de la expresión “activismo judicial”, frente al derecho constitucional, en las democracias actuales. Al final, los estudios tienen como objetivo identificar el camino recorrido por el modelo democrático nacional, marcado por la confrontación de acciones que discuten la constitucionalidad, por acción o por omisión, de posiciones de los poderes legislativo y ejecutivo, mostrando el estado actual del estado democrático de derecho, frente al papel destacado del poder judicial, a partir de las decisiones de los tribunales constitucionales. Utilizando el método de revisión bibliográfica y documental, el artículo investiga la desconstrucción del principio de separación de poderes y la eventual surgimiento del activismo judicial, recordando la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el sistema constitucional brasileño.

PALAVRAS-CHAVE:

Constituições; Democracia; Estado de Direito; Poderes Constituídos; Controle de Constitucionalidade.

KEYWORDS:

Constitutions; Democracy; Rule of Law; Constituted Powers; Judicial Review.

PALABRAS CLAVE:

Constituciones; Democracia; Estado de Derecho; Poderes Constituidos; Control de Constitucionalidad.

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

A teoria da separação dos Poderes esboçada, inicialmente, por Aristóteles em “A Política”, posteriormente desenvolvida por John Locke no “Segundo Tratado do Governo Civil”, e consagrada por Montesquieu em “O Espírito das Leis”, surge como um dos marcos da Modernidade com o objetivo de moldar o sistema democrático, estabelecido a partir do século XVIII. Sua inquestionável importância, exibida durante mais de duzentos anos, influencia os Estados democráticos, até os dias atuais.

O controle de constitucionalidade, inspirado no modelo americano consagrado no século XIX, designa um dos pilares da democracia contemporânea, sendo adotado pelos regimes democráticos vigentes. Seu protagonismo, notadamente nos momentos de crises do sistema democrático, clama por uma reflexão sobre a necessidade de reavaliação, no atual momento constitucional, dos avanços (ou retrocessos) de um Poder em detrimento dos outros Poderes. Isso porque, constatando-se prejuízo ao sistema democrático, pode-se aprimorar elementos da teoria da separação dos poderes, na busca do reequilíbrio dos Poderes constituídos pelo Estado, propiciando-se a concretização do Estado Democrático de Direito, refletindo-se, principalmente, sobre eventual autonomia da atividade de controle constitucional pelo Poder Judiciário.

Os efeitos da internacionalização do direito, os sistemas constitucionais de controle jurisdicionais, além das demais revoluções assistidas pelos sistemas constitucionais, na segunda metade do século XX, trouxe-

ram elementos desafiadores da supremacia do princípio da separação de Poderes, em sua forma pura.

Assim, considerada a atual evidência do fenômeno do “ativismo judicial”, a presente pesquisa busca identificar o atual status do Estado Democrático de Direito diante do marcante protagonismo do Poder Judiciário, principalmente a partir das cortes constitucionais, o que é feito a partir do método de revisão bibliográfica e documental, indagando sobre a desconstrução do princípio da separação dos poderes e a eventual ascensão do fenômeno estudado, trazendo à baila a incorporação do direito internacional dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro.

2. COMPREENSÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O princípio da separação de poderes foi embrionariamente concebido por Aristóteles em sua obra “A Política”, ao destacar que o Estado deveria pautar-se pelos três Poderes essenciais, o Poder Deliberativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário. O filósofo, todavia, não foi além da mera separação funcional, nada afirmando acerca do controle de cada um dos Poderes.

John Locke, por meio do “Segundo Tratado do Governo Civil”, se refere aos três Poderes e prevê, inclusive, um quarto Poder, o Poder Discricionário que o Rei possuía de considerar o bem público, sem se subordinar às regras vigentes. A teoria de John Locke, todavia, não alcança expressiva marca da autonomia, considerado, inclusive, que referido quarto Poder não aceitava exceções à ampla separação dos Poderes, em nome do “bem público”.

É com Montesquieu, em “O Espírito das Leis”, que os três Poderes são tratados com maior expressividade e fundamentação, destacada a referida teoria pela ênfase ofertada à autonomia do Poder Judiciário, e pelo reforço à autonomia dos três Poderes, cada um deles realizando uma função específica, tripartida em “diferentes mãos”.¹

Pelo ideário relacionado à natureza humana – pelo qual o homem é considerado mal por sua própria natureza - e pela possibilidade de ser a Constituição de um Estado compreendida como instrumento de limitação de amplos Poderes, Montesquieu retrata a visão predominante do período das revoluções liberais, vivido, então, por todos. Sua resposta aos Estados

Absolutistas traça a ideia de um Estado descentralizador dos Poderes, harmoniosamente separados, daí decorrendo a ideia de um Estado Democrático, com o estabelecimento de limites do Poder pelo próprio Poder².

Pensar o princípio da separação dos poderes implica trazer benefícios à evolução dos Estados Democráticos e, também, a observação de que referida separação propicia a redução do acúmulo de Poder, a competição saudável e produtiva entre os Poderes, a diversidade de instrumentos jurídicos utilizados à proteção dos direitos, além da constatação do valor simbólico da soberania constitucional.³

Além da mera separação e independência dos Poderes, naquilo que sustenta a separação entre eles, nos regimes democráticos contemporâneos, são identificados relevantes princípios adjacentes⁴, diferenciando-se a separação funcional dos Poderes, a partir da autonomia de seus entes titulares, e da divisão dos Poderes consistente na não concentração de poderes nas mãos de um só ente. Além desses princípios, sustentáculos da separação dos Poderes, vale a lembrança do Bicameralismo, do Federalismo e do sistema de freios e contrapesos.⁵

O Bicameralismo, por exemplo, se refere à elaboração de leis a partir de duas casas legislativas, pelas quais os projetos de leis passam quando são introduzidos no sistema legal. Já o Federalismo se destaca pela distinção e independência dos entes internos, na direção de seus Poderes.

O sistema de freios e contrapesos, por sua vez, consiste em controles excepcionais dos Poderes, diante dos excessos uns dos outros. Assim, se ocorrer excessos de um dos Poderes, cabe aos demais Poderes a imposição de limites à essa atuação, conforme garantido pelo sistema de freios e contrapesos.

Pensado o sistema de freios e contrapesos e as ressalvas de John Locke, quanto ao caminhar (uníssono) dos Poderes Executivo e Legislativo, na direção de política maléfica à sociedade, a separação dos Poderes não conseguiria conter a materialização dessas intenções, revelando o risco de referidos Poderes serem partidários e possibilitarem a existência de idealistas e fanáticos ocupando posições nos Poderes.⁶

Observa-se que dentro das limitações impostas por um regime democrático, a atuação dos três Poderes encontra a sua limitação nas Constituições, que garantem a aplicação do princípio da separação dos Poderes, dos seus princípios adjacentes e leis delas decorrentes. Fato é que a

própria dinâmica e funcionamento do princípio da separação dos Poderes estão atrelados ao princípio do Estado de Direito.

3. IMPORTÂNCIA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Na esteira do sistema de freios e contrapesos e sob a ótica do princípio do Estado de Direito, o controle de constitucionalidade protege a Constituição, controlando e afastando leis e alterações que estejam em desacordo com texto constitucional, além das distorções do sistema jurídico relacionadas aos parâmetros fixados pela Constituição.

O principal antecedente do controle de constitucionalidade situa-se no sistema “*common law*”, e se refere ao caso “*Marbury versus Madison*”, ocorrido em 1803, o qual colocou os tribunais dos EUA em posição de declarar que uma lei inconstitucional é nula “*ab initio*”.⁷ O também chamado “*judicial review*” que concede às cortes constitucionais a possibilidade de interpretar as normas aprovadas pelos demais Poderes, conforme o texto constitucional, declarando-as constitucionais ou inconstitucionais.

As constituições democráticas contemporâneas tendem a conceber o controle de constitucionalidade ao Poder Judiciário, por meio das cortes constitucionais, sendo ele (Poder Judiciário) escolhido como guardião da Constituição.

A possibilidade de se apontar o Poder Executivo como o guardião da Constituição foi aventada por Carl Schmitt, o qual creditava ao chefe do Poder Executivo as prerrogativas de um estado de exceção, compatíveis com um controle da constitucionalidade das leis, editadas pelo Poder Legislativo. Referido pensador alemão foi rechaçado por Hans Kelsen que acreditava que os Poderes representativos não teriam a imparcialidade necessária para declarar a inconstitucionalidade de seus próprios atos. E foi nessa linha que Hans Kelsen propôs o primeiro modelo de tribunal constitucional, objetivando garantir o cumprimento da Constituição como a lei maior.⁸

Apesar de o autor alemão ser colocado em posição de difícil ingestão, na qual a defesa do controle de constitucionalidade, a partir do Poder Executivo, não vigoraria nos sistemas democráticos, anota-se que a sua ponderação sobre a problemática do controle de constitucionalidade, nas

mãos do Poder Judiciário, encontra correspondência na atual crise de legitimidade. Para Schmitt, existia uma falsa vinculação entre proteção e justiça, fato este que, em análise jurídica de decisões políticas, acarretaria inevitável politização da justiça.⁹

Anota-se que o controle judicial de constitucionalidade, já dividia a opinião dos juristas - alguns ventilando sobre o risco à integridade do sistema de separação dos poderes -, desde antes do seu predomínio nas constituições democráticas, o que só viria a ocorrer na segunda metade do século XX. Reforça-se, na matéria, que os efeitos das decisões em controle constitucional variam de maneira a afetar diretamente o conceito clássico da separação de poderes, ao tornar sem efeito uma ação de outro, ponderando-se, conseqüentemente, se o Poder Judiciário de fato possui legitimidade para exercer esse nível de controle, também do ponto de vista da democracia representativa.

Zeza¹⁰ traz às reflexões a doutrina de Robert Alexy sobre a legitimidade do Poder Judiciário, dela extraíndo que o sistema jurídico se encontra incompleto, demandando uma abertura do mundo material à sua colmatação, fato este que implica a necessidade de uma revisitação aos princípios jurídicos, de maneira a verticalizar e ampliar o conhecimento na matéria. Pondera, ainda, que referidas condutas exigem, inclusive, uma leitura moral que transcende a linguagem jurídica.

Ainda, segundo Zeza¹¹, Jurgen Habermas rechaça a abordagem de Robert Alexy, na medida em que referida posição levaria à perda de normatividade deôntica dos direitos e dos princípios constitucionais. Explica que para Jurgen Habermas, referida abordagem transformaria a corte constitucional em um negociador de valores, que em nome de uma leitura utilitarista dos casos, reduziria o conteúdo das normas, lesionando a atividade legislativa. A solução ofertada pelo filósofo seria a adoção da teoria da norma adequada, pela qual a corte deveria encontrar, dentro do arcabouço de normas disponíveis, àquela que melhor se encaixa ao caso concreto.

E, para completar, a doutrinadora¹² traz Luigi Ferrajoli como crítico do modelo de Alexy, que ao reconhecer a ameaça ao princípio da separação dos poderes afirma que o protagonismo dos princípios, no controle de constitucionalidade, enfraquece o texto constitucional, atingindo a rigidez dos direitos fundamentais, afetando, segundo Ferrajoli, o conteúdo

garantista da Constituição. Propõe, assim, um modelo constitucional de conteúdo claro e rigoroso, em que os direitos possam ser interpretados de maneira precisa, dando oportunidade, quando necessário, à uma aplicação silogística, reduzindo o espaço da ponderação e propiciando utilização adequada do conteúdo, diante do sistema constitucional; e anota que para Ferrajoli o uso desmedido da ponderação constitucional por parte das cortes pode acarretar o fenômeno do “ativismo judicial”.

4. MATERIALIZAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL

Munidas do controle de constitucionalidade, a partir dos instrumentos previstos na Constituição, as cortes constitucionais, em certos casos, deles se valem para extrapolar a mera interpretação textual. Observa-se que existem decisões em sede de controle de constitucionalidade que não cumprem seu papel, quer por motivações de cunho personalíssimo dos julgadores, quer para atender clamores da sociedade, materializando, assim, o fenômeno do ativismo judicial, assim explicado por Elival da Silva Ramos

“Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolver litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)”¹³

Recorda-se que o conceito de ativismo judicial, desde a sua primeira exposição no artigo de Arthur Schlesinger Jr., na Revista *Fortune*, em 1947, identificava a origem da ação ativista na pessoa do juiz constitucional.

É na posição dos julgadores de cortes constitucionais que se encontra o cerne dos debates acerca das decisões intituladas “ativistas”, podendo recair no ativismo judicial, a decisão sobre constitucionalidade de determinado ato de outro Poder, cuja fundamentação se apoia em elementos externos ao centro constitucional da análise.

Importante, também, é o efeito político das decisões “ativistas”, eis que seu avanço pode afetar políticas públicas e de Estado, afetando, inclusive, a atuação dos demais Poderes. O Poder Judiciário na figura da corte constitucional pode armazenar competência alheia, em determina-

da matéria, possibilidade essa, intimamente atrelada ao ativismo judicial, sendo entendida por alguns doutrinadores como o fenômeno da judicialização da política.

Surge como um dos grandes motores do ativismo judicial e da judicialização da política, o “boom da litigação”, tendência das democracias contemporâneas, incentivado por figuras políticas.¹⁴ Todavia, mesmo sendo fenômenos intimamente relacionados, a judicialização da política refere-se à atuação do Poder Judiciário em face das políticas públicas e de Estado, as quais, não necessariamente se relacionam diretamente com o controle de constitucionalidade, estando, algumas vezes, mais ligada à função de gestão de conflitos do Poder Judiciário.

Saber que o número de ações que chegam ao Poder Judiciário é vertiginoso, designa ponto relevante da justiça brasileira, quando se trata do ativismo judicial, tornando-se a corte constitucional brasileira, objeto de variadas demandas, em sede de controle de constitucionalidade, relativamente a essas ações, em que as atuações dos ministros podem designar referido ativismo judicial.

5. ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal nacional possui a competência de julgar ações de controle constitucional, em conformidade com o texto do artigo 102, inciso I, da vigente Constituição da República Federativa do Brasil, no qual são considerados as leis e os atos normativos como objetos de controle de constitucionalidade. Uma das grandes questões colocadas, sob a ótica da separação dos poderes, é aquela relacionada ao nível de controle e responsabilidade da atuação, por ação ou omissão, dos demais Poderes, situação contemporânea que impõe análise verticalizada da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Atualmente, são várias as decisões do Supremo Tribunal Federal que despertam críticas rigorosas acerca da postura ativista do tribunal, selecionando-se para o presente estudo, três julgados que contêm decisões controvertidas e questionáveis: a Reclamação nº 4.335-AC; a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.999; e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26.

A Reclamação nº 4.335-AC consiste em ação promovida pela Defensoria Pública da União que busca reforma de atos do juízo de execu-

ções penais de Rio Branco, tendo em vista que aplicavam dispositivos inconstitucionais, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal, já transitada em julgado, do “Habeas Corpus” nº 82.959/SP, em sede de controle concreto de constitucionalidade. A decisão que fundamenta referida ação da Defensoria Pública da União diz respeito à inconstitucionalidade do artigo 2º, §2º, da Lei nº 8.072/90, que prevê a impossibilidade da progressão de regime em crimes hediondos.

A discussão na Reclamação em análise consiste na obrigatoriedade da resolução suspensiva do Senado para dar efeito em decisões declaratórias e inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, presente no artigo 52, inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil.

O Ministro relator, Gilmar Mendes, afirma a ocorrência de mudança no conteúdo do artigo 52, inciso X, do texto constitucional, em que a resolução suspensiva do Senado Federal é entendida como instrumento apenas de publicidade das decisões do Supremo Tribunal Federal. Sustenta, nesta linha, que as declarações de inconstitucionalidade tanto em sede de controle difuso, quanto em sede de controle abstrato, possuem efeitos vinculantes. A interpretação do relator da reclamação, para além do texto constitucional do artigo 52, inciso X, se apoia na teoria da transcendência da eficácia da motivação, devendo-se considerar que os fundamentos utilizados em uma decisão, necessariamente apresentam reflexos em outras esferas.¹⁵

Outro argumento relevante, utilizado pelo referido relator, é que o dispositivo do artigo 52, inciso X, é anacrônico, apontando que a necessidade de resolução suspensiva por parte de um órgão do legislativo, encontra-se em desacordo com o princípio da separação dos poderes. Nesse sentido, a decisão do relator, apoiada pela maioria, bem como os fundamentos que guardam correspondência direta com o texto constitucional, atentam, diretamente, contra a prerrogativa do Poder Legislativo - presente em dispositivo constitucional -podendo designar decisão “ativista”.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS), se refere à omissão do Poder Legislativo motivada pela não inclusão no ordenamento jurídico nacional de nenhuma forma correspondente “a um tipo penal relacionado a crimes com motivação homofóbica”. O pedido do Partido Popular Socialista (PPS) busca a declaração da inconstitucionalidade por omissão, bem

como a equiparação de crimes com motivação homofóbica com crimes motivados em preconceito racial, pedido este, apoiado no fato de o Projeto de Lei de 2001nº 5003/2001 - que trata da matéria -, não ter sido votado, e no fato de ter sido ele apensado ao Projeto do novo Código Penal (Projeto de Lei nº 236/2012), postergando, assim, a sua aprovação.

O relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, Ministro Celso de Melo julga procedentes os pedidos, tanto no que concerne à declaração da omissão por parte do Poder Legislativo, quanto ao que se refere à equiparação dos crimes com motivação homofóbica com os crimes com motivação racista, nos termos do artigo 5º, XLII da Constituição da República Federativa do Brasil. Entre as inúmeras justificativas, encontra-se o compromisso, presente no texto constitucional do artigo 5º, inciso XLI que afirma “*a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*”. Outro compromisso citado pelo relator é a vinculação do sistema constitucional brasileiro com a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que resulta a adoção pela corte, da interpretação relacionada às cláusulas do Pacto de San Jose da Costa Rica, compreendendo o compromisso do Estado brasileiro com a proteção estatal do direito à liberdade de gênero.

O Ministro Celso, prevendo a reação sobre eventual ativismo na decisão, afirma, em seu relatório, que não se busca uma tipificação penal – impossível pela via judicial, ainda que diante de uma omissão reconhecida -, e que reconhece que tal medida representa uma afronta à separação dos Poderes e ao princípio “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”.

Nesse sentido, apesar da previsão da existência de críticas e da busca de explicações relacionadas à formulação de decisão como mero reconhecimento de um direito, o relator não se afasta das rigorosas críticas e análises que apontam: “na prática, ainda que não citado expressamente na decisão, está-se diante de uma tipificação penal pela via do judiciário”. Dessa maneira, a decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 pode ser considerada como um exemplo de ativismo judicial por parte do Supremo Tribunal Federal.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.999, se delibera sobre a Resolução nº 22.610/2007, do Tribunal Superior Eleitoral, estabelecendo-se a hipótese da perda do mandato de cargo legislativo por infidelidade

partidária. O relator da ação, Ministro Joaquim Barbosa foi voto vencido, ao afastar a possibilidade da perda de mandato por infidelidade partidária, alegando que tal previsão, descrita na Resolução nº 22.610/2007 do Tribunal Superior Eleitoral, versaria sobre hipótese não prevista no artigo 55 da Constituição da República Federativa do Brasil, o que denotaria invasão de competência do Tribunal Superior Eleitoral, relativamente ao Poder Legislativo - que teria a prerrogativa de incluir referida hipótese - por meio de uma Emenda Constitucional- no rol do referido artigo 55. Alegou que a soberania do voto popular não poderia ter a sua efetividade reduzida, em face de algo de tão baixa lesão, como a infidelidade partidária, afirmando que mesmo com a inclusão da infidelidade partidária no rol das hipóteses aderentes ao rito legislativo, ainda, assim, estaria sujeito à declaração de inconstitucionalidade.

Todavia, apesar da posição do Ministro Joaquim Barbosa, relator da ação, a decisão do colegiado chancela a decisão do Tribunal Superior Eleitoral, declarando a infidelidade partidária como hipótese de perda de mandato.

Todavia, inúmeras análises críticas sobre referida decisão, seguem o posicionamento do Ministro Joaquim Barbosa, asseverando que ela estaria aditando a Constituição da República Federativa do Brasil, a qual não prevê infidelidade partidária como hipótese relacionada à perda de mandato, correspondendo tal fato à alteração objetiva do texto constitucional, sem a participação do Poder Legislativo, afrontando ao princípio da separação dos poderes. E, mais: a discussão acerca da infidelidade partidária não ensejaria sequer intervenção, nos moldes do sistema de freios e contrapesos, por tratar-se de matéria *interna-corpus* do Poder Legislativo, havendo apenas, conforme alegou o relator da ação, a hipótese de uma intervenção do Poder Judiciário, relacionado à mudança constitucional, no mesmo sentido da resolução do TSE, então debatida.

6. LIMITES DO CONCEITO DE “ATIVISMO JUDICIAL”

Os estudos apresentados pelo direito constitucional contemporâneo exploram à exaustão o conceito de “ativismo judicial”, todavia, sem conseguir esgotar o seu alcance. As críticas relacionadas ao uso exaustivo desse conceito para a análise do controle de constitucionalidade encontram, na doutrina nacional, vieses jurídicos, teóricos e semânticos.

Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁶ afirma tratar-se de expressão marcada pela superficialidade, forjada em “contexto não jurídico”, estando sempre sujeita a ser “*vocacionada à equivocidade e à trivialidade de método no seu emprego*”. Lembra que muito se fala sobre uma importação superficial e anacrônica de expressão metafórica, criada por historiador americano, em volta dos anos 40, relativa à toda uma realidade jurídica, predominante, desde as últimas décadas do Século XX, e que prevalece até os dias atuais.¹⁷

Os estudos apontam o “ativismo judicial” como uma excessiva simplificação pontuada em discussões importantes e complexas, um argumento esvaziado de conteúdo que busca encerrar o debate antes de seu início¹⁸, situação esta, que pode servir à discussão sobre o controle de constitucionalidade e o princípio da separação dos poderes.

A frequente utilização da expressão “ativismo judicial”, ainda que empregada para anunciar avanços judiciais, além dos limites constitucionais permitidos, aponta que não são sem razão as críticas dirigidas ao sistema de controle constitucional, destacada, nesse sentido, a importância da análise do conteúdo e da forma da Constituição da República Federativa do Brasil, ao buscar a compreensão do limite das decisões do Supremo Tribunal Federal, em face do “ativismo judicial” ou, ainda, da existência de sua correspondência com instrumentos que compõem o sistema constitucional brasileiro.

7. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS DOS MAIS VULNERÁVEIS

A respeito das decisões ativistas do Supremo Tribunal Federal sobre temas constitucionais, anota-se que os seus conteúdos não se compõem somente por argumentos justificadores do texto constitucional vigente, ou seja, argumentos compostos, unicamente por conteúdos destes textos. Se referida situação ocorresse estaria presente um contrassenso nas decisões ativistas do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que indicam a existência de diversidade de instrumentos no sistema constitucional.

Importante, todavia, pontuar o que a Constituição da República Federativa do Brasil agrega em seu texto como conteúdo e complemento vigentes, como é o caso dos direitos fundamentais. Referidos direitos podem ter origem também em documentos internacionais, conforme disposição

do parágrafo 2º, do artigo 5º, do texto constitucional. Pelos parágrafos 3º e 4º, do artigo 5º, do mesmo texto, esses direitos lhe são incorporados, após a aprovação da Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004. Essa Emenda indica o caráter constitucional dos Tratados Internacionais sobre os Direitos Humanos, aprovados por quórum de Emenda Constitucional, assim como a submissão do Estado brasileiro à jurisdição do Tribunal Penal Internacional que tenha a ele aderido.

Recorda-se, no contexto - a partir do Decreto Legislativo nº 89 de 3 de dezembro de 1998, e do Decreto nº 4.563 de 2002 -, que o Brasil reconhece a competência jurisdicional obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, conforme lecionam Luiz Guilherme Conci e Marina Faraco

“Tal reconhecimento operou, de um lado, a adesão do Brasil à competência julgadora da corte IDH, permitindo que seja perante ela demandado e, de outro, a própria ampliação do bloco de constitucionalidade brasileiro, ao tornar sua jurisprudência vinculante não apenas para a interpretação das Constituições, como também para a própria formação do paradigma de controle concentrado de constitucionalidade.”¹⁹

A força jurídica vinculante e obrigatória das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e o reconhecimento da jurisdição regional, com a vinculação da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, demandam diferente leitura e interpretação das decisões internas.

Presente, assim, uma dinâmica dos Direitos Humanos que vai além do sistema legislativo tradicional, uma vez que por meio do próprio Poder Legislativo reconhece o direito internacional como fonte de direitos com caráter constitucional. As decisões do Supremo Tribunal Federal que adotam mecanismos externos, devem ser lidas a partir de todo o bloco de constitucionalidade, para além das páginas da Constituição da República Federativa do Brasil. Observado que, diante de específicas situações esteja presente uma obrigação do Estado, diante de compromisso relacionado à efetividade dos direitos fundamentais ignorados, o Poder Judiciário, no caso brasileiro, na figura do Supremo Tribunal Federal - valendo-se do tradicional sistema de freios e contrapesos - por meio de atribuição de intérprete da ordem constitucional, deve agir com o objetivo de buscar

maior efetividade de referidos direitos fundamentais.

Retomada a decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, que teve sua fundamentação apoiada na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), apontada como exemplo de ativismo judicial, observa-se que a mesma se apoia na estrutura constitucional, formada após a adoção e reconhecimento do sistema interamericano de direitos humanos, por meio da Corte Interamericana de Direitos Humanos, eis que a decisão do relator se apoia em opinião consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A insuficiência do conceito tradicional de separação dos poderes, retratada à sociedade brasileira pelos próprios Poderes constituídos, enfraquece o sistema democrático nacional. Todavia, mais do que isto, apresenta uma oportunidade à reflexão sobre a necessidade de adoção de modelo mais atualizado, que satisfaça às necessidades e aos interesses do povo brasileiro, pautando-se em valores mais contemporâneos que releve o atual momento constitucional vivido por todos, sem, contudo, descartar o princípio da separação dos poderes.

Esse princípio, que materializa a teoria da separação dos poderes continua sendo importante à manutenção do sistema de freios e contrapesos, podendo distribuir as funções estatais, sem quebrar a unidade harmoniosa do Estado, na medida em que outorga autonomia aos poderes, quanto ao exercício de suas funções estatais, ao mesmo tempo em que afasta a concentração de poderes nas mãos de um único grupo (ou pessoa) e, também, o cometimento de abusos por parte dos atores políticos que representam a sociedade no seio de referidos Poderes.

Atualmente, o cenário socio-político-ambiental enseja uma abordagem jurídica mais consentânea com as realidades nacional e internacional, ambas complexas e reveladoras de necessidades diversas e, muitas vezes, transdisciplinares.

Abrir mão do vocábulo “ativismo judicial”, como elemento central da presente análise, talvez seja uma melhor e mais prudente maneira de corroborar a concretização de necessidades urgentes do povo.

Na mesma linha, pontua-se que o protagonismo das cortes constitucionais remete não apenas a uma invasão de competência alheia, mas

também ao alcance que os textos constitucionais possuem, atualmente, perante os sistemas jurídico e político.

Ressalta-se, também, o pensamento de Luigi Ferrajoli, que aponta o direito como uma rede complexa, integrada por uma pluralidade de instituições e sistemas jurídicos, que se articulam em diversos níveis normativos²⁰, considerados, em sua leitura constitucional, elementos que transcendem o texto, e seguem, todavia, positivados como documentos internacionais incluídos no sistema jurídico vigente. Na mesma linha segue Marcelo Neves, quando trata do direito como uma “rede transversal construtiva”.²¹

Não se anseia com referidas referências afirmar-se a existência de uma espécie de permissão para o Poder Judiciário versar sobre quaisquer matérias e adotar quaisquer procedimentos. Conforme leciona Ferrajoli, o direito contemporâneo consiste em um sistema complexo, razão pela qual algumas decisões em sede de controle de constitucionalidade podem encontrar fundamentação em dispositivos complementares, aparentando aquelas - à primeira vista e para uma parte da doutrina - não satisfazerem a lógica constitucional vigente.

A corroborar as reflexões, a análise trazida na presente pesquisa da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, que adota a interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos do Pacto de San Jose da Costa Rica como fundamentação do seu voto, na referida decisão polêmica.

Apesar de alguns instrumentos apresentados à superação da crise da separação dos poderes se mostrarem presentes, tanto na área acadêmica, quanto na estrutura nacional constitucional ampliada, anota-se que não deixa de ser temerário o movimento das cortes constitucionais, que seguem testando os limites democráticos, enquanto caminham no limiar de sua área de atuação.

Por derradeiro, recorda-se prudentemente que Brasil continua sendo uma República Federativa que mantém garantido, no texto constitucional do seu artigo 2º, o princípio da separação de poderes, sendo ele considerado, entre poucas outras, uma cláusula pétreia.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2008.

_____. **O conceito e a natureza do direito.** Tradução Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas.** Revista Direito GV, v. 8, p. 059-085, 2012.

BARROS, Isis Negraes Mendes de. **Criminalização da homofobia e transfobia: análise do voto do relator ministro Celso De Mello na ação direta de inconstitucionalidade por omissão no 26-ativismo judicial ou uso da função social da dogmática jurídica?** 2021.

BOTTALLO, Eduardo Domingos. **TEORIA DA DIVISÃO DOS PODERES: antecedentes históricos e principais aspectos.** In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vol. 102, jan./dez. 2007, pp. 25 – 46.

BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. **Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial.** In: FELLET, André; GIOTTI DE PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo. (Org.). As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 389

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo et al. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal.** 2012.

CIRÍACO, Patrícia Karinne de Deus. **O debate sobre a separação dos poderes: uma análise crítica do ativismo judicial.** 2014. Tese de Doutorado.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro e FARACO, Marina. **O bloco de constitucionalidade convencionalizado como paradigma contemporâneo da jurisdição constitucional brasileira.** In: **Jurisdição Constitucional em Perspectiva.** Cleve, C. M. et al.(Org). 2020, Revista dos Tribunais,

DE MELO ROCHA, Katarina Karol Brazil; DE MORAES FILHO, José Filomeno. **Análise da Decisão Judicial sobre Infidelidade Partidária (Adin n. 50.81/2015) a partir da Teoria Argumentativa de Neil Mac-cormick.** Resenha Eleitoral, v. 24, n. 1, p. 33-56, 2020.

DE PÁDUA, Thiago Santos Aguiar. **A expressão” ativismo judicial”, como um” cliché constitucional”, deve ser abandonada: uma análise crítica.** Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, n. 2, 2015.

FERRAJOLI, Luigi; PONTES, José Antonio Siqueira; BRONZO, Pas-

quale. **Entrevista com Luigi Ferrajoli**. DESC-Direito, Economia e Sociedade Contemporânea, v. 2, n. 1, p. 31-50, 2019.

_____. **Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia: 2. Teoría de la democracia**. Principia iuris, p. 0-0, 2013.

GOMES, Rafael Benevides Barbosa; CARMO, Valter Moura do. **Política e Auto-Referencialidade No Supremo Tribunal Federal: Os Casos Da Fidelidade Partidária (Adi 3999 e 4086) e Da Ficha Suja (ADPF 144)(Politics and Self-Reverence in the Brazilian Supreme Court: An Analysis of Court Cases ADI 3999, ADI 4086, ADPF 144 (in Spanish))**. Pensar, Fortaleza, v. 15, n. 1, p. 227-257, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.

IPPOLITO, Dario. **O garantismo de Luigi Ferrajoli**. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 3, n. 1, p. 34-41, 2011.

LEITE, Glauco Salomão. **Inércia legislativa e ativismo judicial: a dinâmica da separação dos poderes na ordem constitucional brasileira**. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 45, p. 10-31, 2014.

NEVES, Marcelo. **Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina**. *Revista de informação legislativa*, v. 51, n. 201, p. 193-214, 2014.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. Saraiva Educação SA, 2017.

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

ROSENN, Keith S. **Os efeitos do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos, Canadá e América Latina numa perspectiva comparada**. *Revista de Direito Administrativo*, v. 235, p. 159-186, 2004.

SGARBOSSA, Luís Fernando; IENSUE, Geziela. **Algumas Reflexões**

Críticas sobre a Tese da “ Abstrativização ” do Controle Concreto de Constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (STF). Sequência (Florianópolis), p. 79-104, 2017.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política.** Tempo social, v. 19, p. 39-85, 2007.

VILLAS BÔAS, Regina. Vera ; SOARES, D. S.. **O direito fundamental social à educação de qualidade e a (in)efetividade das políticas públicas voltadas aos jovens e adolescentes em situação de vulnerabilidade social.** In: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo, 2019, Goiânia. Direitos sociais e políticas públicas II. Goiânia: XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI, 2019. v. 1. p. 225-241.

WALDRON, Jeremy. **Separation of powers in thought and practice.** BCL Rev., v. 54, p. 433, 2013.

ZEZZA, Michele Beniamino. **A legitimação democrática da ponderação judicial: análise do debate entre R. Alexy, J. Habermas e L. Ferrajoli.** Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 13, n. 1, p. 51-65, 2021.

'Notas de fim'

1 CIRÍACO, Patrícia Karinne de Deus. O debate sobre a separação dos poderes: uma análise crítica do ativismo judicial. 2014. Tese de Doutorado, p. 24.

2 BOTTALLO, Eduardo Domingos. TEORIA DA DIVISÃO DOS PODERES: antecedentes históricos e principais aspectos. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vol. 102, jan./dez. 2007, pp. 32. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67747/70355>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

3 WALDRON, Jeremy. Separation of powers in thought and practice. BCL Rev., v. 54, p. 440

4 Ibid., p. 438.

5 Ibid.

6 Ibid, p. 446.

7 ROSENN, Keith S. Os efeitos do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos, Canadá e América Latina numa perspectiva comparada. Revista de Direito Administrativo, v. 235, p. 163, 2004.

8 CIRÍACO, op. cit., p.39-40.

9 Ibid.

10 ZEZZA, Michele Beniamino. A legitimação democrática da ponderação judicial: análise do debate entre R. Alexy, J. Habermas e L. Ferrajoli. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 13, n. 1, p. 55, 2021.

11

12 Ibid, p.60.

13 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.

14 VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. *Dezessete anos de judicialização da política*. Tempo social, v. 19, p. 41, 2007.

15 SGARBOSSA, Luís Fernando; IENSUE, Geziela. *Algumas Reflexões Críticas sobre a Tese da "Abstrativização" do Controle Concreto de Constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (STF)*. Sequência (Florianópolis), p. 89, 2017.

16 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial*. In: FELLET, André; GIOTTI DE PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo. (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 389

17 DE PÁDUA, Thiago Santos Aguiar. *A expressão "ativismo judicial", como um "cliché constitucional", deve ser abandonada: uma análise crítica*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, n. 2, 2015. p. 139

18 Ibid, p. 164.

19 CONCI, Luiz Guilherme Arcaro e FARACO, Marina. *O bloco de constitucionalidade convencionalizado como paradigma contemporâneo da jurisdição constitucional brasileira*. Cleve, C. M. et al.(Org). *Jurisdição Constitucional em Perspectiva*. Revista dos Tribunais, p.98-99.

20 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia: 2. Teoría de la democracia*. Principia iuris, p. 475, 2013.

21 NEVES, Marcelo. *Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina*. Revista de informação legislativa, v. 51, n. 201, p. 198, 2014.

