

**UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO - UPF**  
**VICE-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO**  
**CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO**

**A SEPARAÇÃO DE PODERES NA CONTEMPORANEIDADE:  
ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO STF A PARTIR DA SUA  
ESTRUTURA INSTITUCIONAL PÓS-1988**

**ISABELLE KLEIN**

**Passo Fundo/RS, fevereiro de 2023.**

**UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO - UPF**  
**VICE-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO**  
**CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO**

**A SEPARAÇÃO DE PODERES NA CONTEMPORANEIDADE:  
ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO STF A PARTIR DA SUA  
ESTRUTURA INSTITUCIONAL PÓS-1988**

**ISABELLE KLEIN**

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em Direito pela Universidade de Passo Fundo - UPF, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

**Orientador: Professor Doutor Paulo Roberto Ramos Alves**

**Passo Fundo/RS, fevereiro de 2023.**

CIP – Catalogação na Publicação

---

K64s Klein, Isabelle  
A separação de poderes na contemporaneidade [recurso eletrônico] : análise da atuação do STF a partir da sua estrutura institucional pós-1988 / Isabelle Klein. – 2023.  
905 KB ; PDF.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Roberto Ramos Alves.  
Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Passo Fundo, 2023.

1. Separação de poderes. 2. Poder judiciário e questões políticas. 3. Direito constitucional. 4. Crise democrática.  
I. Alves, Paulo Roberto Ramos, orientador. II. Título.

CDU: 342.56

---

Catálogo: Bibliotecária Jucelei Rodrigues Domingues - CRB 10/1569

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Dissertação.

**“A SEPARAÇÃO DE PODERES NA CONTEMPORANEIDADE:  
ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO STF A PARTIR DA SUA ESTRUTURA  
INSTITUCIONAL PÓS-1988”**

Elaborada por

**ISABELLE KLEIN**

Como requisito parcial para a obtenção do grau de “Mestre em Direito - Área de Concentração –  
Novos Paradigmas do Direito”

**APROVADA**

Pela Comissão Examinadora em: 20/04/2023



---

**Dr. Paulo Roberto Ramos Alves**  
Presidente da Comissão Examinadora  
Orientadora



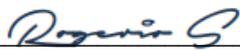
---

**Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho**  
Coordenador PPGDireito



---

**Dra. Julia Francieli Neves de Oliveira**  
Membro interno



---

**Dr. Rogerio da Silva**  
Diretor Faculdade de Direito



---

**Dr. César Marció**  
Membro externo



## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais Jairo e Adriana, por não medirem esforços para que meus sonhos se tornassem realidade, pois sem eles nada disso seria possível. Obrigada por me acompanharem e por estarem comigo em todos os momentos.

Ao meu namorado, amigo e companheiro Daniel, pelo carinho, compreensão, companheirismo, paciência, amor e por acreditar em mim, quando nem eu mesma acreditava.

À minha amiga e sócia Letícia pelo apoio, por entender algumas ausências no escritório e por ser meu ombro amigo para ouvir meus desabaços.

Ao meu orientador Professor Doutor Paulo Roberto Ramos Alves pelos ensinamentos e permanente disponibilidade.

A todos os professores que fizeram parte da minha formação, desde a graduação e agora no Mestrado, que contribuíram com o conhecimento necessário para me tornar um profissional cujos valores, a exemplo desses, estarão pautados na ética, no esforço, na busca permanente de aperfeiçoamento e de competência.

Às minhas amigas, pelas doses diárias de incentivos e que compreenderam minhas ausências nesses últimos meses.

## **DEDICATÓRIA**

Para Jairo e Adriana, que sempre priorizaram meus estudos e tornaram tudo possível.

Para Giovanna, que esteve conosco por apenas 03 anos e 04 meses, mas nos iluminou por várias existências, cuja saudade não pode ser expressada em palavras.

“Um dia, quando olhares para trás, verás que os dias mais belos foram aqueles em que lutaste”. Sigmund Freud.

## TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico ao presente trabalho, isentando a Universidade de Passo Fundo, a Coordenação do Programa de Pós-Graduação *strictu sensu*- Mestrado em Direito, a banca examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade desse estudo.

Passo Fundo/RS, fevereiro de 2023.

Isabelle Klein  
Mestranda em Direito

## RESUMO

A presente dissertação busca promover uma reflexão acerca dos problemas da teoria da separação dos poderes e sobre os mecanismos de controle do exercício do poder. Um dos maiores desafios à tripartição de poderes no constitucionalismo brasileiro é, acompanhando uma tendência mundial, o protagonismo do Poder Judiciário. Neste contexto, abordou-se essa expansão da jurisdição sob dois enfoques: da judicialização da política e do ativismo judicial. Nessa conjuntura, a pesquisa trouxe outros desafios encarados pela Separação de Poderes para além da Juristocracia que podem levar a uma crise democrática, como o presidencialismo de coalizão, hiperfragmentação partidária, eleições polarizadas, mídia e forte insatisfação da sociedade. Além disso, analisou-se os termos Supremocracia e Ministocracia, que revelam que o arranjo institucional evidencia o Supremo Tribunal Federal na arena política, delimitando as causas que o fazem exercer o poder de última palavra no ordenamento jurídico e, muitas vezes, na política nacional. Nesse cenário de batalha dos poderes, analisou-se as dinâmicas entre os Poderes durante a pandemia, sobretudo o jogo de interesses envolvendo o Poder Executivo Federal e a cúpula do Poder Judiciário. Tudo isso conduzirá, ao fim, à abordagem da teoria dos diálogos institucionais como maneira de autocontenção do Poder Judiciário e como um novo paradigma entre os poderes, em que é promovido diálogos envolvendo tanto as instituições do Estado democrático de direito, quanto a sociedade. Para tanto, o método utilizado no presente artigo é o dedutivo, além de uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial sobre o tema.

**Palavras-chave:** Separação de Poderes. Crise democrática. Juristocracia. Supremocracia. Ministocracia. Diálogos institucionais.

## ABSTRACT

The present dissertation wants to promote a reflection about the problems of the theory of separation of powers and about the mechanisms to control the exercise of power. One of the greatest challenges to the tripartite division of powers in Brazilian constitutionalism is, following a worldwide trend, the protagonism of the Judiciary. In this context, this expansion of jurisdiction was approached from two angles: the judicialization of politics and judicial activism. At this juncture, the research brought other challenges facing the Separation of Powers beyond Juristocracy that can lead to a democratic crisis, such as coalition presidentialism, party hyperfragmentation, polarized elections, media and strong dissatisfaction of society. Besides that, the terms Supremocracy and Ministocracy were analyzed, which reveal that the institutional arrangement highlights the Supreme Federal Court in the political arena, delimiting the causes that make it exercise the power of last word in the legal system and, many times, in national politics. In this scenario of battle of powers, the dynamics between the Powers during the pandemic was analyzed, especially the game of interests involving the Federal Executive Power and Federal Court of Justice. All this will lead, in the end, to the approach of the theory of institutional dialogues as a way of self-restraint of the Judiciary and as a new paradigm between the powers, which is to promote dialogues involving the institutions of the democratic rule of law and society. To this end, the method used in this article is deductive, in addition to a doctrinal and jurisprudential survey of the subject.

**Keywords:** Separation of Powers. Democratic Crisis. Juristocracy. Supremocracy. Ministocracy. Institutional Dialogues.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO 1: A SEPARAÇÃO DE PODERES NO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO.....</b>	<b>12</b>
1.1 Constitucionalismo e democracia: um recorte a partir do Estado Moderno.....	13
1.2 Separação de Poderes: um diálogo entre Aristóteles, Locke, Montesquieu e os “Federalistas”.....	21
1.3 O sentido contemporâneo da Separação de Poderes.....	30
<b>CAPÍTULO 2: TENSÃO ENTRE OS PODERES E SUAS CONSEQUÊNCIAS: DO ATIVISMO JUDICIAL À CRISE DEMOCRÁTICA.....</b>	<b>40</b>
2.1. Atuação do Executivo, do Legislativo e do Judiciário no que tange à organização do Poder: breves considerações.....	41
2.2. Judicialização da política como consequência do aumento da litigiosidade em sociedades contemporâneas e ativismo judicial como vontade e poder do Judiciário? Distinções e considerações necessárias.....	47
2.3. A crise da democracia e a ascensão do poder judiciário: é preciso frear a Juristocracia?.....	60
<b>CAPÍTULO 3: MINISTOCRACIA E DINÂMICAS ENTRE OS PODERES: ANÁLISE DE CASOS E EXPECTATIVAS DE FUTURO.....</b>	<b>72</b>
3.1 Da Supremocracia à Ministocracia: quando os ministros do STF, de modo individual, são mais jogadores que árbitros.....	72
3.2 As dinâmicas entre os poderes no Brasil durante a pandemia: confrontação ou conformação com matrizes teóricas da separação dos poderes?.....	82
3.3 Teoria constitucional e dinâmicas institucionais: perspectivas e rumos de futuro.....	94
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>111</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>115</b>

## INTRODUÇÃO

A temática desta pesquisa busca promover uma reflexão acerca dos problemas da teoria da separação dos poderes e sobre os mecanismos de controle do exercício do poder, para que não se restrinjam à mencionada concepção. Não há a intenção de negar a importância da separação dos poderes no desenho constitucional brasileiro, o que se pretende, pelo contrário, é a produção de reflexões sobre o funcionamento dos poderes, em especial o Poder Judiciário na figura do Supremo Tribunal Federal, e das dinâmicas políticas que o influenciam, como meio de oferecer observações e inferências que contribuam para um melhor conhecimento acerca do funcionamento das instituições e do comportamento dos atores que nelas operam.

O ponto de partida é a abordagem da ideia de constitucionalismo e democracia, elaborando-se um recorte dos dois institutos desde o estado moderno. Verificar-se-á que o constitucionalismo e a democracia são dois conceitos interligados e essenciais para a organização de um Estado de Direito, já que a Constituição estabelece as regras e os princípios pelos quais a democracia deve ser exercida, garantindo a proteção dos direitos fundamentais, a separação dos poderes, a representatividade, a igualdade, a liberdade e outros valores democráticos. Isto é, o constitucionalismo é o fundamento jurídico que garante a democracia e seus princípios, enquanto a democracia é a forma de governo que permite a participação popular e o exercício dos direitos e liberdades garantidos pela Constituição.

A partir disso, será examinado um dos alicerces do constitucionalismo e epicentro desta pesquisa, que é a Separação de Poderes. Examinar-se-á que a Separação de Poderes é um conceito político e jurídico que tem como base a ideia de que o poder político deve ser dividido em diferentes esferas, de modo a evitar que uma única pessoa ou grupo de pessoas detenha todo o poder e possa usá-lo de forma abusiva. Esse conceito tem raízes em diversas correntes do pensamento político, incluindo as ideias de Aristóteles, John Locke, Montesquieu e os autores dos artigos "Federalistas", que serão propriamente tratados no decorrer do texto.

Ademais, será debatido sobre a incorporação da teoria tripartite no ordenamento jurídico, realizando-se breve análise das Constituições Federais brasileiras até chegar à Carta Magna de 1988. Com tal base teórica, será examinado o sentido contemporâneo da separação de poderes, concluindo-se que é um

importante instrumento para evitar abusos e garantir a proteção dos direitos fundamentais, a transparência, a *accountability* e as regras do jogo.

No segundo capítulo, serão abordadas breves considerações acerca da atuação do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, previstas no título IV da Constituição Federal. E, analisando as funções tanto típicas quanto atípicas, adentrar-se-á no território do protagonismo do judiciário, característico do constitucionalismo contemporâneo. Para tanto, discorrer-se-á sobre a judicialização da política e do ativismo judicial, uma vez que ambas as concepções representam uma prática cotidiana, dissertando conceitos e apontando-se críticas.

Para finalizar o segundo capítulo, verificar-se-á se a crise constitucional que devasta o Brasil nos últimos anos decorre do protagonismo judiciário, notadamente em um conceito de Juristocracia, eis que neste cenário a balança dos poderes estaria desequilibrada, sendo a harmonia e equilíbrio tão caros ao constitucionalismo ou a crise possui outras raízes institucionais.

No terceiro e último capítulo, o estudo foca na Corte Constitucional e dissertar-se-á a respeito da Supremocracia, termo utilizado por Oscar Vilhena Vieira para designar a concentração de poderes nas mãos do STF como instituição, bem como analisa uma consequência deste termo, surgindo a figura da Ministocracia, elegida por Diego Werneck Arguelhes, que representa a possibilidade de um ministro do STF, a partir de uma decisão monocrática ou definição de agenda, influenciar o processo político decisório.

De maneira a contextualizar as abordagens acima descritas, em um segundo momento do terceiro capítulo serão retratadas as dinâmicas entre os poderes no Brasil durante a pandemia, de modo a verificar se os arranjos estabelecidos durante o período corroboram com a hipótese aqui discutida, uma vez que foram marcadas por tensões e conflitos, especialmente entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário, em meio a divergências sobre as medidas de enfrentamento à pandemia.

Por fim, pretende-se analisar as relações entre as instituições políticas e suas interações na tomada de decisões e na governança do Estado. Isso inclui o estudo das relações entre os poderes executivo, legislativo e judiciário, bem como a interação entre o Estado e a sociedade civil. Para tanto, abordar-se-á a teoria dos diálogos institucionais e como ela pode auxiliar os atores institucionais a salvaguardarem a regras do jogo democrático e seus pressupostos.

## CAPÍTULO 1: A SEPARAÇÃO DE PODERES NO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

A grave crise política instaurada sobretudo após 2013, que levou milhares de pessoas às ruas e culminou no *impeachment* da até então Presidente da República, Dilma Rousseff, desestabilizou um sistema político que aparentava estar estável desde a promulgação da Constituição Federal em 1988. Com isso, acarretou, além de escândalos de corrupção e crise econômica, o descrédito das instituições constitucionais.

Entretanto, antes de adentrar em questões práticas, necessário se faz contextualizar a teoria, notadamente quanto ao constitucionalismo e à democracia, pontuando as terminologias e a evolução para o que se entende como Estado Democrático de Direito, uma vez que assentar tais premissas permite fundamentar os posicionamentos jurídicos atinentes à presente questão.

O objetivo do primeiro capítulo, dessa maneira, é demonstrar que o surgimento da separação de poderes se confunde com o próprio surgimento do constitucionalismo e estão relacionados às transformações da sociedade nas revoluções dos séculos XVII e XVIII. Será estudado que a Separação de Poderes é um reflexo da realidade de cada época e que interpretar o princípio da mesma maneira que era tratado no Estado Moderno, por exemplo, em uma sociedade heterogênea como atual, é fadá-lo ao insucesso.

Assim, em um primeiro momento será dissertado acerca do Constitucionalismo e democracia do Estado Moderno para o Estado Social, com ênfase no estabelecimento da Separação de Poderes, que é a força motriz de qualquer Estado Constitucional. Após, será realizado um estudo acerca da teoria da Separação de Poderes, desde Aristóteles na Grécia Antiga, passando pelos Modernistas John Locke e Montesquieu e os norte-americanos James Madison, Alexander Hamilton e John Jay, denominados “Os Federalistas”, idealizadores do mecanismo de *checks and balances* na Constituição Americana. Por fim, abordar-se-á o sentido contemporâneo da Separação de Poderes, analisando como a teoria é recebida nos tempos atuais, bem como mencionando como o princípio foi introduzido nas Constituições Brasileiras.

## 1.1 Constitucionalismo e democracia: um recorte a partir do Estado Moderno

O constitucionalismo e a democracia estão intrinsecamente ligados e representam dois dos principais fundamentos do pensamento político moderno. Enquanto o constitucionalismo<sup>1</sup> tem como objetivo soberano a limitação do poder do Estado em prol de direitos e liberdades individuais, a democracia exerce a função de garantir a participação dos cidadãos no processo de tomada de decisões políticas. Importa destacar que não cabe ao presente estudo reportar-se às raízes do constitucionalismo e da democracia. O que se propõe é realizar um recorte que torne possível examinar a ocasião em que ocorre a combinação entre constitucionalismo e democracia, momento este que se verifica no Estado Moderno.

Para tanto, indaga-se como ocorreu a evolução histórica desde o Estado Moderno para a concepção de constitucionalismo que se tem atualmente. A partir do desenvolvimento do capitalismo mercantil, o Estado Moderno inaugurou após a segunda metade do século XV, deflagrado na Revolução Francesa, que é considerada o marco histórico do Estado Moderno. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 estabeleceu novas ideias, amparadas na Constituição, tendo como núcleo essencial ao constitucionalismo os direitos fundamentais e a separação dos Poderes. São três os elementos constitutivos do Estado Moderno: a obrigação política, o povo e o território<sup>2</sup>.

Thomas Hobbes, tido como o primeiro teórico contratualista, em seu livro “O Leviatã”, pensa na constituição do Estado Moderno a partir de um contrato, de modo que cada indivíduo cede parte de sua liberdade para partir de um estado de natureza, o qual não haveria limites para as possibilidades de atuação de cada um, para um estado limitado por um poder soberano. Isto é, Hobbes acredita na centralização do poder nas mãos de um único sujeito, qual seja, o monarca<sup>3</sup>. Assim, para o Autor inglês,

---

<sup>1</sup> Para Fioravanti, Constitucionalismo é um “conjunto de doutrinas que desde aproximadamente meados do século XVII se dedicaram a recuperar o aspecto de limite e garantia no horizonte de constituição dos modernos.”<sup>1</sup> Resumindo, atualmente é conceituado como um regime político no qual o poder executivo é limitado por uma constituição e que defende que o país deve ser regido por uma constituição.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución De la Antigüedad a nuestros días**. Madrid: Editorial Trotta, 2001. p. 85.

<sup>2</sup> RIBEIRO, Josuel E. P. **Os Contratualistas em questão: Hobbes, Locke e Rousseau**, *Prisma Jurídico*, v.16, n.1, 2017. p. 5.

<sup>3</sup> HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 147-148.

cabe apenas ao Rei o poder de criar ou anular uma lei. O inglês deixa claro seu posicionamento favorável a uma monarquia absoluta, reflexo do contexto político em que ele vivia na época. Insiste que, embora o poder absoluto do soberano com frequência causa muitos inconvenientes a seus súditos, ainda assim qualquer número de inconvenientes é preferível ao estado de guerra de todos contra todos.<sup>4</sup>

Todavia, a visão de Estado Absolutista proposta por Hobbes recebeu severas críticas, notadamente pelo segundo teórico contratualista aqui estudado, John Locke. Com resultado na Revolução Gloriosa, que deu início ao período da monarquia constitucional, levando à deposição de Jaime II ao trono inglês e coroando Guilherme de Orange e Maria Stuart reis da Inglaterra, verificou-se que um Estado Absolutista não era compatível com a sociedade civil que agora deveria ser instaurada<sup>5 6</sup>. Assim, Locke propõe um Estado organizado politicamente de tal forma que garanta a proteção de direitos naturais, a propriedade e a liberdade, isto é, o chamado Estado Liberal<sup>7</sup>. E destarte, faz-se necessário a criação da sociedade política, por meio de um contrato, para resolver conflitos e defender os homens contra injustiças, a fim de promover a igualdade e a liberdade<sup>8</sup>.

Locke, então, entende que a partir dessa sociedade política, os indivíduos poderiam estabelecer instituições políticas como legisladores e elaborar uma lei capaz de representar a medida comum nos conflitos e litígios entre os homens, bem como um juiz imparcial para aplicação da lei, e, ainda, um poder ulterior, chamado de executivo, a fim de ter a força necessária para cumprir as sentenças<sup>9</sup>. Nesse sentido, John Locke trouxe noções da democracia moderna e do individualismo econômico, de estudo obrigatório para compreender as origens do pensamento jurídico-político da modernidade, mas uma das suas maiores contribuições ao constitucionalismo e à

---

<sup>4</sup> Ibid., 148-149.

<sup>5</sup> LOCKE, John. **Segundo trato sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1994. p. 134.

<sup>6</sup> “Foi assim – da oposição histórica e secular na Idade Moderna, entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca – que nasceu a primeira noção do Estado de Direito, mediante um ciclo de evolução teórica e decantação conceitual, que se completa com a filosofia política de Kant”. BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 41.

<sup>7</sup> Ibid., p. 139.

<sup>8</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. (Org) **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 544-545.

<sup>9</sup> FIORAVANTI, p. 91.

democracia consiste na distinção lecionada por ele entre poder absoluto e poder moderado.

O Poder Absoluto por Locke é “aquele em que um único súdito, seja o rei ou a assembleia, tem os poderes legislativo e executivo”. Enquanto o Poder Moderado por Locke é “aquele em que os dois poderes são diferentes e pertencem a dois súditos distintos”<sup>10</sup>. Maurizio Fioravanti, constitucionalista italiano, entende que a primeira ideia do constitucionalismo é quem tem o poder de legislar não pode e não deve dispor dos recursos e meios de governo para executar a lei, e quem tem o poder de executar a lei, não pode e não deve ter o poder de elaborá-la<sup>11</sup>. A partir deste momento, Locke leciona noções de separação de poderes, que será maior aprofundado no item infra.

Assim, do “princípio liberal chega-se ao princípio democrático. Do governo de uma classe, ao governo de todas as classes”<sup>12</sup> e surge o teórico político Jean Jacques Rousseau, terceiro contratualista examinado neste trabalho, que trata da democracia e critica a propriedade privada nos termos estabelecidos por Locke. Em seu livro *Do Contrato Social*, que embasou a Revolução Francesa de 1789, o filósofo francês defende a liberdade e a igualdade, não havendo liberdade sem igualdade<sup>13</sup>. Para Rousseau, a soberania do povo apenas existe quando lastreada da vontade geral e o pacto social é o ato praticado pelo povo que constitui a sociedade. Assim, a soberania é um exercício da vontade geral em que não há outro soberano que não o povo, “A soberania é indivisível pela mesma razão de ser inalienável. Porque ou a vontade é geral, ou é a do corpo do povo, ou só de uma parte dele. No primeiro caso, a vontade declarada é um ato de soberania e faz lei”<sup>14</sup>.

A partir desse vínculo entre soberania popular, vontade geral e democracia, Rousseau torna-se um importante autor para o estudo da democracia, uma vez que contribuiu na reivindicação da soberania popular, determinando, dessa forma, o caráter democrático do Estado. Assim, a mudança do poder das mãos do monarca, como tido em Hobbes, às mãos do povo, bem como visto em Rousseau, faz com que surja o âmago da democracia moderna.

---

<sup>10</sup> Ibid., p. 93.

<sup>11</sup> Ibid., p. 93.

<sup>12</sup> BONAVIDES, 2007, p. 43.

<sup>13</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 45.

<sup>14</sup> ROUSSEAU, 1973, p. 50.

Todavia, desde então, o caráter abstrato e impessoal da soberania foi, não apenas na figura do monarca, mas também do parlamento ou do povo, afirmado de modo que eles possam personificá-lo. Assim, considerando o povo personificando o poder/soberania popular, tem-se a democracia como um poder absoluto e perpétuo, o qual o Estado de Direito foi obrigado a neutralizar e conter. Nesse sentido era o pensamento de Montesquieu, para quem, tanto a monarquia, quanto a democracia poderia assumir um caráter despótico caso a monarquia viesse a desafiar ainda mais o parlamento, e caso a democracia fosse dominada pelo princípio da extrema igualdade, levando o povo a querer fazer tudo para si. Ou seja, a concentração de todos os poderes em uma única figura, seja ela qual for, é o que transforma qualquer forma de governo em tirania<sup>15</sup>.

Para Hobbes e Rosseau não era possível, em uma constituição moderna, que houvesse a divisão do poder soberano, por ser justamente a indivisibilidade uma de suas principais características. Além disso, pensavam ser impossível individualizar um limite jurídico à extensão dos poderes do soberano, por exemplo, opondo uma norma fundamental a esses poderes. No entanto, essas são as duas principais ideias que o constitucionalismo tenta sustentar, entendido pela possibilidade de se ter uma constituição dos modernos mediante uma soberania divisível e limitada<sup>16 17</sup>.

Segundo Maurizio Fioravanti, as Revoluções Americana e Francesa representaram um momento decisivo na história do constitucionalismo. Essa representação veio através do chamado “poder constituinte”, o qual foi utilizado pelos colonos americanos e depois pelos revolucionários franceses. Assim, diante do exercício do poder constituinte, percebeu-se a possibilidade da constituição e da soberania andarem juntas, uma vez que aquela soberania exercida pelos povos americanos e franceses era associada à constituição, com o objetivo de ordem e estabilidade<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> FIORAVANTI, 2001, p. 97.

<sup>16</sup> FIORAVANTI, 2001, p. 86.

<sup>17</sup> “A contradição entre Rousseau e Montesquieu – contradição em que se esteia a doutrina liberal-democrática do primeiro estado jurídico – assenta no fato de Rousseau haver erigido como dogma a doutrina absoluta da soberania popular, com as características essenciais de inalienabilidade, imprescritibilidade e indivisibilidade, que se coaduna tão bem com o pensamento monista do poder, mas que colide com o pluralismo de Montesquieu e Constant, os quais abraçavam a tese de que os poderes deveriam ser divididos”. BONAVIDES, 2007, p. 52.

<sup>18</sup> FIORAVANTI, 2001, p. 103-104.

Fioravanti entende que a Constituição Federal dos Estados Unidos de 1787 é uma constituição democrática fundada no poder constituinte do povo americano, sendo que o Autor também observa que os americanos estavam opondo seu poder constituinte e sua constituição afim de limitar os poderes e garantir os direitos individuais. O poder constituinte teria nascido com esse caráter limitativo, uma vez que “os americanos queriam uma constituição democrática contra a degeneração no sentido parlamentar da tradicional constituição mista inglesa, na qual reconheceram uma nova forma de absolutismo” e assim surgiu uma constituição democrática com um governo limitado com poderes limitados, porque derivavam do poder constituinte<sup>19</sup>.

A relação entre o poder constituinte, dito como poder soberano do povo, sendo o soberano entendido como o povo que constitui uma nova ordem normativa com o objetivo de auto legislar, é que ocorre a paradoxal relação entre democracia e constitucionalismo. O que se verifica é que essa tensão não termina com a democracia<sup>20</sup>, tampouco com o constitucionalismo. Acredita-se que esse conflito justamente alimenta e traz força, de modo que o constitucionalismo assegure direitos e a democracia dê conteúdo e eficácia a esses direitos, estabelecendo, também, a participação popular nos processos de discussão e tomada de decisão.

Madison, através dos artigos Federalistas, defendia “uma constituição republicana, democrática quanto à sua fundação, moderada e equilibrada quanto à articulação dos poderes previstos e disciplinados naquela constituição”, na qual estavam presentes o bicameralismo, o poder de veto do presidente e o consenso do Senado acerca dos poderes presidenciais. A ideia de Madison não era “tanto o de uma separação abstrata de poderes, mas de um equilíbrio concreto entre poderes, para que se obtenha o resultado do governo limitado como um todo”, entendendo que esse poder de veto do presidente era uma interferência necessária que “serve para manter cada potência em sua esfera”<sup>21</sup>.

Tanto para Madison quanto para Hamilton, autores do “*The Federalist Papers*”, o que mais temiam na constituição republicana era o poder legislativo, visto que possui

---

<sup>19</sup> Ibid., p. 105-106.

<sup>20</sup> Ao contrário do que Antonio Negri acredita. Veja-se: “o poder constituinte resiste à constitucionalização, permanecendo estranho ao direito e a democracia também resiste a constitucionalização, “a democracia é teoria do governo absoluto, ao passo que o constitucionalismo é teoria do governo limitado e, portanto, prática da limitação da democracia” NEGRI, Antonio. **O Poder Constituinte**: ensaio sobre as alternativas da modernidade. 2. ed. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: Editora Lamparina, 2015. p. I.

<sup>21</sup> FIORAVANTE, 2001, p. 107-108.

o poder de fazer a lei, de impor impostos, uma vez que o poder legislativo nada mais era do que os representantes do povo, e o medo era que em determinado momento este poder passasse a acreditar que era o povo e não mais um poder constituído. Assim, como forma de prevenir tal acontecimento, Hamilton defendia “o poder dos juízes de declarar atos nulos do legislativo contrários à constituição”, que mais tarde passou a ser conhecida como o controle de constitucionalidade difuso<sup>22</sup>. Nesse sentido, contra a onipotência do parlamento e a fim de garantir a soberania constitucional, é dada maior força às decisões dos tribunais judiciais, reconhecendo o Poder Judiciário como o poder competente<sup>23</sup>.

Salutar mencionar que o papel que a Constituição desempenhou (e desempenha) na política norte-americana foi determinado pelos limites dados por ela às instituições. Essa atribuição destacou-se em 1803, quando a Suprema Corte considera a Constituição como base de autoridade dos tribunais, que poderiam determinar os limites às outras instituições, de modo a comprimir as determinações da Norma Fundamental. A partir deste momento, o judiciário recebe o poder de decidir e interpretar o que a Constituição dispõe<sup>24</sup>. Para Ronald Dworkin, esse entendimento tornou os Estados Unidos uma sociedade mais justa<sup>25</sup>. Dessa forma:

Esse entendimento fez dos tribunais o terreno onde são travadas as batalhas constitucionais, onde são debatidas as questões mais importantes para a comunidade e onde o público pode participar, expressando suas reais convicções sobre questões de princípio. No campo dos tribunais, não há a pressão sentida pelas autoridades que precisam dos votos dos cidadãos, não há a necessidade de agradar este ou aquele grupo de pessoas por questões de estratégia política, e por isso o debate pode se desenvolver de maneira livre e com apenas um objetivo, que constitui o cerne da teoria de Dworkin: o de revelar o direito sob a sua melhor luz<sup>26</sup>.

Dessa forma, observa-se que o constitucionalismo foi uma conquista do Estado Liberal Moderno e teve a Constituição escrita<sup>27</sup> como garantia de direitos, se opondo

---

<sup>22</sup> Ibid., p. 108.

<sup>23</sup> MARCIÓ, Cesar. **O Estado de Direito e a Democracia Constitucional como limites à discricionariedade judicial**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2013. p. 24-25.

<sup>24</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes; 2007. p. 426-427.

<sup>25</sup> Ibid., p. 426.

<sup>26</sup> FRANCO, Meliza M. Constitucionalismo e democracia em Ronald Dworkin: liberalismo igualitário e interpretação da constituição. **Revista pensamento Jurídico**, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 4. jan/jun. 2019.

<sup>27</sup> “sem uma constituição escrita - solidamente fundada no poder constituinte do povo soberano que prescritivamente indicava de forma segura os limites e alcances de cada poder - o constitucionalismo estava destinado a se traduzir em um mera busca de equilíbrio dentro de um parlamento agora

aos poderes ilimitados, sejam eles do monarca ou do povo. Com a intenção de obter equilíbrio entre constitucionalismo e democracia, viabilizou-se aos juízes a possibilidade de anular qualquer lei contrária à Constituição<sup>28</sup>.

Entretanto, no decorrer do século XIX desenvolveu-se uma preocupação acerca da estabilidade das obrigações políticas, em razão de que se temia interpretações radicais e chamadas de “ultrademocráticas” da revolução. Assim, tendo em vista tais preocupações, acabou-se desenvolvendo um ideal “contra revolucionário”, por De Maistre, que acusava que a suposta “grande falha da Revolução foi separar soberania e sociedade, enfraquecendo a primeira e a segunda, aquela reduzida a mero resultado das vontades dos indivíduos, sempre revogável por eles, a outra reduzido a uma mera multidão de indivíduos privados de ordem e de forma, e precisamente por isso sempre destinados a buscar um novo soberano”. Assim tais ideias se colocaram contra o constitucionalismo, ou seja, contra os direitos individuais e a constituição escrita<sup>29</sup>.

A fase dos regimes políticos em que prevalecia o parlamento só começou a mudar com a Constituição alemã de Weimar de 1919, no século XX, a qual partiu da ideia de superar os regimes totalitários e o pós guerra mundial que havia perdurado até 1918, e por mais surpreso que possa parecer, trazer de volta os ideais democráticos tão temidos no século XIX. Com efeito, notou-se uma necessidade de que a constituição não fosse apenas estatal, e nem apenas parlamentar, necessitando que apresentasse caracteres do poder constituinte, dos direitos fundamentais e do princípio da igualdade, voltando assim, “a possuir, como no tempo da revolução, um conteúdo político que está diretamente ligado à vontade constituinte do povo soberano e que é um conteúdo democrático”, ou seja, após mais de um século sem que se ouvisse falar em democracia, esta volta a aparecer por necessidade e após um cenário de grandes conflitos<sup>30</sup>.

Um ponto crucial existente na Constituição alemã de 1919, que foi marcado como um “tipo histórico” de constituição é a “presença renovada de um poder constituinte explícito”, o qual é exercido pelo povo alemão, em razão de que, conforme preceitua Fioravanti, “a constituição existe porque o detentor desse poder, que é o

---

abertamente declarado soberano pelos próprios ingleses. Em suma, o constitucionalismo sem democracia produziu o absolutismo parlamentar” FIORAVANTI, 2001, p. 110.

<sup>28</sup> Ibid., p. 109.

<sup>29</sup> Ibid., p. 133-134.

<sup>30</sup> Ibid., p. 149.

próprio povo soberano, o quis, tomando certas decisões e conseqüentemente imprimindo certos caracteres nessa mesma constituição”<sup>31</sup>. Assim, os direitos civis, políticos e sociais são colocados como núcleo fundamental da constituição em razão de serem derivados diretamente do poder constituinte.

Kelsen foi o próximo doutrinador a examinar a constituição democrática e suas características, entendendo que a norma constitucional é o único fundamento admitido na democracia. Para Kelsen, o maior inimigo da democracia era a monarquia, a qual se intitulava de representante do Estado. À vista disso, a constituição democrática doutrinada Kelseniana é republicana, mas também é pluralista e parlamentarista. Pluralista por entender que as constituições democráticas do século XX são constituições sem autor e protegidas do perigo de que alguém as considere como algo seu, algo de que podem dispor livremente. Para Kelsen, a constituição é democrática quando não tem donos, isto porque representa a pluralidade de forças e interesses coletivos existentes. E, ainda, parlamentarista por compreender que tal método é o mais próximo para cumprir com a finalidade de tal constituição, ou seja, compor formas institucionais, as quais ele entende que são os partidos políticos, posto que poderiam representar a pluralidade de interesses que constituem a sociedade na proporção da força de cada interesse<sup>32</sup>.

Fioravanti salienta que as duas interpretações feitas por Carl Schmitt e por Hans Kelsen foram as interpretações reconhecidas como autênticas alternativas da constituição democrática. A ideia de Schmitt era a essencialidade da referência ao poder constituinte, entendendo que a constituição é democrática porque foi desejada pelos povos soberanos, que nela aparecem como uma unidade política capaz de decidir sobre o seu próprio futuro. Já para Kelsen, que rejeitava o poder constituinte do povo, a constituição é democrática porque não se atém à unidade do povo soberano, e permite assim o pluralismo com os partidos políticos representando os interesses da coletividade, e em razão do estabelecimento da justiça constitucional como “mecanismo de garantia dirigido contra qualquer tentativa de quebrar o equilíbrio entre as forças políticas e sociais, para reduzir a lei à pura vontade da maioria”<sup>33</sup>.

A legalidade constitucional que se viu no desenrolar do século XX não era mais uma legalidade subvertida ao poder constituinte do povo soberano e tampouco

---

<sup>31</sup> FIORAVANTI, 2001, p. 150.

<sup>32</sup> Ibid., p. 155-157.

<sup>33</sup> Ibid., p. 159-160.

uma legalidade dependente de forças políticas e sociais, mas tratava-se de uma legalidade constitucional baseada na estabilidade, igualdade, equilíbrio e limites para garantir aos cidadãos a proteção de seus direitos, de forma a conectar a democracia ao constitucionalismo, transformando-se em uma democracia constitucional<sup>34</sup>.

Contudo, constata-se que a tensão gerada por esta fase é que os protagonistas do equilíbrio acabaram se posicionando em lados opostos, separando-se assim o parlamento, governo e partidos políticos dos juízes e tribunais constitucionais, a fim de que não sejam tentados a invadir a competência do outro e vice-versa. Assim, sendo a Separação dos Poderes um dos princípios fundamentais do constitucionalismo e da democracia. Em caso de rompimento do equilíbrio, de fato haveria uma grave crise institucional, fragilizando a democracia firmada na segunda metade do século XX.

Assentadas tais premissas quanto o constitucionalismo e democracia desde o Estado Moderno e, antes de adentrar nos desafios da Separação de Poderes no estado contemporâneo, que será objeto do item 1.3., imperioso se faz analisar a evolução da Separação de Poderes, realizando um diálogo entre os maiores doutrinadores do tema.

## **1.2 Separação de Poderes: um diálogo entre Aristóteles, Locke, Montesquieu e os “Federalistas”**

Em que pese o presente trabalho versar sobre o estudo da Separação de Poderes após a Constituição Federal de 1988, notadamente quanto à dinâmica dos poderes no Brasil durante a pandemia, imperioso tecer considerações acerca da teoria tripartite, bem como dos mecanismos de freios e contrapesos, mesmo que brevemente, para delinear a sua evolução história e compreender como é concebida atualmente.

Embora Montesquieu é quem vem à mente quando mencionada a teoria da separação de poderes, alguns filósofos já haviam pensado, ainda que sob formato diferente, sobre a limitação do poder. Aristóteles, por volta do século IV a.C, foi quem primeiro, na obra “A política”, idealizou ser perigoso atribuir a somente um indivíduo o

---

<sup>34</sup> Ibid., p. 162.

exercício pleno do poder e considerava injusto o rei ser um senhor absoluto. O Autor grego questiona no Livro III, Capítulo IV:

[...] quem deve ter a supremacia na cidade? A multidão, os ricos, os notáveis, o melhor de todos, ou um tirano? É evidente que todas as alternativas apresentam dificuldades. [...] Será então justo que mande a minoria formada pelos ricos? Será justo que estes procedam de modo idêntico, saqueando e confiscando os bens do povo? Se este procedimento fosse justo, então também o outro o seria. Mas é evidente que tudo isto o está mal e é injusto. Serão, pois, as classes superiores que devem governar e ter supremacia em tudo? Se assim for, estarão necessariamente todos os demais privados de honrarias por não usufruírem das honras dos cargos públicos? Dizemos que as magistraturas são honras. Caso fossem sempre o mesmo a exercê-las, os restantes ficariam, necessariamente, privados delas. [...] Talvez se possa afirmar que está errado entregar a supremacia absoluta a um homem sujeito a paixões que afectam a alma, e não à lei; mas entregar a supremacia à lei oligárquica ou democrática não faria qualquer diferença face às dificuldades suscitadas: as consequências seriam idênticas as já referidas<sup>35</sup>.

Dessa forma, verifica-se que Aristóteles sugeriu a divisão do exercício do poder político, de modo que não fosse exercido apenas por uma das classes ou grupos sociais. Assim, para Aristóteles o primeiro Poder é deliberativo, isto é, ele determina os negócios do Estado. Esse Poder equipara-se ao Legislativo, o qual possui competência para deliberar sobre realizar alianças ou rompê-las, elaborar leis ou revogá-las. Quanto ao segundo Poder, extrai-se da obra que ele compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las. Tal poder representa o Poder Executivo, que é exercido por magistrados governamentais. O terceiro poder seria o que abrange os cargos de jurisdição, chamado de função judicial.

Posteriormente, no capítulo XII do livro *Segundo Tratado sobre Governo Civil* publicado em 1689, John Locke, conhecido por ser jusnaturalista, acredita que para a melhor compreensão do poder político é necessário definir o estado de natureza que, para ele é um estado em que os homens “sejam absolutamente livres para decidir suas ações, dentro dos limites do direito natural, sem pedir autorização de nenhum outro homem nem depender de sua vontade”<sup>36</sup>. Entretanto, tal definição não significa que Locke defendesse a permissividade, pois:

---

<sup>35</sup> ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Editora La Fonte, 2017. p. 92.

<sup>36</sup> LOCKE, 1994, p. 83.

[...] o “estado de Natureza” é regido por um direito natural que se impõe a todos, e com respeito à razão, que é este direito, toda a humanidade aprende que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deve lesar o outro em sua vida, sua saúde, sua liberdade ou seus bens; todos os homens são obra de um único Criador todo-poderoso e infinitamente sábio, todos servindo a um único senhor soberano, enviados ao mundo por sua ordem e a seu serviço; são portanto sua propriedade, daquele que os fez e que os destinou a durar segundo sua vontade e de mais ninguém (LOCKE, 1994, p. 84).

O filósofo assevera que todos os homens se encontram no estado de natureza, contudo isso causa desordem e confusão. Nesse sentido, a solução trazida por Locke é o governo civil<sup>37</sup>. Diferentemente da teoria clássica da separação de poderes, que divide os poderes em Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, Locke afirma que há três poderes que se transformam em dois, estabelecendo que:

O poder legislativo é aquele que tem competência para prescrever segundo que procedimentos a força da comunidade civil deve ser empregada para preservar a comunidade e seus membros. [...] Estes dois poderes, executivo e federativo, embora sejam realmente distintos em si, o primeiro compreendendo a execução das leis internas da sociedade sobre todos aqueles que dela fazem parte, e o segundo implicando na administração da segurança e do interesse do público externo, com todos aqueles que podem lhe trazer benefícios ou prejuízos, estão quase sempre unidos<sup>38</sup>.

Para o Autor inglês, o Poder Legislativo representa o poder supremo em uma sociedade civil. No entanto, é imposto a ele limites, quais sejam: ele deve governar através de leis, não podendo haver diferenciação entre ricos e pobres; as leis devem ter como finalidade o bem do povo; ele não pode estabelecer impostos sobre a propriedade sem que haja expresso consentimento do indivíduo, ou através de um representante seu; a competência para legislar não pode ser transferida para outros que não aqueles em quem o povo confiou<sup>39</sup>. Já os Poderes Executivo e Federativo poderiam ter suas funções desempenhadas apenas por uma única figura. Veja-se:

os poderes executivo e federativo de cada comunidade sejam realmente distintos em si, dificilmente devem ser separados e colocados ao mesmo tempo nas mãos de pessoas distintas; e como ambos requerem a força da sociedade para o seu exercício, é quase impraticável situar a força da comunidade civil em mãos distintas e sem elo hierárquico; ou que os poderes executivo e federativo sejam confiados a pessoas que possam agir separadamente; isto equivaleria a submeter a força pública a comandos diferentes e resultaria, um dia ou outro, em desordem e ruína<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> LOCKE, 1994, p. 90

<sup>38</sup> Ibid., p. 170-172.

<sup>39</sup> Ibid., p. 169.

<sup>40</sup> Ibid., p. 170-172.

Segundo Fioravanti, Locke compreendia a necessidade de se instituir limites ao poder legislativo, uma vez que entendia que “o legislador não nasce para gerar direitos, mas simplesmente para aperfeiçoar sua proteção, pressupondo sua preexistência essencial”, ou seja, o poder legislativo não poderia ter o poder de dispor de forma arbitrária e ilimitada sobre a vida e os bens dos indivíduos<sup>41</sup>.

Ainda, Locke também pontua que se mostra incompatível com o estabelecimento de uma sociedade política bem ordenada não só a monarquia absoluta, mas também aquela situação em que existe "uma única assembleia que funcione de forma estável"<sup>42</sup>.

O que Locke pretende é que não haja confusão entre legislativo e executivo, assim entende que a assembleia deve ser dissolvida após a elaboração da lei, pois entende que caso isso não ocorra, corre-se o risco de destruir a forma de governo, retornando à monarquia absoluta<sup>43</sup>.

Já no século XVIII, em sua obra *L'Esprit de la lois*, publicada em 1.748, Montesquieu apresenta “um manual de Política e Direito Constitucional em que é estudado o governo e a política cientificamente”<sup>44</sup>. O Autor francês classificou o governo em republicano, no qual o poder soberano é do povo (democracia) ou apenas de uma parte do povo (aristocracia); governo monárquico, que somente um governa através de leis fundamentais; e governo despótico, cuja característica é que apenas um governa, contudo, sem qualquer lei ou regra, a seu livre arbítrio<sup>45</sup>.

O pensamento de Montesquieu foi inspirado em Locke e seus ensinamentos, tecidos no Livro XI, Capítulo VI, em que estabelece uma teoria da Separação dos Poderes mais associada ao conceito de liberdade e de direitos fundamentais, o qual previa mais o equilíbrio do que a separação dos poderes em si:

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que emendem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Com o primeiro, o

---

<sup>41</sup> FIORAVANTI, 2001, p. 92.

<sup>42</sup> Ibid., p. 92.

<sup>43</sup> Ibid., p. 92.

<sup>44</sup> PELICIONI, Angela Cristina. A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 43, n. 169, jan./mar. 2006, p. 21-30. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/92742>. Acesso em: 26 jun. 2021. p. 26.

<sup>45</sup> MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 19-26.

príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado<sup>46</sup>.

Montesquieu em sua obra também pretendia buscar um poder alternativo que não fosse absoluto ou moderado. Montesquieu pensava que tanto a monarquia quanto a democracia poderia assumir um caráter despótico (tirano) caso a monarquia viesse a desafiar ainda mais o parlamento, e caso a democracia fosse dominada pelo princípio da extrema igualdade, levando o povo a querer fazer tudo para si. Ou seja, a concentração de todos os poderes em uma única figura, seja ela qual for, é o que transforma qualquer forma de governo em tirania<sup>47</sup>.

Assim, para Montesquieu os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário devem ter suas funções divididas, para que o poder de um possa limitar o poder do outro, evitando, dessa maneira, o abuso uns dos outros:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; [...] Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares<sup>48</sup>.

Pontua-se que muito embora Montesquieu considerasse a existência de um Poder Judiciário, o mesmo não era nos moldes do que se entende como Judiciário nos dias atuais, como aquele com função de julgar. O juiz àquela época, mesmo que considerasse a lei rigorosa demais, devia limitar-se a ser aquele que pronunciaria as palavras da lei. Em um primeiro momento o francês trata o Poder Judiciário como Poder Executivo do direito civil. O Poder Legislativo de Montesquieu, assim como o de Locke, deve ser exercido em parte, pelo povo e em parte, pela nobreza, nos termos de uma “constituição mista”, que preconiza a divisão de poderes entre as

---

<sup>46</sup> MONTESQUIEU, 2000, p. 167-168.

<sup>47</sup> FIORAVANTI, 2001, p. 97.

<sup>48</sup> MONTESQUIEU, 2000, p. 168.

diversas sedimentações sociais.

Montesquieu defendia o modelo da constituição inglesa na qual os poderes são equilibrados e separados em pessoas diversas, ainda, concordava com a eleição livre, mas excluía os pobres das eleições. Ademais, consentia com o poder de veto do executivo monárquico, sendo que afirmava que tal poder serviria para “evitar que o legislador caia na tentação de absorver o mesmo poder executivo”<sup>49</sup>.

Dessa forma, Montesquieu entendia que tratava-se de uma relação de limitação e não de coparticipação, uma vez que o legislativo pode e deve controlar a execução da lei, mas sem se intrometer nos assuntos da lei que são de responsabilidade do executivo; e o executivo pode opor seu veto à lei, contudo, apenas em sentido negativo, e sem configurar uma participação verdadeira e adequada do Executivo na formação da vontade legislativa<sup>50</sup>.

O filósofo francês, além de indicar a necessidade de três Poderes, acabou identificando a teoria dos *checks and balances*, que atribui-se aos norte-americanos James Madison, Alexander Halmiton e John Jay o mérito por tê-la incorporado à Constituição Americana de 1787. Entretanto, quase cinco décadas antes da elaboração da Constituição Americana, Bolingbroke, em *Dissertation upon Parties* (1734) e *Idea of a Patriot King* (1738), utilizou expressões como “freios recíprocos”, “controle recíprocos”, que foram necessários para o desenvolvimento do conceito de freios e contrapesos e equilíbrio de poderes (*equilibrium of powers*)<sup>51</sup>.

Com efeito, em 1787 foi elaborado o livro *O Federalista*, que é um compilado de artigos escritos para jornais, como forma de propaganda, pra convencer a sociedade americana da época de que a nova Constituição e novos desenhos institucionais eram necessários. Publicada em 1788, a obra dispõe de 85 artigos, sendo que no capítulo 51 dos artigos federalistas, Madison, um dos autores, desenvolve o sistema de freios e contrapesos (*check and balances*, em inglês), que questiona qual o mecanismo que deve ser utilizado para manter a repartição necessária de poder, tecendo a seguinte resposta:

A única resposta que pode ser dada é que como todas essas disposições externas são consideradas inadequadas e o efeito deve ser suprido, planejando a estrutura interna do governo de modo que suas várias partes

---

<sup>49</sup> FIORAVANTI, 2001, p. 97.

<sup>50</sup> Ibid., p. 97-98.

<sup>51</sup> PIÇARRA, Nuno. **A separação de Poderes como doutrina e como princípio constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed., 1989. p. 86.

constituintes possam, por suas relações mútuas, ser a forma de manter uns aos outros em seus devidos lugares<sup>52</sup>. (Tradução livre das autoras)

Ainda, indica que tal dispositivo deve ser utilizado para controlar os abusos do governo, que a ambição deve controlar a própria ambição (MADISON, 2008, p. 256), trazendo uma reflexão interessante:

Mas o que é o próprio governo senão a maior de todas as reflexões sobre a natureza humana? Se homens fossem anjos, nenhum governo seria necessário. Se os anjos governassem os homens, não seriam necessários nem controles externos, nem internos. Ao formular um governo que deve ser administrado por homens sobre os homens, a grande dificuldade reside aqui: você deve primeiro permitir que o governo controle os governados; e em seguida obrigá-lo a se controlar<sup>53</sup> (2008, p. 257). (Tradução livre das autoras).

Madison, através dos artigos federalistas, defendia “uma constituição republicana, democrática quanto à sua fundação, moderada e equilibrada quanto à articulação dos poderes previstos e disciplinados naquela constituição”<sup>54</sup>, na qual estavam presentes o bicameralismo, o poder de veto do presidente e o consenso do Senado acerca dos poderes presidenciais. A ideia de Madison não era “tanto o de uma separação abstrata de poderes, mas de um equilíbrio concreto entre poderes, para que se obtenha o resultado do governo limitado como um todo”<sup>55</sup>, entendendo que esse poder de veto do presidente era uma interferência necessária que “serve para manter cada potência em sua esfera”<sup>56</sup>.

Nesse sentido, para os Autores, a estrutura de governo e separação de poderes existem pois os humanos são passíveis de falhas e precisam de controles que, para Madison, tal controle deve ser exercido do poder pelo próprio poder, o que garantiria, na ideia do Doutrinador, a harmonia entre os poderes<sup>57</sup>. Tanto para Madison, quanto para Hamilton, observa-se que o que mais temiam na constituição republicana americana era o Poder Legislativo, visto que este possui o poder de fazer a lei de

---

<sup>52</sup> MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **The Federalist papers**. New York: Oxford University Press Inc., 2008. p. 256.

<sup>53</sup> “But what is government itself but the greatest of all reflections on human nature? If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary. In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: you must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself” MADISON, J.; HAMILTON, A.; JAY, J., 2008, p. 257.

<sup>54</sup> FIORAVANTI, 2001, p. 107.

<sup>55</sup> Ibid, p. 108.

<sup>56</sup> Ibid., p. 108.

<sup>57</sup> MADISON, J.; HAMILTON, A.; JAY, J., 2008, p. 257

impor impostos, uma vez que o Poder Legislativo nada mais era do que os representantes do povo, e o medo era que em determinado momento este poder passasse a acreditar que era o povo e não mais um poder constituído. Assim, como forma de prevenir tal acontecimento, Hamilton defendia “o poder dos juizes de declarar atos nulos do legislativo contrários à constituição”<sup>58</sup>, que mais tarde passou a ser conhecida como o controle de constitucionalidade difuso.

Decorrido um ano após a publicação de *Os Federalistas*, em 1789, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>59</sup>, importante documento histórico culminante da Revolução Francesa, estabeleceu no seu artigo 16 que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem constituição”<sup>60</sup>. E, assim, “esses são os pilares fundamentais no estabelecimento de uma ordem constitucional”<sup>61</sup>, uma vez que defende direitos do indivíduo e organiza o poder do Estado, de modo que as instâncias se limitem mutuamente, garantindo maior liberdade.

Compulsando os textos da época, percebe-se a necessidade de um conceito de separação de Poderes que não significasse um mecanismo de preservação e conservação, mas sim de uma forma de limitação de poderes que provocasse uma permanente transformação da sociedade. Esse sistema de controle que é o conceito de freios e contrapesos, não deve ser entendido somente como um meio de frear a tirania, mas também como um componente essencial para não gerar o imobilismo e, assim, possibilitar o avanço da sociedade. A partir da abertura para o futuro, tendo em vista a necessidade de limitação do poder de modo que não gere um imobilismo ou um retrocesso, é que se compreende a elaboração do conceito de freios e contrapesos. Assim leciona Niklas Luhmann<sup>62</sup>:

Talvez a inovação mais profunda consista na adaptação a uma transformação das estruturas temporais do sistema social que só se verifica a partir da segunda metade do século XVI; e, obviamente, isso tampouco é objeto de um artigo positivado da Constituição. A nova unidade de auto-

<sup>58</sup> FIORAVANTI, 2001, p. 108.

<sup>59</sup> Também chamada de “Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão”.

<sup>60</sup> Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf> acesso em: 27 nov. 2022.

<sup>61</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional**. São Paulo: Companhia das Artes, 2018. p. 56.

<sup>62</sup> LUHMANN, Niklas. **A Constituição como Aquisição Evolutiva**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele De Giorgi. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5613248/mod\\_resource/content/1/SEMIN%C3%81RIO%2011.%20LUHMANN.%20A%20constitui%C3%A7%C3%A3o%20como%20aquisi%C3%A7%C3%A3o%20evolutiva.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5613248/mod_resource/content/1/SEMIN%C3%81RIO%2011.%20LUHMANN.%20A%20constitui%C3%A7%C3%A3o%20como%20aquisi%C3%A7%C3%A3o%20evolutiva.pdf) Acesso em: 28 dez. 2022. p. 12-13.

referenciabilidade e de hetero-referenciabilidade em um espaço metalógico (imaginário, não suscetível de normatização) que fecha o sistema, tem como consequência uma transposição/superação das perspectivas temporais. No lugar do passado coloca-se a abertura para o futuro (Zukunftsoffenheit). A abertura para o passado significa que qualquer argumento histórico mediante o qual seja possível afirmar direitos ou provar que determinada regra jurídica vale desde tempos imemoriais é levado em conta. A abertura para o futuro significa, ao contrário, que o direito prevê a sua própria modificabilidade limitando-a juridicamente sobretudo mediante disposições procedimentais mas também mediante a abertura da legislação à influência política. Todo o direito é submetido ao controle de constitucionalidade e o velho direito torna-se facilmente obsoleto em face do novo direito positivado de acordo com a Constituição. O passado é desonerado pela função de horizonte de legitimações imaginárias a ser atribuída à pesquisa histórica<sup>63</sup>. Agora é o futuro que, por sua vez, atua (a fungere) no espaço imaginário em que deve ser constantemente reproduzida a unidade de autoreferenciabilidade e de hetero-referenciabilidade no direito. E essa unidade é alcançada sem que seja necessária tematização constitucional do acoplamento estrutural dos sistemas jurídico e político.

Com efeito, na opinião de Ferrajoli<sup>63</sup>, a separação clássica dos poderes públicos teria que ser repensada e redesenhada pois entre os poderes legislativo, executivo e judiciário, originalmente se visava garantir a autonomia e a primazia do poder legislativo e representativo sobre o executivo, e a independência de ambos do judiciário. A tripartição, elaborada há mais de dois séculos com referência a um sistema institucional bem mais simples que o das atuais democracias constitucionais, é inadequada para dar conta da complexidade da esfera pública das ordens atuais e para fundamentar a legitimação dos vários tipos de poderes<sup>64</sup>.

Ainda, pertinente apontar outro problema na teoria da separação de poderes é que ela se preocupa mais com os interesses intrínsecos dos serviços dos seus agentes do que com os interesses pessoais ou os interesses dos cidadãos que representam, não levando em consideração, inclusive, os arranjos institucionais em que os agentes se encontram inseridos<sup>65</sup>.

Diante do exposto, constatou-se que a tripartição foi elaborada pelos grandes pensadores a fim de controlar o absolutismo, em especial a monarquia absolutista, com o objetivo de tirar da mão do monarca o poder de legislar e de julgar. Assim, verifica-se que a teoria clássica da separação de poderes encontra-se defasada, dada

---

<sup>63</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Salvajes**: La crisis de la democracia constitucional. Prólogo y traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid (ES): Editora Minima Trotta, 2011, p. 94-95.

<sup>64</sup> Ibid., p. 94-95.

<sup>65</sup> LEVINSON, Daryl J. & PILDES, Richard H. Separação de Partidos, não Poderes. Traduzido por Guilherme Guimarães Vasconcelos e Antonio Guimarães Sepúlveda. **Harvard Law Review**, Vol. 119, n. 8, June 2006, p. 79.

a complexidade das sociedades, de modo que é necessário refletir e redesenhar a concepção, principalmente, tendo em vista os arranjos institucionais em que os agentes dos poderes estão introduzidos.

Dessa forma, antes de ingressar nos demais capítulos, cabe estudar a maneira que o princípio da Separação dos Poderes foi inserido nas Constituições brasileiras, bem como qual seria o sentido contemporâneo dessa teoria, o que será objeto do próximo item.

### 1.3 O sentido contemporâneo da Separação de Poderes

Consoante estudado acima, o princípio da separação dos poderes<sup>66</sup> foi elaborado durante o Estado Liberal (séculos XVIII e XIX), a fim de remover da mão de um indivíduo o exercício do pleno poder. A atividade legislativa era voltada ao estabelecimento de normas gerais e abstratas de condutas. A administrativa possuía atividade primária e espontânea, sendo o Direito aplicado por iniciativa própria, considerando os interesses da própria administração. Enquanto a atividade judiciária dizia a respeito da atuação da vontade concreta da lei. Os juízes deveriam sujeitar-se apenas à lei, não podendo criar novos Direitos.

No que toca ao constitucionalismo, examinou-se a sua evolução como limitador de arbitrariedades estatais, rompendo o regime absolutista, e como se tornou um instrumento de proteção de direitos. Nesse sentido, Paulo Bonavides<sup>67</sup> leciona:

O constitucionalismo tem sido a grande jornada do pensamento político e de sua criatividade institucional buscando concreção no ordenamento dos povos que se sentem vocacionados para os regimes e governos da legitimidade democrática e representativa. Traçar-lhe a trajetória só é possível com os olhos fitos na garantia dos direitos fundamentais de todas as gerações já conhecidas: primeira, segunda, terceira e quarta, e na separação de poderes que tanto incomodam contemporaneamente os arautos do absolutismo e os usufrutuários da autocracia, insubmissos às regras do Estado de Direito.

Consequente, em um primeiro breve momento, serão traçados os antecedentes históricos da Separação de Poderes nas Constituições brasileiras, examinando como

---

<sup>66</sup> Ou funções. “Tecnicamente, é melhor, contudo, falar em princípio da separação das funções, uma vez que o poder estatal é um só, como bem dispõe a Constituição Federal, no parágrafo único do art. 1, ao mencionar que todo poder emana do povo” CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2018. p. 231.

<sup>67</sup> BONAVIDES, Paulo. A evolução Constitucional do Brasil. **Revista estudos avançados**. São Paulo, p. 153-176, 2000. p. 158

ocorreu a sua positivação no ordenamento jurídico para entender, dessa forma, qual é o sentido contemporâneo dado à mencionada teoria e o porquê dela receber algumas críticas quanto à sua organização e sua estruturação.

No Brasil, com exceção do texto constitucional de 1937, o princípio da separação de poderes esteve explícito nas Constituições Brasileiras desde o período monárquico até a atual República. Destaca-se que a primeira Constituição brasileira, a Constituição do Império do Brasil, de 1824, já previa a existência da separação de Poderes, em que pese não haver independência dos poderes, que eram quatro: Legislativo, Executivo, Judiciário e Moderador<sup>68</sup>, este último dava ao Imperador a última palavra de qualquer assunto do Estado. Frisa-se que durante a fase constitucional do Império inexistiu o controle de constitucionalidade<sup>69</sup>.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 extinguiu o Poder Moderador, com a introdução da república, da federação e da forma presidencial de governo, atribuindo harmonia e independência entre os poderes<sup>70</sup>. Inicia, assim, o primeiro período do constitucionalismo republicano em 1891, tendo como termo final 1930<sup>72</sup>.

Depois da escravidão, a década de 30 no século XX foi um momento em que o país se viu imerso às injustiças sociais, “valendo-se de instrumentos legais aptos a mitigar as proporções do iminente conflito do trabalho com o capital”<sup>73</sup>. Diante disso, instaurou-se uma ditadura do segundo governo republicano em 1930. Contudo, com a intenção de restaurar a ordem constitucional o mais breve possível, nasceu a Revolução Constitucionalista de 1932, que consagrou o ato convocatório da Constituinte de 1933 e resultou na promulgação da Constituição de 1934<sup>74</sup>.

---

<sup>68</sup> “Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial.” Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm) Acesso em: 20 dez. 2022.

<sup>69</sup> BONAVIDES, 2000, p. 166.

<sup>70</sup> “Art 15 - São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si.” Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm) Acesso em: 20 dez.2022.

<sup>71</sup>“O constitucionalismo brasileiro do século XX é tão caracterizadamente republicano quanto o do século XIX, que já examinamos, fora imperial. Aliás este se viu marcado por uma única Constituição – a de 1824 – obra da outorga do Imperador e que regeu o país até 15 de novembro de 1889, quando se deu a queda do Império, e o advento de um novo sistema institucional proclamado naquela data. Graças a esse sistema instalou-se a república e a federação, constantes do Decreto nº 1 do Governo Provisório, cujos membros assumiram os encargos imediatos da nova ordem estabelecida sobre as ruínas da monarquia deposta.” BONAVIDES, 2000, p. 168.

<sup>72</sup> Ibid., p. 168.

<sup>73</sup> Ibid., p. 172.

<sup>74</sup> Ibid., p. 171-172.

A norma constitucional de 1934, que inaugura a Segunda República, não traz a harmonia entre os três poderes e sim que sejam independentes e coordenados entre si<sup>75</sup>. No capítulo V, surgem o Tribunal de Contas e o Ministério Público que, junto com o Senado Federal, são órgãos de cooperação nas atividades governamentais. Além disso, a Constituição de 1934 se mostrou como um marco no controle de constitucionalidade concentrado<sup>76</sup>, realizado pela Corte Suprema, de modo que “o exame de constitucionalidade pelo Pretório Supremo já não ocorreria apenas incidentalmente, no transcurso de uma demanda, mas por efeito de uma provocação cujo objeto era a declaração de constitucionalidade da lei que decreta a intervenção federal”<sup>77</sup>.

Na Constituição de 37, nota-se no constituinte uma vontade de introduzir no país um governo forte e nacionalista como uma resposta às “legítimas aspirações do povo brasileiro” e ao “estado de apreensão criado no país pela infiltração comunista”<sup>78</sup>. Assim, atribuiu-se a concentração de poderes às mãos do Presidente, à época Getúlio Vargas, em lugar da tradicional democracia de partidos e da divisão de poderes até então vigente<sup>79</sup>. Em que pese Pontes de Miranda acreditar que o legislador da Constituição de 37 tivesse excluído a separação e independência dos poderes, atribuindo ao Executivo legislar através de decretos-lei, o Autor observa que a guarda da Constituição ainda caberia aos três poderes, sendo o Judiciário o apreciador do caso concreto; o Presidente de República a submissão ou não de julgamento de lei ao reexame parlamentar e o Legislativo a possibilidade de se manifestar, por dois terços de votos, contra declaração de inconstitucionalidade<sup>80</sup>.

Com a queda do regime de exceção, “por um golpe militar inspirado no sentimento de redemocratização que se enraizara na consciência nacional ao longo

---

<sup>75</sup> “Art 3º - São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si.” Acesso em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm) Acesso em: 20 dez. 2022

<sup>76</sup> Frisa-se que a emenda de 03 de setembro de 1926 alterou a redação da Constituição de 1891 a fim de instituir o controle difuso de constitucionalidade, autorizando os juízes e tribunais a processar e julgar causas em que alguma das partes fundar a ação ou a defesa em disposição da Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc%20de%203.9.26.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc%20de%203.9.26.htm) Acesso em: 20 dez. 2022.

<sup>77</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 336.

<sup>78</sup> ABREU, Luciano Arrone de. O sentido democrático e corporativo da não-Constituição de 1937. **Revista Estudos históricos**. Rio de Janeiro, v. 29, n. 58. maio-ago 2016. p. 469.

<sup>79</sup> Ibid, p. 469.

<sup>80</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Comentários à Constituição Federal de 10 de novembro de 1937**. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 1938. p. 24-25.

dos anos da presença brasileira na Segunda Guerra Mundial<sup>81</sup>, a Constituição de 1946, após o desequilíbrio da balança entre os Poderes da Constituição de 1937, reinstalou a divisão dos Poderes, estando vedada a delegação de atribuições dos Poderes. A Carta Magna de 1946 trouxe novamente o bicameralismo legislativo e, ao elaborar a Emenda Constitucional nº 16, incluiu-se o controle abstrato de norma perante o Supremo Tribunal Federal. No artigo 101, inciso I, alínea “k” da Constituição determinava que o STF devia processar e julgar, originariamente, a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República, que passou a ter competência privativa para tanto<sup>82</sup>.

Os impactos políticos de raiz social culminaram na segunda ditadura do século, que atravessou o país durante duas décadas. Com o Golpe de 1964, a Constituição de 1946 recebeu diversas alterações estabelecidas pelos militares:

[...] a mais longa e perniciosa por haver mantido aberto um Congresso fantoche, de baixo de uma Constituição de fachada outorgada pelo sistema autoritário, que ao mesmo tempo censurava a imprensa e reprimia a formação, pelo debate livre, de novas lideranças, sacrificando assim toda uma geração<sup>83</sup>.

Com o Congresso como marionete, a Constituição de 1967 foi promulgada e legitimou a ditadura já instalada. Essa Constituição recebeu diversas emendas, chamadas de Atos Institucionais (AIs), que foram engrenagens de legitimação e legalização de ações políticas dos militares. O AI5, considerado o mais repressivo dos atos, dava poderes quase que ilimitados ao Presidente da República, desequilibrando, assim, a balança dos Poderes. Ainda, o ato também previa a suspensão de qualquer *habeas corpus* dos processos referentes a crimes contra a Segurança Nacional, bem como a proibição de apreciação pelo Poder Judiciário de recursos interpostos por pessoas acusadas em nome do AI-5<sup>84 85</sup>, dentre outros desatinos.

---

<sup>81</sup> BONAVIDES, 2000, p. 173.

<sup>82</sup> Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm) Acesso em: 22 dez. 2022.

<sup>83</sup> BONAVIDES, 2000, p. 174.

<sup>84</sup> TORRES, Mateus Gamba. O Judiciário e o ato institucional nº 5: repressão e acomodação em 1968. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal da Grande Dourados**. v.5, nº 9, p. 125-138, 2018. Disponível em: <http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/movimentacao> Acesso em: 27 dez. 2022. p. 128.

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 127: “Examinadas como fonte, as decisões tomadas pelo STF logo após a decretação do Ato Institucional nº5, por meio dos recursos ordinários criminais julgados pelo Tribunal entre os anos de

Decorridos os anos sombrios da ditadura militar, promulgou-se a Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988. Chamada de Constituição Cidadã, a Carta Magna de 88 restaurou a independência e harmonia entre os Poderes<sup>86</sup>, bem como o sistema de freios e contrapesos, tornando, inclusive, a Separação de Poderes uma cláusula pétrea. O texto de 88 contemplou direitos individuais e sociais em rol bastante extenso e de forma meramente exemplificativa<sup>87</sup>.

A partir do exposto até então, apesar de pessimista, verifica-se que a crítica de Bonavides<sup>88</sup> no que tange à separação tripartite possui fundamento. Veja-se:

Até agora esse modelo permanece todavia inacabado, após cerca de dois séculos de renovadas diligências e sacrifícios; é projeto fugaz sujeito às oscilações da idéia e da realidade com as quais não logrou ainda se compatibilizar. Projeto bloqueado inúmeras vezes pelas resistências absolutistas, pelo continuísmo e vocação de perpetuidade governista, bem como pelos interesses representativos comprometidos com um status quo de dominação que a classe política busca manter inalterável, debaixo de seu jugo, insensível por inteiro ao rápido senão vertiginoso agravamento das desigualdades sociais e regionais, cujo quadro é sobressaltante enquanto prelúdio de uma tragédia de sangue e guerra civil, de conseqüências imprevisíveis.

Com efeito, a fim de compreender a Separação de Poderes no constitucionalismo contemporâneo, necessário se faz construir o conceito de povo como efetivo titular do poder político e não mero símbolo de referência para a soberania da nação. Aliás, a chave para a questão da antinomia entre a indivisibilidade da soberania debatida no item 1.1 do presente trabalho e a separação de Poderes é justamente a mudança teórica do conceito de povo.

O parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal de 1988 prevê que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Contudo, nem sempre foi assim. Os textos constitucionais desde a Constituição de 1934 até a de 1967 estabeleciam que

---

1968 a 1970 (do Ato Institucional nº 5 até o início do Governo Médici), é possível esclarecer como o STF se posicionou frente à suspensão de fatoda Constituição de 1967, como reagiu à intervenção do Executivo, quando da aposentadoria compulsória de alguns de seus ministros e como conciliou os conceitos políticos do regime e o discurso de autonomia”.

<sup>86</sup> “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

<sup>87</sup> FILOMENO, José Geraldo B. **Teoria Geral do Estado e da Constituição**. 11 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986858/>. Acesso em: 28 dez. 2022.

<sup>88</sup> BONAVIDES, 2000. p. 155.

“todos os poderes emanam do povo e em nome dele são exercidos”. Com efeito, a grande mudança do texto de 1988 é que o poder não é mais exercido “em nome do povo” e sim o povo é quem o exerce.

O axioma significa que o poder dos Governos, quando não emanado do povo, não é poder: é força, força armada; e, neste caso, o regime não tem o caráter de uma Democracia verdadeira. O Governo, em regime democrático, apenas é legítimo, quando seu poder emana do povo<sup>89</sup>. Trata-se da concepção da mudança ocorrida no século XX sobre o conceito de povo em uma democracia que possibilita uma compreensão democrática e contemporânea da separação de Poderes<sup>90</sup>.

O povo é legitimador nas interpretações do processo constitucional como partido político, opinião científica, grupos de interesses, como cidadãos. Assim, verifica-se que os direitos fundamentais são uma peça da base legitimadora democrática para a interpretação constitucional. Ainda, na democracia liberal o cidadão é intérprete da Constituição, tendo em vista a política de bem-estar, liberdade de opinião, estruturação de divisão de poderes<sup>91</sup>.

Isto é, um dos inevitáveis desafios das democracias contemporâneas é a disponibilização de mecanismos capazes de articular a garantia de participação política do povo, considerado em sua unidade numérica de contingente eleitoral, com a garantia de cidadania participativa, que apresenta o povo como sujeito ativo e pluralmente atuante nos tempos e nos espaços da democracia<sup>92</sup>.

O povo como efetivo titular do poder político e o reconhecimento da capacidade desse exercício é a resposta dada no século XX aos questionamentos dos teóricos do século XIX. O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski<sup>93</sup> refere que

[...] no momento em que a soberania, enquanto força social, opta por determinado modelo de organização política, ela passa a constituir direito do

---

<sup>89</sup> TELLES JUNIOR, Goffredo. **O poder e o povo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 56. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788502208896/pageid/56> Acesso em: 23 dez. 2022.

<sup>90</sup> ABRAMOVAY, Pedro Vieira. **A separação de Poderes e as medidas provisórias em um Estado Democrático de Direito**. 2010. Brasília: 2010, Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2010. p. 29.

<sup>91</sup> HABERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Tradução de Hector Fix-Fierro. Universidad Nacional Autónoma de México: México, 2003. p. 159.

<sup>92</sup> FACHIN, Luiz Edson; SILVA, Christine Peter da. Democracia representativa no Brasil: breves reflexões sobre a participação do povo como sujeito político. **Revista *Ius Gentium***: Curitiba, vol. 8, n. 1, p. 225-239, jan./jun. 2017. p. 230

<sup>93</sup> Enrique Ricardo Lewandowski, Prefácio, in CONTI, José Maurício, A autonomia financeira do Poder Judiciário, **MP Editora**: São Paulo, 2006. p. 8.

Estado, isto é, do povo juridicamente organizado. Nesse ponto, a ligação lógica e doutrinária entre soberania e representação adquire significado crucial para a aferição da legitimidade do exercício do poder no Estado contemporâneo.

A compreensão da separação de Poderes que entenda a necessidade de superação da crítica do imobilismo político e do conflito em relação à soberania estatal poderá ser compatível com a realidade constitucional contemporânea. Ainda, a compreensão da Separação de Poderes em uma democracia contemporânea reside nas tensões ora mencionadas, quais sejam, o embate entre soberania do estado e soberania popular, o povo como símbolo e o povo como sujeito ativo do poder, a soberania popular e democracia<sup>94</sup>.

Ao alterar o conceito de povo de seu papel unitário e simbólico, posicionando o povo como sujeito complexo e plural e sujeito ativo do exercício do poder do Estado, constituído a partir do próprio processo democrático, a teoria democrática contemporânea resgatou a separação de Poderes como chave para que a democracia pudesse conviver com as instituições do liberalismo<sup>95</sup>.

Dito isso, o x da questão reside no fato de que nos dias atuais a preocupação não encontra mais respaldo em uma dimensão negativa da liberdade através da contenção do abuso de poder, com a existência da tripartição das funções e do sistema de freios e contrapesos. Atualmente, o desassossego consiste na noção de que a separação de Poderes deve trazer eficiência estatal, conduzindo a uma dimensão positiva a de liberdade<sup>96</sup>.

Quando apenas a divisão de poder na dimensão negativa, a rigor, o governo não governa e, na prática, muitas vezes se observa uma separação de poderes na qual as instâncias de governo não se comunicam, cada um dos poderes trabalha isoladamente e, por vezes, em sentidos contrários. Disputas pela maior parcela de competência fazem os poderes atuarem na contramão um do outro, em uma

---

<sup>94</sup> ABRAMOVAY, 2010, p. 28.

<sup>95</sup> Ibid., p. 41

<sup>96</sup> “A constitucionalística mais recente salienta que o princípio da separação de poderes transporta duas dimensões complementares: (1) a separação como ‘divisão’, ‘controle’ e ‘limite’ do poder – dimensão negativa; (2) a separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas (dimensão positiva)”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e a teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 250.

competição que visa mais a permanência e destaque no poder e menos o alcance de fins constitucionais<sup>97</sup>.

Juristas contemporâneos, como Bruce Ackerman, por exemplo, acreditam que o atual formato do princípio da separação de poderes encontra-se defasado e propõe uma nova separação de poderes, que possui três premissas básicas, quais sejam: (1) ideal democrático; (2) a competência profissional; e (3) a proteção de direitos fundamentais<sup>98</sup>. A segunda, na análise de Ackerman, deve ser uma premissa pois a especialização funcional evitaria que pretensões políticas predominem sobre a eficiência funcional, prevalecendo, assim, o bem comum<sup>99</sup>. A terceira premissa se justifica pela obrigatoriedade da separação de poderes corresponder aos direitos fundamentais, que possui importância absoluta no ordenamento jurídico<sup>100</sup>, “de forma que sua proteção revela mais uma limitação ao exercício do poder político, inspirando a relação entre democracia e constituição que marca os diálogos constitucionais contemporâneos”<sup>101</sup>.

Para o jurista francês Luigi Ferrajoli, que também acredita que a teoria da Montesquieu está ultrapassada dada a complexidade da sociedade atual, existem três separações que devem ser estabelecidas ou restauradas para garantir o desinteresse pessoal e a independência face às condições impróprias do poder público: entre a esfera pública e a esfera privada, entre o Estado e a sociedade e entre as funções de governo e instituições e funções e instituições de garantia<sup>102</sup>.

Na opinião do Autor contemporâneo, a primeira separação essencial é entre funções públicas e interesses privados, ou seja, entre poderes políticos e poderes econômicos. Para tanto, é necessário um rígido sistema de incompatibilidades, capaz de prevenir e sancionar, com concentração de poderes, os conflitos de interesses e, de fato, a prevalência do interesse privado de quem está investido de funções públicas, sobre o interesse público<sup>103</sup>.

---

<sup>97</sup> LIMA, R. A.; FERREIRA, F.G.B.C. Constitucionalismo e a ordenação do poder estatal: a teoria da Separação dos Poderes e sua função na contemporaneidade. **Revista Brasileira de Teoria Constitucional**, Brasília, v. 3, n. 1, p. 37-55, jan./jun. 2017.

<sup>98</sup> ACKERMAN, Bruce. **The new separation of powers**. Harvard Law Review, v. 113, n. 3, 2000. p. 639-640.

<sup>99</sup> Ibid., p. 686.

<sup>100</sup> Ibid., p. 712-713.

<sup>101</sup> LIMA, R. A.; FERREIRA, F.G.B.C., p. 52

<sup>102</sup> FERRAJOLI, 2011, p. 90.

<sup>103</sup> Ibid., 91.

Além disso, o jurista afirma que há uma segunda separação que deve ser introduzida para garantir a representatividade das instituições políticas, o papel mediador dos partidos e a exclusão de um segundo tipo de conflito entre os interesses pessoais e os interesses públicos: a incompatibilidade entre cargos partidários e cargos públicos eletivos, de forma a impedir o interesse pessoal dos titulares dos primeiros de se elegerem titulares dos segundos. Ferrajoli explica que diante da crise de mediação representativa ocasionada pela integração dos partidos no Estado e pelos atuais mecanismos eleitorais de autodesignação e cooptação, acentuados nos últimos anos pela enorme expansão da classe política e pelo crescimento dos seus privilégios, o único remédio é garantir a distinção, e com ela a relação de representação e responsabilidade, entre os partidos e as instituições eletivas, substituindo as primeiras nas suas funções de órgãos da sociedade<sup>104</sup>.

Para ele, isso apenas será possível se for introduzida uma separação não menos importante que a dos poderes políticos e dos poderes econômicos: a separação entre representados e representantes, entre forças políticas e sociais e poderes representativos institucionais, garantida por uma rígida incompatibilidade entre funções partidárias e cargos públicos, entre dirigentes partidários e representantes eleitos em instituições representativas. Exclusivamente esta exclusão e esta alteração, graças àquele que se apresenta como candidato a cargos de representação deveria deixar os cargos partidários e vice-versa, a fim de garantir sua posição social como sujeitos representados e não representantes, serviriam para produzir uma autonomia recíproca, benéfica e saudável para ambos<sup>105</sup>.

A partir do exposto, é possível verificar que o princípio da separação dos Poderes no seu entendimento moderno, juntamente com o mecanismo de freios e contrapesos, é um fundamento essencial do constitucionalismo e da democracia contemporânea, que deve ser compreendido como um dispositivo de transformação social, devendo promover, ainda, um diálogo aberto entre os Poderes, de modo a proteger os direitos fundamentais.

A história da separação de poderes aqui trazida reflete as dinâmicas pertencentes às sociedades no decorrer dos séculos, as quais manifestamente eram menos complexas das atuais, visto que a ambição básica era conter o exercício do

---

<sup>104</sup> FERRAJOLI, 2011, p. 92.

<sup>105</sup> Ibid., p. 92-93.

poder governamental. Em que pese a separação de poderes ser um mecanismo fundamental das democracias contemporâneas, denota-se a necessidade de readequação da clássica teoria. O descrédito da população em relação aos poderes, notadamente quanto ao Poder Judiciário na figura do Supremo Tribunal Federal, que acaba por gerar fragilidade na democracia brasileira, é que acaba por tornar o debate sobre legitimação democrática e limites constitucionais dos Poderes obrigatório no atual cenário jurídico/político vivenciado pelos brasileiros.

## CAPÍTULO 2: TENSÃO ENTRE OS PODERES E SUAS CONSEQUÊNCIAS: DO ATIVISMO JUDICIAL À CRISE DEMOCRÁTICA

Ferrajoli elucida o termo “poderes selvagens” como aqueles poderes sem limites e controles, que tendem a se acumular em formas absolutas<sup>106</sup>. A tensão entre os poderes é uma característica existente em muitos países, incluindo o Brasil, onde existem três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário. A tensão entre estes poderes é uma forma de garantir o equilíbrio de poder e evitar a concentração de poder em uma única instituição. Nesse sentido, os três poderes são independentes, mas interdependentes, o que significa que cada um tem responsabilidades e autoridades distintas, mas precisam trabalhar juntos para garantir direitos constitucionais e a estabilidade do Estado. Eles são organizados de acordo com o princípio da separação de poderes, que visa assegurar a equilibrada distribuição do poder e evitar abusos.

Em tempos contemporâneos, algumas situações, que serão abordadas no decorrer do texto, tornaram o Judiciário o protagonista dos três poderes. Com isso, passou a existir dois fenômenos: a judicialização da política e o ativismo judicial. A judicialização da política refere-se ao uso excessivo do Poder Judiciário na resolução de questões políticas e sociais que, em teoria, deveriam ser tratadas por outros poderes da República. Isso pode levar a uma sobrecarga nos tribunais e a uma interferência indevida na esfera política. Já o ativismo judicial, ou seja, a tendência dos tribunais de interferir de maneira exacerbada nas questões políticas e administrativas, pode levar a uma tensão excessiva entre o Poder Judiciário e os demais poderes, o que pode comprometer tanto a estabilidade política, quanto a democracia.

Além disso, a crise de confiança no sistema político e a percepção de falta de imparcialidade por parte de algumas instituições podem levar a uma crise democrática, em que a sociedade perde a confiança no sistema político e nas instituições que o compõem. Em resumo, é importante que haja equilíbrio entre os poderes, evitando-se o ativismo judicial e a concentração de poder, para garantir a estabilidade política e a confiança da sociedade na democracia.

---

<sup>106</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Salvajes**: La crisis de la democracia constitucional. Prólogo y traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid (ES): Editora Minima Trotta, 2011. p. 24.

## 2.1. Atuação do Executivo, do Legislativo e do Judiciário no que tange à organização do Poder: breves considerações

O princípio da separação dos poderes foi elaborado durante o Estado Liberal (séculos XVIII e XIX), a fim de remover da mão de um indivíduo o exercício do pleno poder, consoante amplamente explanado no capítulo 1 da presente dissertação. A atividade legislativa era voltada ao estabelecimento de normas gerais e abstratas de condutas. A administrativa possuía atividade primária e espontânea, sendo o Direito aplicado por iniciativa própria, considerando os interesses da própria administração. Enquanto a atividade judiciária dizia a respeito da atuação da vontade concreta da lei. Os juízes deveriam sujeitar-se apenas à lei, não podendo criar novos Direitos.

Mesmo que no Direito Constitucional Contemporâneo não tenha espaço para leitura rígida da tripartição de Poderes, nos termos desenvolvidos por Montesquieu, de fato, não há Estado Democrático de Direito sem que exista Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, bem como sem que tenha direitos e garantias fundamentais. Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 manteve e atribuiu as funções estatais de soberania aos três tradicionais poderes de Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário<sup>107</sup>.

O artigo 2º da Constituição Federal consagra a Tripartição de Poderes, sendo o próprio legislador quem atribuiu diversas funções a todos os Poderes sem defini-las com exclusividade absoluta. Dessa forma, cada um dos Poderes possui uma função principal, que o qualifica como possuidor de parte da soberania estatal, além de outras funções previstas no texto constitucional, pois a tripartição não é rígida, visto que há um sistema de interferências recíprocas (*checks and balances*). São chamadas de funções típicas e atípicas<sup>108</sup>.

Isto é, a teoria não é absoluta, pois nenhum dos poderes exercita apenas suas funções típicas. Nesse sentido:

---

<sup>107</sup> Frisa-se que Autores como Alexandre de Moraes e Rodrigo Cesar Rebello Pinho trazem a Instituição do Ministério Público não como um dos Poderes, mas como defensor dos direitos fundamentais e fiscal dos Poderes Públicos, “alterando substancialmente a estrutura da própria Instituição e da clássica teoria da Tripartição dos Poderes”. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2014. Ainda, o “é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. PINHO, Rodrigo César R. **Sinopses Jurídicas v 18 - direito constitucional - da organização do estado, dos poderes e histórico das constituições**. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2019. *E-book*. ISBN 9788553619641. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553619641/>. Acesso em: 26 jan. 2023.

<sup>108</sup> MORAES, 2014, p. 429.

O Poder Executivo edita medidas provisórias com força de lei (CF, art. 62) e participa do processo legislativo, tendo matérias de iniciativa legislativa privativa (CF, art. 64, § 1o) e amplo poder de veto (CF, arts. 66, § 1o, e 84, V). Todavia, esse veto não é absoluto, pois pode ser derrubado pelo Poder Legislativo (CF, art. 66, § 4o). Os juízes e tribunais, por sua vez, podem declarar a inconstitucionalidade de leis elaboradas pelo Poder Legislativo e de atos administrativos editados pelo Poder Executivo (CF, arts. 97, 102, I, a, e 125, § 2o). Já o Chefe do Poder Executivo escolhe e nomeia os Ministros dos Tribunais Superiores, após prévia aprovação pelo Senado Federal (CF, arts. 52, III, e 84, XIV). E se o Presidente da República e outras altas autoridades federais cometerem crime de responsabilidade, o processo de impeachment será julgado pelo Senado Federal sob a presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal (CF, arts. 51, I, 52, I, II e parágrafo único, e 86)<sup>109</sup>.

Assim, a independência dos poderes pode significar que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; que não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização para realizar tarefas no exercício das atribuições que lhes sejam próprias; que cada um é livre na organização dos respectivos serviços, observadas apenas as disposições constitucionais e legais<sup>110</sup>. Nesse diapasão, há interferências que visam o estabelecimento de um sistema firmado no equilíbrio, naquilo que se convencionou a chamar de pesos e contrapesos, necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados<sup>111</sup>.

José Afonso da Silva<sup>112</sup> leciona acerca das intervenções legítimas que um poder pode realizar no outro para que haja equilíbrio democrático. Por exemplo, se ao Legislativo cabe a edição de normas gerais e na maioria das vezes de índole impessoal, estabelece-se um processo para sua formação em que o Executivo tem participação importante, seja pela iniciativa das leis, seja pela sanção e pelo veto. Mas a iniciativa Legislativa do Executivo é contrapesada pela possibilidade que o Congresso tem de modificar o projeto por via de emendas e de também rejeitá-lo. Por outro lado, o Presidente da República tem o poder de veto – político ou jurídico -, que

---

<sup>109</sup> PINHO, 2019, p. 64.

<sup>110</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013. p. 112.

<sup>111</sup> APOLINÁRIO, Marcelo Nunes. A nova dogmática constitucional da Separação das funções (ou Poderes) estatais e a judicialização da política. **Revista Caribeña de Ciencias Sociales**. 2013. Disponível em: <https://www.eumed.net/rev/caribe/2013/09/separacao-funcoes-poderes.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2023. p. 26-27.

<sup>112</sup> SILVA, 2013, p. 112-113.

pode exercer em relação a projetos de iniciativa dos congressistas como em relação às emendas aprovadas a projetos de sua iniciativa.

Em compensação, o Congresso, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderá rejeitar o veto outorgado pelo Presidente, e, através do Presidente do Senado, promulgar a lei, se o Presidente da República não o fizer no prazo estabelecido no artigo 66 da Carta da República. Se o Presidente da República não pode interferir nos trabalhos cuja competência recaia ao legislativo, para obter aprovação rápida de seus projetos, é-lhe, porém facultado determinar prazo para sua apreciação, nos termos dos parágrafos do artigo 64 da Constituição da República. Se os tribunais não podem influir no legislativo, são autorizados a declarar a inconstitucionalidade das leis elaboradas pelo parlamento, não as aplicado nesse caso. O Presidente da República não interfere na função jurisdicional, em compensação os ministros dos tribunais superiores são por ele nomeados, sob a sabatina do Senado Federal, a quem cabe aprovar ou rejeitar o nome escolhido conforme o artigo 52, III, 'a' da Carta<sup>113</sup>.

Resta claro que as funções do Legislativo, do Executivo e do Judiciário apenas serão desenvolvidas em bom senso, se esses órgãos se sujeitarem ao princípio da harmonia, o que não significa o predomínio de um sobre o outro, nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que entre eles deve haver consciente colaboração e controle recíproco para evitar distorções e desmandos. A desarmonia, porém, se dá sempre que crescem atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento do outro.

Com efeito, como é sabido, ocasionalmente estas competências são mal gerenciadas de modo que acaba gerando instabilidade na balança dos poderes. No Executivo, Luís Roberto Barroso aponta duas competências malversadas. A primeira delas é o emprego abusivo das medidas provisórias (MPs). Elaboradas para ser um mecanismo excepcional de exercício de competência normativa primária pelo Presidente da República, reservada aos casos de “relevância e urgência” (CF, art. 62), elas transformaram-se em um instrumento usual para o Executivo legislar, até mesmo sobre questões de menor relevância e de nenhuma urgência, minimizando o papel do

---

<sup>113</sup> SILVA, 2013, p. 112-113.

Congresso Nacional e comprometendo, em muitos casos, a transparência e o debate público que devem preceder a inovação da ordem jurídica<sup>114</sup>.

Nesse sentido, foram editadas e reeditadas, entre 1988 e 2002, cerca de seis mil medidas provisórias<sup>115</sup>, em razão da tolerância do próprio Legislativo e do Judiciário. Esse revés foi contido, ainda que não integralmente, com a edição da Emenda Constitucional (EC) nº 32, de 12/09/2001<sup>116</sup>, que previu a vigência da medida provisória pelo prazo máximo de 60 dias, prorrogáveis uma única vez, por igual período, com trancamento da pauta até que haja deliberação por parte de cada uma das Casas do Congresso Nacional<sup>117</sup>.

A segunda competência utilizada abusivamente pelo Executivo diz respeito ao contingenciamento da execução orçamentária. Isso porque a competência do Executivo é máxima já no momento de elaboração da proposta, até porque é ele que possui os dados e as informações que permitem ordenar as estimativas de receitas e de despesas. Enviado o projeto de lei orçamentária para o Congresso, o poder de emenda dos parlamentares é extremamente reduzido, dando prioridade à satisfação de interesses pessoais e partidários em detrimento do interesse comum e de discussões abertas e republicanas<sup>118</sup>.

Além disso, uma vez aprovado o Orçamento – tido como meramente autorizativo, e não impositivo –, o Presidente da República, de maneira discricionária e sem dever de motivação, pode contingenciar as verbas, deixando de liberá-las e sem que tal decisão esteja sujeita a qualquer tipo de controle por parte do parlamento. À exceção dos repasses feitos por mandamento constitucional – como os do Legislativo, do Judiciário, do Ministério Público, dentre outros –, as demais destinações são implementadas quando e se o Presidente desejar, a despeito da aprovação e vigência da lei orçamentária<sup>119</sup>. Ainda,

---

<sup>114</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596700. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596700/>. Acesso em: 28 jan. 2023. p. 145.

<sup>115</sup> Menciona-se que posterior a emenda nº 32, no governo de 1998 a 2002 foram editadas 239 ECs; no mandato de 2007 a 2010 foram editadas 178 ECs; no de 2011 a 2014 foram elaboradas 144 ECs; no de 2015 a 2018 foram 202 e no de 2019 a 2022 foram editadas 283 Emendas Constitucionais. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/MPV/Principal.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Principal.htm). Acesso em: 28 jan. 2023.

<sup>116</sup> “Observado todo o período de vigência, fica notório que, mesmo com a promulgação da Emenda nº 32, de 2001, o Congresso Nacional não retomou a primazia no processo de elaboração das leis”. VALLE, Juliana Carla de Freitas do. Medidas provisórias e usurpação da função legislativa. **Caderno da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 9, n. 14, p. 165-192, jan./dez. 2007. p. 181.

<sup>117</sup> BARROSO, 2022, p. 145.

<sup>118</sup> Ibid., p. 146.

<sup>119</sup> Ibid., p. 146.

[...] o papel do executivo também recebeu novos contornos. Com o aumento da intervenção do Estado na economia e nos problemas sociais, e a incapacidade de o parlamento legislar com o tempo e a técnica necessária, os órgãos diversos da administração pública passaram a criar regulamentações cada vez mais inovadoras, adequando-se aos padrões abertos deixados pelas leis. Ademais, a previsão de medidas provisórias e sua utilização abusiva e sem parâmetros diminuí ainda mais o papel do poder legislativo, com a pauta cada vez mais comprometida com a votação das medidas. [...] Ademais, com o exercício de funções quase-legislativas e quase judiciais, sem representantes eleitos, os órgãos reguladores levaram a doutrina a criar muitos questionamentos sobre o papel e a localização destes órgãos na separação de poderes. Desta feita, o que se afigura é que o Poder Executivo divide a função de criação do Direito com o legislativo, através de medidas provisórias e de inúmeros regulamentos, que ainda que com caráter executivo, também inovam, minimamente, não sendo meros reprodutores da lei <sup>120</sup>.

Diante da atuação do Poder Executivo no desempenho da função legislativa, a atuação do Legislativo tem se deslocado para a fiscalização dos atos de governo e da Administração Pública. Sob a Constituição de 1988, um dos principais instrumentos dessa linha de atuação têm sido as Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs)<sup>121</sup>. As CPIs, nos termos do art. 58, § 3º, da Constituição, têm poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, devendo suas conclusões ser encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos implicados, se for o caso. Infelizmente, denúncias de manipulação, extorsões, proteções e perseguições terminaram por levar o descrédito a este valioso instrumento de atuação parlamentar<sup>122</sup>.

Com efeito, não se tem observado na atividade parlamentar brasileira a repercussão das pretensões da sociedade e o exercício de uma democracia representativa, inclusive porque “a atividade política passa por uma situação de preocupante desprestígio. Uma grave crise no sistema representativo compromete a legitimidade democrática das instituições legislativas”<sup>123</sup>. O que se percebe é um legislativo colocado em segundo plano, mas que se omite sobre questões sociais de grande repercussão e grande valor moral.

---

<sup>120</sup> MORGADO, Cintia, A nova face da separação de poderes – capacidades institucionais, vinculação dos poderes e constitucionalismo cooperativo. **Revista de Direito Processual Geral**, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTE%2C%2C>. Acesso em: 29 jan. 2023. p. 75.

<sup>121</sup> “Muitas delas tiveram grande visibilidade pública, como a que apurou as denúncias de corrupção no governo Collor (1992 – CPI de PC Farias), a que investigou o conjunto de parlamentares que controlava a elaboração do Orçamento (1993 – CPI dos “Anões do Orçamento”), a CPI do Judiciário (1999) e, no ano de 2005, as CPIs dos Bingos, dos Correios e do Mensalão.” *Ibid.*, p. 75.

<sup>122</sup> BARROSO, 2022, p. 146.

<sup>123</sup> *Ibid.*, p. 147.

Exemplo disso é o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF e da Arguição de Descumprimento de preceito Fundamental nº 132/RJ, que tratam da união homoafetiva e do seu reconhecimento como instituto jurídico de entidade familiar, o Supremo Tribunal Federal supriu uma omissão legislativa, eis que o tema é recorrente há anos na sociedade brasileira, havendo inúmeros projetos de lei no Congresso Nacional (4530/2004, 6297/2005, 580/2007, 4914/2009, 3712/2008, 2285/2007, 2383/2003 e 1151/1995, 6960/2002, na Câmara, e 612/2011 no Senado, dentre outros)<sup>124</sup>.

Ainda, a Corte Constitucional vem decidindo favoravelmente mandados de injunção e ações de inconstitucionalidade por omissão e reconhecendo direitos previstos na Constituição, mas ainda não devidamente regulamentados por lei, como por exemplo, o direito de greve dos servidores públicos (art. 37, inciso VII), aviso prévio proporcional (art. 7, inciso XXI), enquanto o Congresso Nacional nada fez para suprir estas lacunas<sup>125</sup>.

Denota-se que tal mora legislativa é campo fértil para a ascensão do Poder Judiciário. O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais, deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o déficit de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas no lugar de realizar os princípios constitucionais. “O elenco amplo de direitos constitucionais, as omissões do Legislativo aliadas à má prestação de serviços pelo Executivo potencializam, no Brasil, o papel do Judiciário”<sup>126</sup>.

Todavia, como é sabido, o judiciário por vezes excede a frágil linha entre julgar e legislar, ou então deliberam acerca de matérias que exigem uma posição estatal e, por seus membros não serem eleitos pelo povo, as instituições passam a tensionar. Em que pese a crise também vir de outros poderes, a atuação exacerbada do Judiciário acaba por estabelecer um poder (o seu poder) sobre a competência do

---

<sup>124</sup> GARCIA, Lucyellen R.D. ZACHARIAS, Ricardo Almeida. Crise de legitimidade do poder legislativo e ativismo judicial: uma análise crítica do fenômeno como fator de risco para o Estado Democrático de Direito. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7d5430cf85f78c4b>. Acesso em: 28 jan. 2023. p. 14.

<sup>125</sup> CARDOSO, Oscar Valente. Ativismo judicial ou inativismo parlamentar?. In: Revista Jus Navigandi. Teresina, ano 16, n. 2865, 6 maio 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19047/ativismo-judicial-ou-inativismo-parlamentar>. Acesso em: 28 jan. 2023.

<sup>126</sup> MORGADO, 2011, p. 85.

outro, gerando fissuras no mecanismo de freios e contrapesos, acarretando um desequilíbrio institucional, demasiado importante para o regime democrático. Dessa forma, no próximo item será abordado pertinente assunto para a contextualização do problema final do presente trabalho. Assim, discutir-se-á a respeito da judicialização da política, bem como do ativismo judicial que, em que pese muitos tratem dos temas como sendo sinônimos, cuidam-se de institutos distintos, com fundamentos, causas e consequências diversas.

## **2.2. Judicialização da política como consequência do aumento da litigiosidade em sociedades contemporâneas e ativismo judicial como vontade e poder do Judiciário? Distinções e considerações necessárias**

No Estado Liberal havia neutralização política da atividade judicial, uma vez que havia autodelimitação (*judicial self-restraint*) por parte do Poder Judiciário, já que o juiz ao aplicar o direito, somente deveria fazer o enquadramento do fato à norma, desprovida de referências sociais, éticas ou políticas. Isso quer dizer que os órgãos judiciais deveriam agir em um cenário jurídico-político pré-constituído, não podendo julgar *contra legem*. “Com isso, mantinha-se o juiz neutro ao jogo de interesses concretos na formação legislativa do Direito”<sup>127</sup>.

Entretanto, se no Estado Liberal o Poder Judiciário era caracterizado pela neutralização política, no Estado de Bem-Estar Social (século XX) houve explosão de litigiosidade pela busca da efetivação dos direitos fundamentais sociais e também ampliou a visibilidade social e a política da magistratura. Isto é, a sociedade passou a cobrar a concretização dos direitos constitucionais e isso acarretou a juridificação da justiça distributiva<sup>128</sup>.

Assim, ao passo que as sociedades foram crescendo em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos sofreu enorme transformação e, com isso, a sociedade deixou de possuir um caráter individualista e passou a ter uma visão mais coletiva dos direitos, fazendo o Estado reconhecer e proteger os direitos e deveres sociais, como direito ao trabalho, à saúde, à educação, à segurança.<sup>129</sup> Com isso, o Poder Judiciário passou por mudanças na sua forma de atuação, tornando-se

---

<sup>127</sup> CAMBI, 2018, p. 234.

<sup>128</sup> Ibid. p. 238.

<sup>129</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

protagonista entre os três poderes. Tal fenômeno é relativamente recente<sup>130</sup>, uma vez que o texto Constitucional de 1988 denotou a transformação do exercício da jurisdição constitucional no Brasil. Contudo, essa não é uma exclusividade brasileira.

No Canadá, por exemplo, a Suprema Corte foi convocada a decidir acerca da constitucionalidade dos Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos da América, a Suprema Corte, no julgamento de *Bush v. Gore*, decidiu as eleições presidenciais. Em Israel, a Suprema Corte deliberou a respeito da compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, para construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional devolveu o mandato de um presidente que havia sido destituído por *impeachment*<sup>131</sup>.

Entretanto, tais momentos diferem do protagonismo em tempos mais recentes, pois em praticamente todos os episódios do passado os tribunais se destacaram pelo seu conservadorismo, pelo tratamento discriminatório da agenda política progressista ou dos agentes políticos progressistas, pela sua incapacidade para acompanhar os processos mais inovadores de transformação social, econômica e política, muitas vezes apoiados pela maioria da população e, também, tais intervenções públicas foram, em geral, isoladas, em resposta a acontecimentos políticos atípicos, em momentos de transformação social e política profunda e acelerada<sup>132</sup>.

Todavia, o protagonismo judiciário atual converge com o anterior em relação ao confronto com a classe política e com outros órgãos de poder soberano,

---

<sup>130</sup>A nível mundial, notadamente no pós-Segunda Guerra Mundial, o surgimento da noção de “constitucionalismo dirigente” (constitucionalismo democrático) e a atuação do Tribunais Constitucionais (com ênfase no da Alemanha, Bundesverfassungsgericht), tornou vivo o processo de intensa judicialização. Canotilho também usa a expressão constitucionalismo dirigente, uma vez que a constituição de 1988 passa a ser “um meio de direção social” e “uma forma ‘racionalizada’ de política”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 27.

<sup>131</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. p. 23.

<sup>132</sup> SANTOS, Boaventura. et al. Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas. **Centro de Estudos Sociais**: Coimbra, 1995. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/10965/1/Os%20Tribunais%20nas%20Sociedades%20Contempor%C3%A2neas.pdf>> Acesso em: 25 jan. 2023. p. 2.

notadamente com o Poder Executivo, sendo utilizada também a nomenclatura “judicialização dos conflitos políticos”<sup>133</sup>. Boaventura<sup>134</sup> assevera:

[...] a política judiciária, que é uma característica matricial do Estado moderno, só se afirma como política do judiciário quando se confronta, no seu terreno, com outras fontes de poder político. Daí que a judicialização dos conflitos políticos não possa deixar traduzir-se na politização dos conflitos judiciais.

Com efeito, insta mencionar que o crescimento exponencial da litigação nos tribunais, não está apenas no comportamento de atores individuais, mas sim advém da perda de credibilidade e da capacidade de atração dos partidos políticos, de uma vida associativa frágil e destituída de meios para negociar conflitos, não restando outro recurso a uma cidadania desamparada e fragmentada senão recorrer à Justiça. “O atual gigantismo do Judiciário e a monumentalidade arrogante de suas sedes são a contraface [...] da falta de República e de suas instituições”<sup>135</sup>.

Nesse sentido, a sociedade se viu inserida em vasta litigiosidade, de maneira a resgatar e reivindicar o compromisso anunciado pelo Estado Democrático de Direito, tendo em vista, de certa forma, a fragilidade da esfera estatal, aqui representado pelo Poder Executivo e Legislativo. Dessa forma, a população adquire um comportamento de conflito, que reivindica direitos através de litígio judicial. À vista disso, Vianna et al chama essa postura das sociedades contemporâneas de “judicialização das relações sociais”, tendo em vista a “crescente invasão do direito na organização da vida social”<sup>136</sup>.

Nessa perspectiva, Loiane Verbicaro<sup>137</sup> leciona acerca de algumas situações que facilitaram o processo de judicialização da política no Brasil: 1) a promulgação da Constituição Federal de 1988; 2) a universalização do acesso à justiça; 3) a existência de uma Constituição aberta; 4) a leitura do direito, a crise do formalismo e positivismo jurídico; 5) a ampliação do espaço reservado ao Supremo Tribunal Federal; 6) a hipertrofia legislativa; 7) a crise do Poder Legislativo brasileiro.

---

<sup>133</sup> SANTOS, 1995, p. 3.

<sup>134</sup> Ibid., p. 1.

<sup>135</sup> VIANNA, Luiz Werneck. **Não há limites para a patológica judicialização da política**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-03/luiz-werneck-vianna-nao-limites-judicializacao-politica>>. Acesso em: 24 ago. 2022.

<sup>136</sup> VIANNA, Luiz Werneck. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 149.

<sup>137</sup> VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. **Revista Direito GV**, n. 4, 2008. p. 390.

No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso<sup>138</sup> afirma que a primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país com a promulgação da Constituição Federal. O Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e passou a ser um verdadeiro poder político. A segunda causa foi a constitucionalização abrangente, que trouxe ao corpo da Constituição diversas matérias que antes eram objetos para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. A partir do momento em que uma situação (pode versar sobre direito individual, prestação estatal ou fim público) é contida em uma norma constitucional, ela se transforma em uma pretensão jurídica que pode ser levada ao crivo do judiciário. A última causa da judicialização, segundo Barroso, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que é um dos mais abrangentes do mundo. Ele combinou aspectos de dois sistemas, o europeu e o americano:

[...] desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF<sup>139</sup>.

Outrossim, o juiz não pode se autolimitar no exercício dos seus poderes (teoria do chamado *self-restraint*) - como acontecia no período liberal- a pretexto de se tratar de questões políticas, típicos ao exercício do poder parlamentar ou executivo, ou por cuidar de juízos de conveniência ou de oportunidade. Isso porque, uma vez constado que o legislador ou administrador desrespeitou a Constituição, não possui outra alternativa ao juízo constitucional se não decidir acerca da inconstitucionalidade, independente da natureza da demanda, sendo política ou não<sup>140</sup>.

Ran Hirschl<sup>141</sup>, estudioso canadense, divide a judicialização da política em três grupos: O primeiro decorre da expansão do discurso legal para a esfera política e para

<sup>138</sup> BARROSO, 2012, p. 24.

<sup>139</sup> Ibid, p. 24-25.

<sup>140</sup> Ibid., 290.

<sup>141</sup> HIRSCHL, Ran. The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. **Fordham Law Review**, v. 75, n. 2, 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=951610>. Acesso em: 24 jan. 2022. p. 723-725.

fóruns de decisões políticas, sendo a judicialização inerente à tomada das relações sociais e culturais por meio das leis, o que deriva do aumento da complexidade e diversidade e da expansão do bem-estar social em sociedades modernas.

O segundo é a judicialização das políticas públicas por meio do controle de constitucionalidade ou das revisões de atos administrativos, o que acaba por aumentar a responsabilidade do Judiciário em decidir sobre as políticas públicas, mormente sobre questões de direitos fundamentais, o que acarreta em uma transcendência aos limites dos demais poderes políticos. O terceiro grupo é o da judicialização da política pura, que transfere às Cortes questões de natureza política e de grande repercussão para a sociedade, como por exemplo, questões sobre legitimidade do regime político<sup>142</sup>.

Assentadas as possíveis causas para a judicialização da política, necessário se mostra aferir o conceito do referido fenômeno. Barroso a chama de “judicialização da vida” e leciona que a judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social são decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais, quais sejam, o Congresso Nacional e o Poder Executivo. Em outras palavras: a judicialização é um fenômeno que transfere o poder para juízes e tribunais<sup>143</sup>.

Lênio Streck, jurista gaúcho, leciona que a judicialização da política “é uma contingência histórica que ocorre de tempos em tempos, sobretudo em países periféricos de modernidade tardia que possuem uma constituição analítica como o Brasil”<sup>144</sup>. A judicialização da política é um processo social no qual há expansão pelo poder constituinte ou parlamentar da área de atuação dos tribunais, de maneira que a vida política, social e econômica seja levada à ação judicial. A judicialização não é escolhida, tampouco promovida pelo juiz, mas é consequência da alteração do texto constitucional ou legal que amplia a competência dos órgãos judiciais<sup>145</sup>.

---

<sup>142</sup> HIRSCHL, 2006, p. 724-725.

<sup>143</sup> BARROSO, 2012, p. 24.

<sup>144</sup> STRECK, Lênio. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set. dez. 2016, p. 730.

<sup>145</sup> LEITE, Roberto Basilone. **Déficit político do poder judiciário brasileiro**: a falta de efetividade no desempenho de suas funções institucionais e o ativismo judicial como interferência indevida em área de atuação própria do poder político. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2011. p. 179.

Com efeito, constata-se que a judicialização da política é relativa ao “novo estatuto dos direitos fundamentais e à superação do modelo de separação dos poderes do Estado, o que provoca uma ampliação dos poderes de intervenção dos tribunais na arena política”<sup>146</sup>, uma vez que a política se judicializa na tentativa de garantir os direitos fundamentais consagrados na Carta Magna. Dessa forma, diante do caráter aberto e abstrato da Constituição, com o intuito de fazer valer as normas fundamentais, exigiu-se do Poder Judiciário um papel que se assemelha com um poder existente no sistema de *common law*, “no qual é através do seu papel criador, de *judge-made-law*, que se densifica e se concretiza as normas previstas na Constituição”<sup>147</sup>.

Nessa mesma perspectiva, Antonie Garapon, jurista francês, defende que o Poder judiciário seria o guardião das promessas não concretizadas pelos outros poderes. Entretanto, ele alerta que a canalização desenfreada de todas as frustrações modernas para a justiça podem ser prejudiciais a ela. Isso porque a invocação descontrolada tem como consequência a submissão ao juiz de todo e qualquer aspecto da vida privada. Ainda, acrescenta “os juristas têm a tendência para abusar desta posição dominante”<sup>148</sup>.

Quanto à temática direito e política, Barroso assinala a ambiguidade acerca do assunto, afinal, direito é ou não política? Direito é política, uma vez que já não resta no mundo contemporâneo a crença na ideia liberal-positivista de objetividade plena do ordenamento e de neutralidade absoluta do intérprete. Contudo, direito não é política, já que “o Direito se aproxima da Ética, tornando-se instrumento da legitimidade, da justiça e da realização da dignidade da pessoa humana”<sup>149</sup>.

Nesse sentido, Direito é política na medida que a sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis; a sua aplicação não é desligada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; os juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, como consequência, sua subjetividade pode interferir com os juízos de valor que formula. A

---

<sup>146</sup> VERBICARO, 2008, p. 391.

<sup>147</sup> BARBOSA, Estefânia M. Q.; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**. São Paulo, p. 59-86, 2012. p. 63.

<sup>148</sup> GARAPON, Antonie. **O guardador das promessas: justiça e democracia**. Tradução de Francisco Aragão. Instituto Piaget: Lisboa, 1952. p. 24.

<sup>149</sup> BARROSO, 2012, p. 18.

Constituição faz a conexão entre o universo político e o jurídico, em um esforço para submeter o poder às categorias que incitam o Direito, como a justiça, a segurança e o bem-estar social. Sua interpretação, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que definidas pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente. Enquanto isso, o Direito não é, manifestamente, política no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas ou partidarizadas<sup>150</sup>.

Na opinião de Martin Shapiro referida por Flávia Lima, a atividade judicial está relacionada com o sistema político em que inserida, na relação entre resolução de conflitos, controle social e aplicação da lei, e a frequente integração da sua atividade com as autoridades públicas e administrativas. Essa interação mantém sua força política em razão de dois aspectos institucionais: (aparência de) neutralidade e imparcialidade, pretensão que aparece quando os juízes passam a atuar mais do que deveriam; processo decisório caracterizado por ser caso a caso, técnico e com baixa visibilidade, como todo “ator estratégico”, as cortes tendem a tomar pequenos passos para não comprometer sua inserção neste jogo<sup>151</sup>.

Deveras, o Direito Constitucional judicializou a política à medida que a política, notadamente representada pelos conflitos sociais e direitos fundamentais, passaram a ser temas de Direito Público, havendo uma correlação entre Direito Constitucional e a política<sup>152</sup>. Nesse sentido, Friedrich Muller afirma que o “direito constitucional é o direito do político. Insistir nisso, não tem relação nenhuma com o ‘decisionismo’”<sup>153</sup>. Dessa maneira, Clarissa Tassarani<sup>154</sup> também doutrina:

Não se está apenas afirmando que o Direito e a Política se interrelacionam, mas se está negando que a Política seja o elemento catalizador do decisionismo no Direito. Em última análise, está-se tratando do modo de compreender o elemento político do Direito. E é exatamente esta questão que gera as maiores dificuldades de conceber a judicialização da política e o ativismo judicial como manifestações de fenômenos distintos que podem ser atribuídos à atividade jurisdicional.

---

<sup>150</sup> BARROSO, 2012, p. 18.

<sup>151</sup> LIMA, 2014, p. 157. APUD Martin Shapiro.

<sup>152</sup> CAMBI, 2018, p. 289.

<sup>153</sup> MULLER, Friedrich. Prefácio. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza. et al. (Orgs.). **Teoria da constituição**: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. xi.

<sup>154</sup> TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial**: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências norte-americana e brasileira. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2012. p. 18.

Isto é, os Autores vinculam o direito, sobretudo o direito constitucional, e a política, mas não compreendem que esta vinculação está ligada a um decisionismo<sup>155</sup>. Neste segmento, “a Política deixa de ser a mola propulsora para a constituição do conteúdo jurídico-constitucional, passando a ser utilizada como uma espécie de argumento corretivo do Direito, o que usualmente ocorre pela via judicial”<sup>156</sup>.

Direito e política estão estreitamente relacionados e interdependentes. O direito é um conjunto de normas e princípios que regulam a sociedade e as relações entre os indivíduos e o Estado. A política, por sua vez, é o processo pelo qual as decisões coletivas são tomadas e implementadas em uma sociedade. O direito é criado e influenciado pela política, já que as leis e regulamentos são produzidos e aprovados pelos atores políticos. Além disso, a política influencia a interpretação e a aplicação do direito pelos tribunais e pelos juízes, não é possível ser ingênuo a ponto de negar tal fato.

Por outro lado, o direito também influencia a política, já que as decisões judiciais podem ter implicações políticas significativas e afetar a agenda política e as políticas públicas. Além disso, o direito pode proteger os direitos e liberdades individuais, o que é fundamental para a estabilidade e a saúde da democracia. Em geral, a relação entre direito e política é complexa e requer uma compreensão cuidadosa dos processos e instituições políticas, bem como das normas e princípios jurídicos que regulam a sociedade.

Nessa perspectiva entre direito e política é que reside a diferença entre ativismo judicial e judicialização da política, o que pretende distinguir. Lênio<sup>157</sup> afirma que o ativismo é ruim para a democracia, visto que advém de comportamentos e visões pessoais dos juízes e tribunais, enquanto a judicialização pode ou não ser ruim, sendo que o dosador será a intensidade em que ela é verificada, já que ela sempre irá existir em algum grau em regimes democráticos que estejam acompanhados por uma Constituição normativa. Ademais, Streck<sup>158</sup> aponta um indicador se a decisão é ativista ou não: “a decisão (uma determinada decisão), nos moldes em que foi proferida, pode ser repetida em situações similares? Sendo a resposta um “não”, há

---

<sup>155</sup> Decisionismo que, nesse momento, pode ser entendido como “ativismo”.

<sup>156</sup> TASSINARI, 2012, p. 18.

<sup>157</sup> STECK, 2016, p. 724.

<sup>158</sup> Ibid., 2016, p. 724.

fortes indícios de que estejamos a ingressar no perigoso terreno do ativismo”. Ainda, arremata:

nem toda a resposta juridicamente errada é, por ser errada, ativista; aliás, a postura pode ser ativista, e a resposta jurídica, correta. A questão é que, somente pelo fato de ser ativista, há um problema de princípio que a torna errada, na sua formulação. É uma questão de dever judicial. [...] Ativismo ou judicialização não se captam a partir do código “constitucional-inconstitucional” e tampouco do código “ação deferida-ação indeferida”. Os conceitos de ativismo e judicialização que explicito é que dão o limite do sentido e o sentido do limite da discussão<sup>159</sup>.

Enquanto a judicialização da política é um fenômeno que decorre do modelo vigente, o ativismo judicial é uma escolha feita pelo juiz:

[...] a judicialização, diante da baixa constitucionalidade em países periféricos e que ainda não se desincumbiram das promessas do estado social, é contingencial; já o ativismo judicial, mais voltado à vontade no agir do órgão julgador, está ligado a uma visão da decisão judicial como ato de escolha, morais inclusive, o que pode não se coadunar com a jurisdição constitucional<sup>160</sup>.

Na opinião do francês Garapon, o ativismo começa quando, dentre várias soluções possíveis, o juiz escolhe no desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar. Ainda, leciona que o juiz pode interferir na vida política de duas maneiras: direta, por meio de uma decisão; indireta, através da corporação à qual pertence, uma vez que não existe juiz fora de sua instituição. O Autor demonstra sua preocupação com o fato do ativismo judicial gerar riscos para a democracia, visto que é uma ameaça para o ordenamento jurídico, no que toca à segurança jurídica. Ainda, leciona que para a teoria clássica da democracia, a lei é a expressão da soberania popular, sendo que o juiz não tem qualquer poder sobre ela e deve limitar-se à sua aplicação<sup>161</sup>.

O ativismo, seguindo este entendimento, não seria um acontecimento natural como acontece com a judicialização da política, mas sim um agir baseado na vontade, de ampliar o âmbito de atuação para alcançar – ou ultrapassar- a interpretação

---

<sup>159</sup> STECK, 2016, p. 726.

<sup>160</sup> VALE, Luis M. B. do; SILVA JÚNIOR, Denarcy S. da. Sobre Ativismos e Discricionariedades: STF e o Estado de Coisas Inconstitucional. Artigo publicado no XXV Encontro Nacional do Conpedi em Brasília – DF, 2016. p. 390.

<sup>161</sup> GARAPON, 1952, p. 36.

constitucional, com de intenção de fazer valer a vontade do julgador. Ainda, Barroso<sup>162</sup> identifica diferentes condutas observadas em juízes ativistas:

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

Sobre o debate acerca da legitimidade da atuação do Poder Judiciário em temas políticos, historicamente de competência do legislativo, cabe mencionar que a jurisdição constitucional pode ser indicada por dois movimentos filosóficos: o procedimentalismo e o substancialismo. O primeiro, apoiado por doutrinadores como Garapon e Habermas, “nega que a legitimidade da jurisdição esteja na análise dos conteúdos substanciais das normas infraconstitucionais, pretensamente subjacentes à Constituição”<sup>163</sup>. Além disso, o procedimentalismo também desaprova o gigantismo ou politização do Poder Judiciário, pois devem resistir à tentação de interpretar o Direito através da introdução de juízos morais, comprometeria a imparcialidade e acabaria por enfraquecer a democracia representativa<sup>164</sup>.

Nessa corrente, o debate acerca dos significados e obrigações jurídico-constitucionais não deve ser resolvido pelo Poder Judiciário, devendo ser ignorado no espaço político, com a atuação viva dos partidos políticos e dos movimentos sociais, uma vez que o judiciário não teria legitimidade, já que não foi eleito pelo povo e não poderia exercer o controle de políticas públicas<sup>165</sup>. “O modelo procedimental defende que a Constituição não deve ter nenhum dever ou proibição substancial que restrinja a competência do legislador”<sup>166</sup>.

Para o professor Marcio Hamel<sup>167</sup>, é notório que o Poder Judiciário toma espaço que é da política. Trazendo apontamentos de Habermas, Hamel<sup>168</sup> explica que o

---

<sup>162</sup> BARROSO, 2012, p. 06.

<sup>163</sup> CAMBI, 2018, p. 373.

<sup>164</sup> Ibid., p. 373.

<sup>165</sup> Ibid., p. 374.

<sup>166</sup> Ibid., p. 377.

<sup>167</sup> HAMEL, Marcio Renan. Judicialização da política: um ensaio sobre o procedimentalismo deliberativo na jurisdição constitucional brasileira. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 2010, p. 148-164. p. 151.

<sup>168</sup> Ibid., p. 151.

Tribunal não pode intervir em decisões da política e concorda que o procedimento é fundamental para a democracia. Alexandre Coura e Quenya de Paula, adeptos da teoria procedimentalista, defendem:

A compreensão procedimental da democracia entende que as Constituições devem deslocar-se das definições de conteúdo, abstraindo de imiscuir-se em assuntos de natureza econômica e/ou social e em outros propósitos de governo para se deter nos instrumentos de participação democrática e na estrutura das competências do Estado, sobrando ao Judiciário a posição de garantidor do exercício democrático, pois a servidores não eleitos descabe entrar em considerados ideológicos ou lucubrações valorativas<sup>169</sup>.

Na corrente procedimentalista, a legitimidade do Direito é sustentada pelo agir comunicativo, no qual as pessoas chegam em um consenso através da via argumentativa derivada da participação dos possíveis destinatários da norma, cuja validade atende ao princípio da universalização (U).

Isto é, a legalidade como consequência da criação discursiva aberta à comunidade gerada pela participação dos interessados<sup>170</sup>. Nesse diapasão, para os procedimentalistas o judiciário se torna guardião de promessas democráticas de igualdade, demonstrando a fragilidade das instituições políticas. Garapon<sup>171</sup> leciona que “o Juiz torna-se o último guardião das promessas, tanto para o indivíduo como para a comunidade política”.

Por outro lado, o segundo movimento filosófico, chamado de substancialista, defendido por Dworkin e Streck, considera que o Poder judiciário é o intérprete da vontade geral ou dos valores substanciais; acredita que o Judiciário é quem deve concretizar, mesmo contra as majorias eventuais, o conteúdo democrático da Constituição<sup>172</sup>.

No entendimento do substancialismo, o protagonismo judiciário se justifica ao papel de guarda da constitucionalidade, sendo a Constituição um meio e a magistratura assume o lugar de destaque da história<sup>173</sup>. Alexandre e Quenya, contrários à teoria substancialista, advertem:

---

<sup>169</sup> COURA; DE PAULA, 2018, p. 96.

<sup>170</sup> Ibid., p. 96.

<sup>171</sup> GARAPON, 1952, p. 24

<sup>172</sup> CAMBI, 2018, p. 380.

<sup>173</sup> COURA; DE PAULA, 2018, p. 94.

A transferência da promoção social à justiça se revela, na sensibilidade popular, a zona mais segura e eficiente de concreção dos direitos adiados, daí que, se não há remédio no SUS, apela-se ao juízo para colmatar a lacuna, fornecendo pontualmente, em desserviço à dignidade orçamentária e ao atendimento generalizado dos recursos escassos da saúde, remédios de toda ordem, incluindo os de custo elevadíssimo, através de uma opção de teor político, porque despreza a modelagem das escolhas financeiras dentro do planejamento transparente. Além do mais, o comprometimento do grau de universalização acontece quando o protagonismo judicial se adianta para privilegiar quem tem mais consciência jurídica em desfavor dos estratos carentes<sup>174</sup>.

Nessa concepção, Dworkin<sup>175</sup> afirma que o juiz leva em consideração suas próprias convicções de justiça e, além disso, “ideias de integridade e equidade políticas e de devido processo legal, na medida em que estes se aplicam especificamente à legislação em uma democracia”. A integridade nesse cenário infere uma fundamentação conforme o sistema normativo e a equidade determina um limite à convicção pessoal e à opinião pública. Ainda, Hamel<sup>176</sup> explica que por meio da leitura de Streck o Direito possui a tarefa de transformação, uma vez que defende a teoria da Constituição Dirigente, que seria a mais adequada a países de modernidade tardia. Isso quer dizer que na visão de Streck, deve haver um “dirigismo constitucional”, isto é, um intervencionismo substancialista, especificamente onde o processo político falha ou se omite na implementação de políticas públicas. Streck<sup>177</sup> assina que é adepto da teoria substancialista:

porque trabalham com a perspectiva de que a implementação dos direitos fundamentais-sociais (substantivados no texto democrático da Constituição) afigura-se como condição de possibilidade da validade da própria Constituição, naquilo que ela representa de elo conteudístico que une política e Direito.

Assim, Lênio entende ser difícil sustentar as teses processuais-procedimentais em países como o Brasil, em que parte considerável dos direitos fundamentais e sociais continua não amplamente cumprida. Isto é, parece muito pouco – especialmente se for levada em conta a pretensão de se construir as bases de um Estado Social no Brasil – destinar ao Poder Judiciário tão somente a função de zelar

<sup>174</sup> COURA; DE PAULA, 2018, p. 94.

<sup>175</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 409.

<sup>176</sup> HAMEL, 2010, p. 153.

<sup>177</sup> STRECK, Lenio L. **Verdade e consenso**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. *E-book*. ISBN 9788547215644. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547215644/>. Acesso em: 30 jan. 2023. p. 119.

pelo respeito aos procedimentos democráticos para a formação da opinião e da vontade política, a partir da própria cidadania, como quer, por exemplo, o paradigma procedimental<sup>178</sup>.

Nesse sentido, os filiados da teoria procedimentalista acreditam que o ativismo judicial é um exemplo da dimensão substancialista da Constituição, uma vez que ele traz a ideia de que o julgador escolhe um modo específico e proativo para interpretar a Constituição, sendo que “normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”<sup>179</sup>. Na opinião do Ministro Barroso<sup>180</sup>, o ativismo judicial é uma participação mais ampla e intensa do Judiciário para concretização dos valores e fins constitucionais, contudo, com maior interferência na área de atuação dos demais Poderes.

No mesmo sentido dispõe Coura e De Paula<sup>181</sup>, que lecionam que o ativismo está relacionado à questão comportamental do judiciário, que invade as competências dos demais poderes por meio do uso de fatores morais, políticos e econômicos, o que se chocaria com o Estado de legitimidade justa, “principalmente quando se dá o rompimento do limite entre o judiciário e o não jurídico”<sup>182</sup>. Clarissa Tassinari<sup>183</sup> elenca algumas abordagens do ativismo judicial. Veja-se:

a) como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se, controlar a constitucionalidade) atos dos demais poderes; b) como sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso, configuraria muito mais a judicialização); c) como abertura à discricionariedade no ato decisório; d) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras. Ressalte-se que, apesar de ser possível identificar essas tendências no contexto da doutrina brasileira, fica difícil de encontrar o que se poderia chamar de posicionamentos puros.

Consoante verificou-se no decorrer do texto, a participação do poder judiciário no seio político, decidindo questões que antes eram do poder político (poder legislativo e poder executivo) e não jurídico é defendida pela corrente substancialista. Nesse

---

<sup>178</sup> STRECK, 2019, p. 120.

<sup>179</sup> BARROSO, 2012, p. 25.

<sup>180</sup> Ibid., p. 25-26.

<sup>181</sup> COUTRA; DE PAULA, 2018, p. 88

<sup>182</sup> Ibid., p. 88.

<sup>183</sup> TASSINARI, 2012. p. 22.

eixo, a atuação dos juízes na política é necessária para a concretização de direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal.

Enquanto a teoria procedimentalista argumenta que é perigoso à esfera pública democrática a atuação de juízes em questões políticas, uma vez que assuntos de cunho político devem ser discutidos através de um processo plural e participativo, sendo o poder judiciário mero garantidor da participação dos cidadãos nas decisões políticas.

Dessa forma, observa-se que a judicialização da política é uma questão inevitável, visto que ela faz parte de um contexto social em que é cobrado do Estado a aplicação de direitos e, em razão da inércia de outros poderes, sua concretização dá-se através da tutela jurisdicional. Enquanto o ativismo judicial é um “ato de vontade” por parte dos julgadores, uma vez que se trata de uma conduta escolhida por eles no exercício de suas atribuições.

Diante do cenário retratado neste item, mormente em relação ao aumento da litigiosidade, tornando o poder Judiciário a instituição capaz de sanar quaisquer anseios das sociedades contemporâneas e, sobretudo, no que toca ao ativismo judicial, é fundamental debater acerca de suas consequências: estariam estes institutos gerando crise na separação de poderes e, como resultado disso, ocasionando crise na democracia? Seria necessário frear, então, a Juristocracia?

### **2.3. A crise da democracia e a ascensão do poder judiciário: é preciso frear a Juristocracia?**

A Separação de Poderes, independentes e harmônicos entre si, é um dos alicerces do constitucionalismo e da democracia. Entretanto, com fulcro no estudo supra, tem-se que alguns fatores, sejam eles a inércia dos outros poderes, a complexidade da sociedade, a constituição brasileira aberta, o amplo acesso à justiça ou a consciência da população de seus direitos e de buscar por eles, transformou o Judiciário no protagonista dos três Poderes. Dessa forma, questiona-se: há desequilíbrio na balança dos Poderes? Está-se vivendo uma possível ascensão da Juristocracia? Com essa Juristocracia, estaria a democracia em crise, visto a teoria tripartite ser basilar ao constitucionalismo e à democracia? A possível crise democrática ocorre apenas em razão do protagonismo judiciário ou possui outras raízes institucionais?

A redemocratização em 1987/1988, que no Brasil ocorreu após a ruptura do regime ditatorial instaurado no país, teve como efeito, além do que já fora estudado acima, uma conjuntura de tensão entre os Poderes do Estado e, por conseguinte, em uma crise democrática. Assim, indubitavelmente que tempos de crises trazem grande dificuldade à democracia e ao Direito Constitucional, notadamente porque as demandas sociais se intensificam durante estes períodos.

Nas crises constitucionais, o que está em jogo não é apenas a tranquilidade da vida institucional, mas a própria sobrevivência da Constituição, assim como a validade das decisões voltadas à recuperação da capacidade dos atores políticos e institucionais de coordenar seus conflitos em conformidade com as regras e os procedimentos estabelecidos pelo texto constitucional<sup>184</sup>.

Muitas vezes pensa-se que uma democracia morre com um golpe militar da noite para o dia, como ocorreu em 1973 no Chile, por meio das forças armadas e com o uso de armas. Contudo, o que mais ocorre é o oposto. Na modernidade, as democracias morrem de forma lenta, sem conflitos armados, em que líderes são eleitos de forma legítima (por meio de eleições), mas que aos poucos passam a utilizar a lei a seu favor e expandir suas autoridades e se perpetuarem no poder e, nesse sentido, concluem que a própria democracia leva ao seu fim quando os seus mecanismos de defesa não são efetivos o bastante para impedir a chegada de autocratas ao poder<sup>185</sup>.

“O paradoxo trágico da via eleitoral para o autoritarismo é que os assassinos da democracia usam as próprias instituições da democracia – gradual, sutil e mesmo legalmente – para matá-la”<sup>186</sup>. Assim, a crise da democracia deve ser vista como o resultado dos seguintes desafios: deslegitimação da autoridade política; aumento da participação; desagregação dos interesses; e crescentes expectativas dos cidadãos, que levam a uma sobrecarga dos governos. Consequentemente, e paradoxalmente, a crise da democracia teria origem num excesso de democracia que põe em risco a capacidade de ação do governo, que se vê incapaz de acompanhar as crescentes

---

<sup>184</sup> VIEIRA, 2018, p. 24.

<sup>185</sup> LEVITSKY, Steve; ZIBLATT, Daniel. Como as democracias morrem. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p. 14-17.

<sup>186</sup> Ibid., p. 19.

demandas provenientes da sociedade<sup>187</sup>. Bobbio<sup>188</sup>, trazendo algumas das promessas não cumpridas em relação à ideia de democracia, também aponta que nada é mais perigoso à democracia, que o excesso de democracia.

Consoante análise de Luigi Ferrajoli, jurista italiano, estaria ocorrendo um projeto de “desconstituição” na Itália. O autor defende que isso se dá por uma dupla crise destrutiva: uma crise do alto e uma crise de baixo. A crise do alto, por seu turno, seria gerada por quatro fatores: a) populismo e a ideia de chefe como encarnação da vontade popular; b) patrimonialismo popular; c) integração dos partidos nas instituições e perda do seu papel de mediação representativa; e, d) controle das informações. Já a crise de baixo da democracia seria por parte dos representados e o autor dividiu em quatro fatores: a) a homologação dos condescendentes e o aviltamento dos discordantes e dos diferentes; b) a despolitização de massa e a dissolução da opinião pública; c) a crise de participação política; e, d) a manipulação da informação e o declínio da moral pública<sup>189</sup>.

Uma das possíveis causas da crise democrática que ora iremos debater aqui é a ascensão de uma provável *juristocracia*, que seria “caracterizado pela construção de um imaginário em que a credibilidade para decidir as questões fulcrais da sociedade é depositada no Judiciário”<sup>190</sup>, o que pode caracterizar “uma fragilização em outros âmbitos do poder estatal, acontecimento que melhor se traduz na sensação da existência de uma crise em certas instituições”<sup>191</sup>. Na opinião de Ran Hirschl<sup>192</sup>, o mundo transita para uma juristocracia e esta seria uma das consequências do *new constitutionalism*<sup>193</sup>. Para o Autor, que considera a expressão como um processo de transferência de poder político de instituições representativas para o poder judiciário, considera que há uma preservação hegemônica das elites políticas e econômicas sobre questões altamente controversas:

A explicação mais plausível para o empoderamento judicial voluntário e auto imposto é, portanto, que os detentores do poder político, econômico e legal,

---

<sup>187</sup> CASTALDO, Antonino. A crise da democracia: uma revisão seletiva do debate acadêmico atual. **Instituto Português de Relações Internacionais**, Lisboa, p. 9-27, set. 2018. p. 11.

<sup>188</sup> BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. p. 25.

<sup>189</sup> FERRAJOLI, 2011, p. 45.

<sup>190</sup> TASSINARI, 2012, p. 38.

<sup>191</sup> *Ibid.*, p. 38.

<sup>192</sup> HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 01.

<sup>193</sup> Expressão *ipsis litteris*, que pode ser traduzida como novo constitucionalismo.

que iniciam ou se abstêm de bloquear tais reformas, estimam que serve aos seus interesses para respeitar os limites impostos pelo aumento da intervenção judicial na esfera política. Em outras palavras, aqueles que estão ansiosos para pagar o preço do empoderamento judicial devem assumir que sua posição (absoluto ou relativo) seria melhorado sob uma juristocracia (tradução da Autora)<sup>194</sup>.

Hirschl aponta algumas possíveis vantagens que os detentores do poder político que os levam a aceitar a delegação de poder ao judiciário, como redução do risco para si mesmas através da transferência de responsabilidade sobre as decisões para as cortes, evitar decisões difíceis e/ou o colapso de um governo de coalizão, obstrução à implementação de sua própria agenda política, medo de perder o controle sobre sua própria agenda de implementação de políticas públicas ou, no caso da oposição, para obstruir ações governamentais<sup>195</sup>.

Nesse sentido, o fenômeno da constitucionalização de direitos e a transferência de poderes para o judiciário se apresenta para Ran, na realidade, como uma forma de retirar importantes decisões políticas do poder político, especialmente aquelas que interferem no *status quo* da sociedade, e levá-las para um lugar “mais seguro”, longe do alcance político do povo.

Entretanto, essa prática revela consequências desagradáveis, isso porque o processo da juristocracia indica um problema com relação ao poder legislativo, pois ao transferir a autoridade de tomar decisões políticas ao judiciário, esses deputados se aproveitam da vantagem (ou pior, ativamente suportam o estabelecimento e a manutenção) de um forte judiciário para evitar dificuldades e resultados impopulares ou inesperados. Ainda, porque a democracia exige que as escolhas de valores substantivos políticos devem ser realizados por representantes eleitos e não por juízes não-eleitos. As decisões políticas substantivas devem ser deixadas àqueles que podem ser avaliados e responsabilizados eleitoralmente, afinal, não há nenhuma prova empírica concreta de que o poder judiciário reúna de fato um conjunto de indivíduos que possuem uma intuição moral mais elaborada acerca do bem da sociedade<sup>196</sup>. Assim, na juristocracia “a democracia é relegada a uma espécie de rotina eleitoral”<sup>197</sup>.

---

<sup>194</sup> HIRSCHL, 2004, p. 11.

<sup>195</sup> BARBOSA, Claudia Maria; POLEWKA, Gabriela. Juristocracia no Brasil: a perspectiva de Ran Hirschl sobre o empoderamento judicial. **Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça**. Belo Horizonte, v. 1, n.2, p. 309-334. jul./dez. 2015.

<sup>196</sup> HIRSCHL, 2004, p. 187-189.

<sup>197</sup> Ibid., p. 221.

A juristocracia, destarte, não encontra legitimação adequada. De uma perspectiva teórica normativa (de uma justificação normativa da política e da Teoria do Estado), a juristocracia implicaria em: 1) colocar em cheque a teoria da divisão dos poderes; 2) minar a justificação do judiciário como um poder contra majoritário; 3) despolitizar a democracia na medida em que lhe retira a legitimidade do processo democrático; 4) confundir questões que exigem argumentos de generalidade com questões que exigem argumentos de imparcialidade; 5) impedir o aprendizado que o processo democrático traz para seus atores; 6) gerar uma espécie de despotismo indireto, visto que os atores (juízes e cortes) não são politicamente responsabilizáveis<sup>198</sup>.

A partir de uma perspectiva prática (das consequências da implementação da juristocracia ao longo das últimas três décadas) observou-se que há uma desconsideração aos direitos sociais, visto que o poder judiciário está atuando como uma espécie de barreira para impedir reformas democráticas que permitam uma melhor distribuição de riqueza e poder e que as cortes atuam em geral de modo conservador na medida em que defendem os interesses das elites hegemônicas, sejam elas políticas ou econômicas<sup>199</sup>.

Oscar Vilhena Vieira<sup>200</sup> disserta sobre o atual cenário político brasileiro:

A partir de 2013<sup>201</sup>, [...] o embate político tornou-se mais duro e intolerante. A competição eleitoral foi se radicalizando. O padrão conciliador, que tradicionalmente marcou o relacionamento entre as elites políticas e os poderes no Brasil, foi substituído por uma postura conflitiva. Também o direito e suas instituições passaram a colidir com a política numa frequência antes desconhecida, instaurando um cabo de guerra entre o estamento jurídico e o corpo político.

A instabilidade que iniciou em 2013 está associada a uma crescente rivalidade entre o sistema político contemplado pela Constituição de 1988 e um sistema de controle e aplicação da lei, também criado pela Constituição. Isso porque o julgamento do mensalão, por exemplo, indicou uma “dificuldade cada vez maior de convivência

---

<sup>198</sup> KLEIN, Joel Thiago. Juristocracia midiática. **Revista dos Departamento de Filosofia da Universidade do Paraná e da Universidade Federal de São Carlos**. Curitiba, São Carlos, v. 17, n. 2, p. 118-130, dez. 2020. p. 122.

<sup>199</sup> *Ibid.*, p. 122.

<sup>200</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**: Da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Artes, 2018. p. 10.

<sup>201</sup> Em junho de 2013 a população foi às ruas inicialmente protestar contra o aumento das tarifas do transporte público, mas revelou-se uma insatisfação geral do povo brasileiro com a classe política, corrupção e problemas sistemáticos na saúde e na educação.

entre um padrão degradado de funcionamento do sistema político e uma postura mais agressiva e independente do sistema de controle e aplicação da lei”<sup>202</sup>.

O Brasil entrou, a partir das vastas manifestações que tomaram as ruas do país em junho de 2013, numa grave crise política com forte impacto sobre o funcionamento de suas instituições constitucionais. A polarizada eleição de 2014, as manifestações de 2015 contra o governo Dilma, o aprofundamento da crise econômica, os avassaladores esquemas de corrupção eleitoral julgados pela Lava Jato, o discutível *impeachment* da ex-presidente, a sobrevivência ainda mais controvertida de Michel Temer no Tribunal Superior Eleitoral, os enfrentamentos e a exacerbação da jurisdição monocrática do Supremo Tribunal Federal, a prisão do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva que até então havia inviabilizado sua candidatura, a abusiva paralisação de empresas de transporte, associada ao protesto de caminhoneiros autônomos em maio de 2018, o fenômeno eleitoral de Jair Bolsonaro, líder de direita e com posições explicitamente contrárias à Constituição, o crescimento de grupos que reivindicam a intervenção militar, a ainda mais polarizada eleição entre Lula e Bolsonaro, bem como a posse do Luiz Inácio Lula da Silva como presidente do Brasil, demonstram estar-se vivenciando uma situação de profundo mal-estar constitucional<sup>203</sup>.

Os postulados clássicos da separação das funções entre Legislativo e Executivo também deixaram de ter correspondência na realidade, uma vez que a separação hoje relevante se estabelece entre a maioria governamental e a oposição, sendo que a questão constitucional mais importante deixou de ser o da supremacia do Legislativo sobre o Executivo, mas sim as garantias da oposição em face do poder da maioria existente. Há, nesse sentido, um deslocamento do foco da análise do plano institucional para o partidário, com a inevitável cisão da unidade institucional e o aparecimento de estruturas paralelas que influem diretamente nas relações de poder

204.

O Parlamento passa a gerenciar os embates políticos necessários à governabilidade do país. Isso contribui, de um lado, para a baixa produtividade legislativa do Parlamento e, por outro lado, pelo excesso de atividade legislativa do Poder Executivo (edição abusiva de medidas provisórias). No Brasil, o Poder Executivo, responsável por gerir o orçamento público, impõe a troca de favores para exercer a governabilidade, ao buscar a maioria no Parlamento pela composição partidária de seus aliados. Essa

---

<sup>202</sup> VIEIRA, 2018, p. 22.

<sup>203</sup> Ibid., p. 18.

<sup>204</sup> CAMBI, 2018, p. 245.

forma de gestão pública, no âmbito federal, é denominada de presidencialismo de coalizão. Em troca do apoio para a formação do governo, os partidos aliados conquistam o direito de comandar algum setor do Executivo, havendo o loteamento de Ministérios e Secretarias estratégicas<sup>205</sup>.

O resultado dessa prática é o aparelhamento do Estado e a reunião de diversos partidos, embora com ideologias e programas distintos, concentrados na busca de um ideal comum, isto é, a manutenção do poder. Nesse contexto, formam-se fragmentos de identidade e a coligação de ideias, não raro, conflitantes. Isso agrava a dificuldade de governabilidade do Poder Executivo, quando surgem interesses colidentes, cuja superação depende a aprovação de leis no Parlamento<sup>206</sup>.

Nessa lógica, o Estado é governado para servir interesses de determinado grupo, cujo objetivo é a permanência no poder. O presidencialismo de coalizão sujeita a instabilidade dos Poderes Executivo e Legislativo. Na visão de Oscar Vilhena Vieira, professor de Direito da FGV São Paulo, houve um choque entre o presidencialismo de coalizão, que foi se degenerando ao longo do tempo, e as instituições de aplicação da lei, que foram se tornando mais autônomas e ambiciosas. Ainda, os direitos fundamentais e todo um conjunto de políticas públicas, que vinham induzindo inúmeras transformações positivas na sociedade brasileira nas últimas décadas, viram-se subitamente ameaçados por um crescente descontrole fiscal, em grande medida ligado a gastos de natureza regressiva<sup>207</sup>.

Aliado a isso, também tem-se o que se chama de Juristocracia midiática, que se divide em 4 aspectos: 1) O comportamento da mídia e dos funcionários do poder judiciário; 2) O modo como as decisões políticas e jurídicas são tomadas; 3) O papel do cidadão na juristocracia midiática; 4) Democracia e Estado de direito. No primeiro, há um *modus operandi* bastante peculiar entre a mídia e o poder judiciário. Por um lado, a mídia faz questão de transformar certos juízes e funcionários do poder judiciário em heróis ou personalidades públicas. Nesse contexto, a mídia atua de forma bastante seletiva na divulgação de informação e na criação da imagem desses personagens. Isso é feito na medida em que ela faz questão de apresentar informações politicamente irrelevantes, parciais ou distorcidas, mas que assumem força de verdade<sup>208</sup>.

---

<sup>205</sup> CAMBI, 2018, p. 245-246.

<sup>206</sup> Ibid., p. 245-146.

<sup>207</sup> VIEIRA, 2018, p. 6.

<sup>208</sup> KLEIN, 2020, p. 124-125.

No segundo, há uma confusão entre os critérios do julgamento político e do julgamento jurídico. Enquanto questões políticas passam a ser decididas segundo supostos critérios de imparcialidade, as questões jurídicas passam a ser vistas segundo a perspectiva da generalidade. Essa inversão é muitas vezes escondida sob o véu do linguajar técnico que faz com que decisões políticas de grande impacto não possam ser compreendidas no seu significado político real e em suas profundas implicações pelo cidadão ordinário. Além disso, pela forma como a mídia se envolve nessas questões, no modo pelo qual ela expõe as notícias e divulga informações, o judiciário não apenas passa a tomar decisões políticas que não lhe cabiam, como também o casuísmo e a arbitrariedade se tornam constante na sua atuação, seja em questões jurídicas, seja em questões políticas. Esse casuísmo judicial pode ser claramente observado na conveniência com que o STF vem fazendo uso do princípio da autocontenção judicial, ou seja, não se trata apenas de avaliar quando o STF age, mas também quando ele decide convenientemente não agir, ainda que os casos em tela sejam juridicamente os mesmos<sup>209</sup>.

No terceiro aspecto, as grandes decisões políticas são tomadas pelo judiciário ou são por ele protegidas no sentido de que ocorrem segundo os seus interesses ou sob a sua proteção. Essas mesmas decisões são editadas pela mídia e divulgadas como decisões morais e legítimas. Nesse caso, por um lado, é retirado do cidadão a escolha de representantes que decidirão acerca de questões políticas controversas e relevantes, o cidadão não participa do debate nem da construção de propostas. A ele cabe apenas assistir a uma encenação que não lhe informa acerca das reais questões e implicações presentes nas decisões políticas. O cidadão perde sua autonomia política na medida em que são os juízes ou promotores que tomam as decisões, os quais, por sua vez, não podem ser politicamente responsabilizados. Assim, a autonomia política é substituída pela passividade do expectador ou, no máximo, pela demonstração visual das massas na rua. O cidadão se transforma em um telespectador, um “seguidor” ou um “curtidor” dos perfis dos agentes políticos do judiciário, ou ainda, simplesmente, um manifestante de passeatas, de modo que lhe cabe apenas “apoiar” ou “demonstrar insatisfação” com aquilo que é decidido pelo judiciário em coordenação com a grande mídia. Todos esses atos se esvaem em si

---

<sup>209</sup> KLEIN, 2020, p. 125.

mesmos. Não há espaço e um meio institucional para que o cidadão possa deliberar e decidir<sup>210</sup>.

No último sentido, a juristocracia midiática não é um desenvolvimento ou um aprofundamento, mas uma dupla patologia ou uma dupla desfiguração que faz com que os procedimentos e as decisões democráticas sejam cada vez mais insuladas em gabinetes técnicos para proteger os interesses da elite hegemônica, ao mesmo tempo em que isso ocorre sob a encenação de um cuidado e de uma consideração moral superior para com o interesse do povo. Por outro lado, a juristocracia midiática mina a legitimidade do poder judiciário como um poder independente e contramajoritário, como um poder cuja função é fiscalizar e controlar o legislativo e o executivo com o objetivo central da proteção dos direitos individuais e da segurança jurídica<sup>211</sup>.

Como exemplo dessa prática, teve-se o julgamento do mensalão:

Com 53 sessões e quatro meses de duração, a Ação Penal 470 levou a um dos julgamentos mais longos da história do Supremo Tribunal Federal. Foi o mais midiático desde a invenção da TV — no Brasil, e possivelmente no mundo, superando mesmo o caso de O. J. Simpson, celebridade da TV americana acusada de assassinar a própria mulher. Três vezes por semana, sempre a partir das duas da tarde, suas sessões eram transmitidas, ao vivo e na íntegra, pela TV Justiça, do Poder Judiciário, e pela Globo News. À noite, uma seleção de declarações e comentários fortes ilustrava os telejornais. No dia seguinte, o assunto estava na primeira página dos jornais e, no fim de semana, nas capas das revistas semanais. Joaquim Barbosa, relator do caso, tornou-se personagem conhecido nas ruas. Máscaras de seu rosto foram lançadas para o carnaval de 2013. Nas semanas finais do julgamento, jornalistas de vários veículos especulavam sobre a hipótese de Joaquim Barbosa concorrer à Presidência da República — num país onde a oposição ao governo Lula sofreu três derrotas consecutivas desde 2002.<sup>212</sup>

Da perspectiva da democracia houve a utilização de uma estrutura do direito como instrumento de propaganda política para os partidos representantes da elite hegemônica. A utilização de um discurso técnico como instrumento político agrediu o âmbito da política, provocando uma contaminação que impediu que as verdadeiras questões políticas fossem apresentadas, debatidas e decididas. Da perspectiva do Estado de Direito, o processo do Mensalão provocou uma fissura na base do direito

---

<sup>210</sup> KLEIN, 2020, p. 126.

<sup>211</sup> Ibid., p. 126.

<sup>212</sup> LEITE, Paulo Moreira. **A outra história do mensalão: as contradições de um julgamento político**. São Paulo: Geração Editorial, 2013. p. 09. Disponível em: [file:///D:/USER/Downloads/A Outra Historia do Mensalao Paulo Morei.pdf](file:///D:/USER/Downloads/A%20Outra%20Historia%20do%20Mensalao%20Paulo%20Morei.pdf) Acesso em: 07 fev. 2023.

constitucional brasileiro, a qual continua a se alargar, podendo chegar a um completo colapso.

A outra fase do desenvolvimento da juristocracia midiática ocorreu com a operação Lava Jato, cujo principal personagem foi o juiz Sérgio Moro. Ao se observar os atos praticados pelos atores envolvidos na Operação Lava Jato, percebe-se que houve uma preocupação constante em manter a imprensa informada e interessada na investigação. Tal fato revela uma preferência de Sérgio Moro, bem como de integrantes da Lava Jato, por atuar em parceria com a imprensa<sup>213</sup>, o que já foi manifestado publicamente pelo ex- juiz em vários artigos publicados em referência à “Operação *Mani Pulite*”, na Itália, nos quais afirma que essa operação “constitui um momento extraordinário na história contemporânea do Judiciário” e expõe:

Os responsáveis pela operação Mani pulite ainda fizeram largo uso da imprensa. [...] a investigação da “mani pulite” vazava como uma peneira. Tão logo alguém era preso, detalhes de sua confissão eram veiculados no “L’Espresso”, no “La Republica” e outros jornais simpatizantes<sup>214</sup>.

A Lava Jato introduziu no Brasil elementos de um estado de exceção que culminou no *impeachment* da Dilma em 2016 e continuou repercutindo nas eleições de 2018. Em razão disso, os entornos que estão ocorrendo e vão ocorrer nos próximos anos no Brasil, as quais causam um mal-estar constitucional, podem ser interpretadas como consequências da juristocracia midiática, associação de membros do poder judiciário com a grande mídia para fazer valer a sua agenda política.

Claramente, não se está condecorando a impunidade ou agindo de forma partidária, até porque esta que subscreve acredita que ambos os lados nesse cabo de guerra são nefastos. Acusados devem ser sim julgados, todavia, com base nos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. O que se pretende com o estudo supra é uma busca pelo respeito às regras do jogo, bem como verificar e exemplificar as consequências da mídia e da juristocracia na democracia brasileira, que se mostram uma das possíveis causas do padecimento constitucional.

---

<sup>213</sup> JORNADA INTERNACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS, 9, 2019, São Luís. Artigo científico. São Luís: UFMA, 2019. Disponível em: [http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2019/images/trabalhos/trabalho\\_submissaold\\_1553\\_15535cca243bf09a2.pdf](http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2019/images/trabalhos/trabalho_submissaold_1553_15535cca243bf09a2.pdf). Acesso em: 7 fev. 2023. p. 12.

<sup>214</sup> PANTOJA; NATHASJE, 2019, p. 12 apud MORO, 2004, p. 59.

Contextualizando ainda mais este mal-estar constitucional que assola o Brasil, não é possível deixar de mencionar os atos antidemocráticos praticados no dia 08 de janeiro de 2023. Na ocasião, manifestantes invadiram a Praça dos Três Poderes, localizada em Brasília, Distrito Federal, e depredaram parte do Congresso, do Senado, do Palácio do Planalto e do plenário do Supremo Tribunal Federal, destruindo, inclusive, itens históricos pertencentes ao país. Os criminosos, que não aceitavam o resultado das eleições presidenciais de 2022, ingressaram no local destituir o ex presidiário e presidente eleito Luiz Inácio Lula da Silva e o presidente do Tribunal Superior Eleitoral, o Ministro Alexandre de Moraes.

Como na memória dos discursos da Ditadura Militar no Brasil, ocorrida de 1964 a 1985, os manifestantes postulam por uma intervenção militar, invocando o artigo 142 da Constituição Federal. Contudo, o mencionado artigo prevê que as Forças Armadas são instituições nacionais permanentes e regulares que se destinam à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. José Afonso da Silva<sup>215</sup> leciona sobre as atribuições das Forças Armadas:

Constituem, assim, elemento fundamental da organização coercitiva a serviço do Direito e da paz social. Esta nelas repousa pela afirmação da ordem na órbita interna e do prestígio estatal na sociedade das nações. São, portanto, os garantes materiais da subsistência do Estado e da perfeita realização dos seus fins. Em função da consciência que tenham sua missão está a tranquilidade interna pela estabilidade das instituições. É em função de seu poderio que se afirmam, nos momentos críticos da vida internacional, o prestígio do Estado e a sua própria soberania.

Isto é, o artigo 142 não permite a instauração de uma intervenção militar, mas ele refere quais são os objetivos das Forças Armadas quais sejam: defesa da pátria em caso de guerras externas; garantia dos poderes constitucionais e garantir a lei e a ordem<sup>216</sup>. E é exatamente por isso que não seria possível uma intervenção militar no Brasil, uma vez que além de ir contra o Estado Democrático de Direito, não há previsão constitucional para tanto. Muito pelo contrário, um dos deveres das Forças Armadas é justamente garantir a existência dos três poderes. Caso alguma situação semelhante a esta viesse a ocorrer, se estaria diante de um golpe de estado.

---

<sup>215</sup> SILVA, 2014, p. 183.

<sup>216</sup> “só subsidiária e eventualmente lhes incumbe a defesa da lei e da ordem, porque esta defesa é de competência primária das forças de segurança pública, que compreendem a polícia federal e as policiais civis e militar dos Estados e do Distrito Federal” SILVA, 2014, p. 784.

Entretanto, analisando apenas o fato da, criminosos ou não, existência de cidadãos pleiteando por uma intervenção militar, de pronto verifica-se que se está defronte a uma crise constitucional, institucional, política, portanto, democrática. Uma das maiores queixas da população de modo geral é a atuação dos ministros do Supremo Tribunal Federal, especialmente o já comentado Ministro Alexandre de Moraes. O Supremo Tribunal Federal esteve no centro da crise política nos últimos anos e este “período de estabilidade política, já se apontava para a construção de uma “supremocracia” no Brasil”<sup>217</sup>.

Essa severa crise política gera forte impacto no padrão de funcionamento das instituições. A disputa política e institucional tornou-se mais polarizada, e a sociedade, mais intolerante e conflitiva. Para muitos, o sistema constitucional entrou em crise. A batalha dos poderes, no entanto, tem sido travada a partir da retórica constitucional, ainda que utilizada de forma estratégica e eventualmente distorcida e cínica<sup>218</sup>.

Nesse sentido, denota-se que os arranjos institucionais geraram um ativismo do Judiciário que acabam por mitigar a concepção de democracia, acarretando na desestabilização do regime democrático de direito. Entretanto, foi possível investigar que a Juristocracia não é a única causa da atual fragilidade democrática, visto que isto, aliada ao presidencialismo de coalização, partidos políticos, eleições, mídia, forte insatisfação da sociedade, acabam por interferir nas regras do jogo democrático. E é nesse contexto de batalha dos poderes, em que há constante disputa em determinar o sentido da Constituição, e em um cenário de Supremocracia, que se dará início ao terceiro capítulo da presente dissertação.

---

<sup>217</sup> ARGUELHES, Diego W.; RIBEIRO, Leandro M. Ministocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 37, n. 01, p. 13-32. jan./abr. 2018. p. 13.

<sup>218</sup> VIEIRA, 2018, p. 6.

### **CAPÍTULO 3: MINISTOCRACIA E DINÂMICAS ENTRE OS PODERES: ANÁLISE DE CASOS E EXPECTATIVAS DE FUTURO**

Como principal corte do Poder Judiciário brasileiro, o STF tem um papel essencial na manutenção do Estado de Direito e na proteção dos direitos fundamentais no país. A partir de suas prerrogativas como guardião da Constituição, a mais alta Corte do Poder Judiciário possui uma estrutura institucional que reflete sua posição de destaque no sistema político do país. Diante dos arranjos institucionais estabelecidos, tem-se visto o Supremo Tribunal Federal como Supremocracia e o poder que cada ministro possui, tem-se chamado de Ministocracia, termos que serão debatidos neste capítulo.

Outrossim, as dinâmicas entre os poderes podem ser caracterizadas por conflitos, colaboração ou equilíbrio de poderes. Em muitos sistemas políticos, os poderes executivo e legislativo podem entrar em conflito, especialmente quando há diferenças políticas e ideológicas entre eles. Além disso, como visto, o poder judiciário pode frequentemente ser visto como uma ameaça pelo poder executivo, especialmente quando toma decisões que limitam o poder deste último.

De modo a contextualizar tal dinâmica, far-se-á um enfoque nos arranjos estabelecidos entre os poderes durante a pandemia. De modo a demonstrar como se estabeleceram as relações entre os poderes em um momento de calamidade pública que assolou o planeta. Por fim, pretende-se dissertar acerca das expectativas e perspectivas de futuro, notadamente em relação aos problemas pontuados durante todo o trabalho.

#### **3.1 Da Supremocracia à Ministocracia: quando os ministros do STF, de modo individual, são mais jogadores que árbitros**

É notória a crise política e institucional no Brasil. A ideia da divisão tripartite que delimita os poderes para estes atuarem de forma autônoma e separada tem o objetivo justamente de manter um equilíbrio e não gerar tensões tão profundas no arranjo estatal. Entretanto, aponta Vieira<sup>219</sup> que a ideia de que os poderes são harmônicos, conforme estabelece a Constituição, é um eufemismo, pois sua real disposição é de tensão.

---

<sup>219</sup> VIEIRA, 2018, p. 25.

Com efeito, há algumas situações expressas na Constituição Federal de 1988 que auxiliam na geração dessa desarmonia dos poderes, relativizando a noção de separação. Como a possibilidade de o Executivo legislar ao editar medidas provisórias; o Congresso Nacional controlar os atos Executivos, consoante artigo 49, inciso V, bem como a competência do Senado em julgar o *impeachment* do Presidente da República; a competência legislativa do Supremo Tribunal Federal pela possibilidade de edição de súmula vinculante, além da sua capacidade para realizar controle de constitucionalidade através de ADI, ADC, ADPF, ADO e Adin.

Além dos pontos já assinalados, tem-se outras questões que possibilitam a tensão institucional como “o presidencialismo de coalizão, que foi se degradando a partir de 2005, e o sistema de controle e aplicação da lei, que foi se tornando mais autônomo [...]. Nesse sentido, trata-se de uma tensão entre o estamento jurídico e a classe política”<sup>220</sup>. Dessa forma,

A convivência desse modelo de presidencialismo de coalizão, minado pela hiperfragmentação partidária e pela alta taxa de heterogeneidade partidária, com instituições de controle e aplicação da lei cada vez mais autônomas e eficientes levou a uma crescente fricção entre as esferas política e jurídica

<sup>221</sup>.

Todavia, como é sabido, o judiciário por vezes excede a frágil linha entre julgar e legislar, ou então deliberam acerca de matérias que exigem uma posição estatal e, por seus membros não serem eleitos pelo povo, as instituições passam a tensionar. A atuação do Supremo Tribunal Federal, notadamente, é bastante debatida, mesmo nos meios não jurídicos, há que defende, há quem critica, mas seu protagonismo é incontestável:

Não obstante a ascensão institucional em geral do Judiciário, é o Supremo Tribunal Federal a instituição que, desde o início da vigência da Constituição de 1988, tem mais, gradativa e destacadamente, ampliado a participação na vida pública brasileira, ganhado mais visibilidade e importância política e social e se transformado em ator central do nosso sistema de governo. [...] O atual estágio de proeminência político-institucional do Supremo Tribunal Federal é algo realmente incontestável, ao menos, do ponto de vista descritivo<sup>222</sup>.

---

<sup>220</sup> VIEIRA, 2018, p. 18.

<sup>221</sup> Ibid., p. 22.

<sup>222</sup> CAMPOS, Carlos A. A. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 211.

E a partir dessa situação, denota-se o caráter político de algumas decisões judiciais, tendo em vista que “em vários momentos importantes, a política nacional foi, em boa medida, moldada por ações judicial estritamente individuais, que não chegaram a passar (ou não passaram em tempo hábil) pelo Supremo como instituição colegiada”<sup>223</sup>. Nesse sentido, isso ocorre de diversas formas: “seja controlando a agenda do tribunal, seja com simples declarações públicas sobre decisões futuras, a ação individual de ministros dissuadiu, encorajou ou até viabilizou algumas estratégicas de atores políticos”<sup>224</sup>.

Primeiramente, cumpre salientar que o Supremo Tribunal Federal é composto por onze ministros, que são nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal, escolhidos dentre cidadãos, que devem ser brasileiros natos, com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Além disso, suas competências estão previstas no artigo 102 da Constituição Federal<sup>225</sup>.

A enorme ambição do texto constitucional de 1988, somada à constante concentração de poderes na esfera de jurisdição do Supremo Tribunal Federal, aponta para uma mudança no equilíbrio do sistema de separação de poderes no Brasil. Isso porque o Supremo, que já havia passado a acumular, a partir de 1988, as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado, no contexto de uma Constituição normativamente ambiciosa, teve o seu papel político ainda mais reforçado pelas emendas constitucionais de número 03 de 1993 e número 45 de 2004, bem como pelas leis número 9.868/99 e número 9.882/99<sup>226</sup>.

Em um primeiro momento, Oscar Vilhena Vieira, idealizador da expressão “Supremocracia”, doutrina que o termo supremocracia refere-se à autoridade do Supremo em relação às demais instâncias do judiciário. O Supremo Tribunal Federal foi criado há mais de um século (1891) e dispunha de grandes obstáculos para impor suas decisões, tomadas no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, sobre as instâncias judiciais inferiores. A ausência de uma doutrina como a do *stare decisis* do *common law*, que vinculasse os demais membros do Poder Judiciário às decisões do Supremo, gerou uma persistente fragilidade de nossa Corte Suprema. Somente em

---

<sup>223</sup> ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 14.

<sup>224</sup> Ibid., 2018, p. 14.

<sup>225</sup> SILVA, 2014, p. 565.

<sup>226</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Direito FGV**, v. 4, n. 2, p. 441-463, 2008. p. 444.

2005, com a adoção da súmula vinculante, completou-se um ciclo de concentração de poderes nas mãos do Supremo, voltado a sanar sua incapacidade de enquadrar juízes e tribunais resistentes às suas decisões<sup>227</sup>. Desde então, tem-se a possibilidade do Supremo governar o Poder Judiciário.

Em um segundo sentido, o termo supremocracia refere-se à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes. A ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador (como no Império), mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias.<sup>228</sup>

O Supremo Tribunal Federal, não sendo apenas o “guardião da Constituição”, como leciona Garapon, vem exercendo a função de “criador de regras”. Vilhena entende que algumas razões expandiram a autoridade do STF no arranjo institucional. Uma delas é a ambição do texto constitucional de 1988, uma vez que Constituição transcendeu os temas propriamente constitucionais e regulamentou pormenorizada e obsessivamente. Desse modo, se tudo é matéria constitucional, o seio de liberdade do corpo político é baixo. “Qualquer movimento mais brusco dos administradores ou dos legisladores gera um incidente de inconstitucionalidade, que, por regra, deságua no Supremo”<sup>229</sup>.

Outrossim, foram concedidas ao Supremo atribuições que, na maioria das democracias contemporâneas, estão divididas em pelo menos três tipos de instituições: tribunais constitucionais, foros judiciais especializados (ou simplesmente competências difusas pelo sistema judiciário) e tribunais de recursos de última instância<sup>230</sup>. Como tribunal constitucional, o Supremo tem a incumbência de julgar, por via de ação direta, a constitucionalidade de leis e atos normativos realizados tanto em âmbito federal, como estadual<sup>231</sup>. Esta atribuição conferiu ao Supremo a autoridade para emitir a última palavra sobre temas constitucionais em nosso sistema político, reduzindo a possibilidade de que o Tribunal venha a ser envolvido pelo

---

<sup>227</sup> VIEIRA, 2008, p. 444-445.

<sup>228</sup> Ibid., 2008, p. 445.

<sup>229</sup> Ibid., 2008, p. 447.

<sup>230</sup> LIMA, 2014, p. 229-230.

<sup>231</sup> No Brasil, destaca-se que a competência para apreciar a constitucionalidade de emendas à Constituição, quando estas ameaçarem a integridade do amplo rol de cláusulas pétreas, estabelecido por força do artigo 60, § 4º, da Constituição.

Congresso Nacional, caso este divirja de um dos seus julgados, como acontece em muitos países. Além disso, foi atribuída ao Tribunal a competência para julgar as omissões inconstitucionais do legislador e do executivo, e, por meio do mandado de injunção, de assegurar imediata e direta implementação de direitos fundamentais.<sup>232</sup>

A politização desta esfera de jurisdição do Tribunal foi expandida em relação ao período constitucional anterior, na medida em que a legitimidade para a proposição de ações diretas foi conferida a novos atores políticos e sociais, conforme disposto pelo artigo 103 da Constituição Federal. Essa abertura do Supremo a outros atores políticos tem transformado o Tribunal, dentre outras circunstâncias, em uma câmara de revisão de decisões majoritárias, a partir da reclamação daqueles que foram derrotados na arena representativa<sup>233</sup>.

À vista disso, os governadores de Estado empregam o Supremo como uma segunda arena política, tendo em vista que buscam bloquear medidas aprovadas pelos seus antecessores, bem como pelas respectivas Assembleias Legislativas Estaduais<sup>234</sup>. Assim, “o STF, como ‘guardião da Constituição’, concilia o exercício do complexo controle abstrato com a revisão judicial no controle difuso, que o converte numa ‘terceira instância judicial’”<sup>235</sup>.

Outro motivo importante na valorização da jurisdição do Tribunal, enquanto arena de embate político, foi a implantação da possibilidade de organizações da sociedade civil e outros grupos de interesse pudessem interpor *amici curiae* em casos de interesses individuais. Com isso, novas vozes passaram a ecoar no Tribunal, aumentando seu caráter pluralista, bem como sua voltagem política, enquanto local de solução de conflitos anteriormente mediados pela classe política<sup>236</sup>.

Ademais, a Constituição de 1988 outorgou também ao Supremo a penosa missão de foro especializado. Destarte, o Supremo passou a agir como juízo de primeira instância. Entretanto, o Tribunal não está equipado para analisar

---

<sup>232</sup> VIEIRA, 2008, p. 447.

<sup>233</sup> *Ibid.*, 447-448.

<sup>234</sup> “Os dados acerca do controle concentrado, em particular das ADI’s, apontam para um STF que controla preponderantemente os legislativos estaduais em questões relacionadas à Administração Pública. [...] A apreciação dos dados num período mais curto, todas atinentes aos conflitos entre União e Estados confirmam que o ente federal – ou melhor, legitimados inseridos na órbita federal como o Presidente da República, Procurador-Geral da República e outros – acionou praticamente mais o poder Judiciário para questionar a constitucionalidade das leis estaduais do que os estados questionaram leis federais”. LIMA, 2015, p. 238-241.

<sup>235</sup> LIMA, 2014, p. 229.

<sup>236</sup> VIEIRA, 2008, p. 448.

esmiuçadamente fatos e, mesmo que ampliasse sua capacidade institucional para fazê-lo, seu parco tempo seria consumido em intermináveis instruções criminais, desviando-o de suas responsabilidades mais propriamente constitucionais. A segunda missão espinhosa do Supremo concerne ter que apreciar originariamente atos secundários do parlamento ou do executivo, muitas vezes diretamente ligados à governança interna destes dois poderes.<sup>237</sup> Vilhena discorre sobre esta pedra no sapato do STF:

O Supremo serve, nessas circunstâncias, como um tribunal de pequenas causas políticas. Desconheço outro tribunal supremo do mundo que faça plantão judiciário para solucionar quizílias, que os parlamentares não são capazes de resolver por si mesmos. O mesmo acontece em relação à impugnação, por via de mandado de segurança, de atos muitas vezes banais do Presidente da República, como demissão de um servidor público. A sua competência de foro especializado tem um enorme custo gerencial, bem como pode gerar um desgaste de sua autoridade, por excesso de envolvimento em questões que poderiam e deveriam estar sendo resolvidas em outros âmbitos. Por outro lado, é inadmissível que um tribunal supremo se veja obrigado a julgar originariamente processos de extradição, homologação de sentenças estrangeira, um enorme número de habeas corpus, mandados de segurança e outras ações cíveis em face do status do réu<sup>238</sup>.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal serve como tribunal de apelação ou última instância judicial, revisando centenas de milhares de casos resolvidos pelos tribunais inferiores todos os anos, o que se explica pela coexistência de um sistema difuso de controle de constitucionalidade e um sistema concentrado de controle de constitucionalidade, na ausência de uma prática que valorize o caráter vinculante das decisões judiciais, inclusive aquelas proferidas por tribunais superiores.

Entretanto, a análise perfunctória desses recursos não retrata a verdadeira rotina do Tribunal, uma vez que a maioria dos casos se trata de decisões monocráticas. Isto demonstra que o Tribunal vem utilizando um alto grau de discricionariedade para decidir o que vai para os distintos colegiados e o que pode ser abatido monocraticamente. “Em política, o controle sobre a agenda temática, bem como sobre a agenda temporal, tem um enorme significado; e este poder se encontra nas mãos de cada um dos ministros, decidindo monocraticamente”<sup>239</sup>.

---

<sup>237</sup> VIEIRA, 2008, p. 448-449.

<sup>238</sup> Ibid., p. 449.

<sup>239</sup> Ibid., p. 450.

Isto é, o problema se agrava quando se trata de liminares monocráticas. Tecnicamente, como liminares individuais, essas e outras decisões monocráticas seriam precárias, excepcionais e dependente de confirmação do plenário em um futuro próximo. Entretanto, na prática, ou o plenário sequer chegou a se manifestar sobre essas e outras liminares monocráticas de grande relevância ou, quando o conseguiu fazer, a decisão individual já havia alterado o *status quo*<sup>240 241</sup>. Nesse contexto, Diego Werneck Arguelhes e Leandro Ribeiro descrevem o Supremo Tribunal Federal como

[...] um caso de desenho institucional particularmente individualizado e descentralizado. Diversos exemplos recentes ilustram como a ação individual dos ministros, por meio dos poderes discutidos na primeira seção, tem sido decisiva para a política constitucional brasileira. Não se trata aqui de testar quantitativamente quaisquer hipóteses prévias sobre como são usados os poderes individuais dos ministros do STF, mas sim de utilizar casos qualitativamente importantes para a política nacional para teorizar sobre a capacidade individual dos ministros de influenciar o *status quo* legislativo. Apontamos em especial para a interação entre poderes de agenda e de decisão individual no funcionamento do STF: como relatores dos processos combinam o poder de decidir liminares monocráticas e o poder de liberar ou não essas liminares para apreciação das turmas e do plenário, cria-se um espaço, politicamente relevante, de decisão individual sem controle coletivo<sup>242</sup>.

Uma questão chave para entender a atuação do tribunal constitucional na política compreende ao comportamento estratégico dentro e fora do tribunal. No primeiro, “a observação das preferências potenciais do tribunal acarreta um conjunto de considerações estratégicas tanto daqueles atores que fazem parte da maioria (que pode ser os que exercem o governo) como daqueles na maioria (ou que estão na oposição)”<sup>243</sup>. A direção em que a decisão judicial seguirá “dependerá das preferências do tribunal frente ao seu grau de independência dado pelo desenho institucional, o que, por sua vez, dependerá da configuração institucional do processo decisório interno do tribunal vigente”<sup>244</sup>.

<sup>240</sup> ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 14.

<sup>241</sup> “Entre 2010 e 2017, foram 20.830 decisões monocráticas referentes a liminares, excluídas as do presidente, em uma média de 2.603 por ano – cerca de 260 por ministro/ano. Considere, em contraste, que, no mesmo período, o plenário e as duas turmas do tribunal tomaram apenas 177 decisões liminares. Isso é verdade, inclusive para o controle concentrado de constitucionalidade – 883 decisões monocráticas liminares, incluindo presidência e vice-presidência entre 2012 e 2016, com uma média de oitenta por ministro/ano. Mais ainda, na última década, mais de 90% de todas as liminares em controle concentrado foram monocromática”. ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 23-24.

<sup>242</sup> Ibid., p. 15-16.

<sup>243</sup> Ibid., p. 16.

<sup>244</sup> Ibid., p. 17.

Assim, “o poder de definir a agenda envolve escolher quando julgar um tema ou caso, habilitando ou impedindo decisões judiciais em momentos específicos”<sup>245</sup>, sendo que a liberdade do tribunal definir sua agenda é determinada se o tribunal está ou não obrigado a decidir dentro de um determinado prazo, de modo que caso não haja um prazo, um tribunal pode permanecer anos em silêncio. Ainda,

Os mecanismos de definição de agenda podem afetar o comportamento de atores políticos. Podem sinalizar a (falta de) disposição do tribunal em decidir sobre um determinado assunto, mantendo o *status quo* inalterado apesar dos protestos de uma minoria política. É nessa perspectiva – do seu impacto tanto sobre a substância da decisão futura quanto nos cálculos de atores fora do tribunal – que equiparamos o poder de definir a agenda ao poder de decidir<sup>246</sup>.

No que tange especificamente ao Supremo Tribunal Federal, cada ministro possui, na prática, um poder de veto sobre a agenda, que pode ser acionado a qualquer momento após o voto do relator: os pedidos de vista. Esses pedidos de vista ocorrem para que o ministro estude os autos do processo em detalhes. O regimento interno prevê que eles estão sujeitos a um prazo de cerca de duas semanas. Contudo, em muitos casos ficam mais de um ano com os ministros e alguns chegam a ficar mais de uma década.<sup>247</sup> Entretanto, esses longos atrasos não produzem consequência negativa visível para os ministros:

Na prática, portanto, para que possa haver uma decisão, é preciso que: 1. o relator libere o caso; 2. o presidente inclua o caso em pauta; e 3. nenhum dos outros ministros decida pedir vista para impedir a conclusão do julgamento. Cada um desses diferentes mecanismos de poder de agenda é, na prática ainda que não na teoria, discricionário. Qualquer um desses atores pode resolver, por qualquer motivo, impedir que o tribunal tome uma decisão. [...] A ausência de prazos vinculantes para o uso desses poderes de agenda os transforma em eficazes mecanismos individuais de interferência no status quo, encorajando e viabilizando comportamentos políticos que dependem da manutenção ou alteração desse estado de coisas. [...] O silêncio judicial por controle negativo de agenda poupa os ministros de tomar uma decisão que seria polêmica qualquer que fosse seu conteúdo. E, no STF, o poder de impor esse silêncio está totalmente disseminado, de variadas maneiras, pelos onze ministros<sup>248</sup>.

---

<sup>245</sup> ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 18.

<sup>246</sup> Ibid., p. 18.

<sup>247</sup> Ibid., p. 20.

<sup>248</sup> Ibid., p. 21.

Dessa forma, enquanto o termo Supremocracia<sup>249</sup> refere-se à concentração de poderes nas mãos do STF como instituição, a expressão Ministocracia<sup>250</sup> alude à possibilidade de um ministro do STF, a partir de uma decisão monocrática ou definição de agenda, de influenciar o processo político decisório.

Exemplo disso pode ser mencionada a liminar monocrática do Ministro Fux, que suspendeu e encaminhou à Câmara de Deputados, em 14 de dezembro de 2016, o pacote legislativo das “10 medidas anticorrupção”, que há pouco havia chegado ao Senado. Fux determinou, recorrendo a argumentos inéditos e sem precedentes na jurisprudência do STF sobre processo legislativo, aos presidentes das casas do Congresso que ignorassem a tramitação e as votações que haviam ocorrido até então, para que o processo legislativo pudesse ocorrer, desde o início, de maneira a respeitar a essência da proposta de iniciativa popular. Contudo, apenas em 16 de fevereiro de 2016, decorridos dois meses de recesso forense e de vigência da liminar, o presidente do Senado devolveu o projeto de lei à Câmara. Pouco tempo depois, o Ministro extinguiu o processo “por considerar que o retorno do projeto à Câmara era suficiente para remediar o que havia considerado violações ao processo legislativo previsto na Constituição”<sup>251</sup>.

O mesmo raciocínio poderia ser feito quando a ex-presidente Dilma Rousseff nomeou o então ex-presidente Lula como Ministro. Salienta-se que época dos fatos, Lula estava sendo processado na 13ª Vara da Justiça Federal de Curitiba/PR e a até então presidente Dilma nomeou Lula para Ministro de Estado, o que permitiria que ele tivesse foro por prerrogativa de função, e seu julgamento passaria a ser realizado pelo STF. No mesmo dia na nomeação, Sérgio Moro, na época juiz da 13ª Vara Criminal de Curitiba, derrubou o sigilo e divulgou o conteúdo de conversas telefônicas entre Lula e Dilma. No áudio, a estratégia da nomeação foi comentada. Assim, o Supremo Tribunal Federal apresentou como argumento principal para sua suspensão, o desvio de finalidade no ato administrativo, ocasionando, dessa forma, a nulidade do ato. Diante disso, no entendimento do Ministro Gilmar, houve uma espécie de salvo conduto emitido pela Presidente da República, para impedir o cumprimento de ordem de prisão de um juízo de primeira instância<sup>252</sup>.

---

<sup>249</sup> VIEIRA, 2008.

<sup>250</sup> ARGUELHES; RIBEIRO, 2018.

<sup>251</sup> Ibid., p. 25.

<sup>252</sup> SILVA, Luiza Cristina; SOUZA, Leonardo da Rocha de. Supremocracia: os limites de atuação do Supremo Tribunal Federal. **Revista Storia e Politica**, Palermo, n. 1, p. 116-152, 2022. p. 142.

Ou seja, no primeiro caso, através de uma liminar monocrática, apenas um ministro anulou toda a tramitação de um projeto de lei na Câmara, fazendo com que o processo começasse do zero novamente. No segundo, observa-se que por uma liminar monocrática, assertiva ou não, um ministro anulou a nomeação de um ministro de Estado, exatamente em um momento crítico para o destino do governo. Com efeito, “entre poder de agenda e poder de decisão individual tem sido decisivo para entender a atuação do STF na política brasileira”<sup>253</sup> e isso permite que os ministros realizem uma espécie de *judicial review* individual, bloqueando iniciativas políticas, ainda que amplamente majoritárias, sem a supervisão do plenário ou mesmo outros limites previstos na legislação impeçam essa atuação individual<sup>254</sup>.

A experiência brasileira recente sugere que o uso de poderes depende muito mais da virtude individual do que de mecanismos institucionais de controle. Desse modo, enquanto o plenário não se pronuncia sobre essas ações individuais a grosso modo “virtuosas”, ministros, de maneira individual, mudam e moldam a política nacional. Nesse cenário, tem-se que há um conflito direto com algumas divisões que comumente utiliza-se para referir-se ao papel do STF na democracia brasileira. Os Tribunais Constitucionais são tradicionalmente fundamentados através de dois argumentos: proteção de minorias contra opressões da maioria (atuação contramajoritária) e a promoção da estabilidade das regras do jogo<sup>255</sup>.

A primeira fundamentação é substantiva. Há uma concepção reinante nas teorias jurídicas tradicionais de que tribunais constitucionais são órgãos que repousam sua função no sistema de freios e contrapesos justamente no potencial contramajoritário, exercendo um poder de veto frente a impulsos da maioria estabelecida. Nessa concepção, a primazia dos direitos fundamentais ganharia espaço como elemento diferencial e garantidor dos interesses desses grupos, os quais buscariam na Constituição sua base argumentativa para a reivindicação de direitos, não obstante, em muitos casos, se localizarem na contramão do que se estabelece oficialmente pelas agendas parlamentar e executiva<sup>256</sup>.

---

<sup>253</sup> ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 25.

<sup>254</sup> Ibid., 25-26.

<sup>255</sup> Ibid., p. 27.

<sup>256</sup> SILVEIRA, Daniel Barile da. **O poder contramajoritário do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Grupo GEN, 2013. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522485451/>. Acesso em: 09 fev. 2023.

A segunda fundamentação é procedimental. O tribunal constitucional aumenta os custos de alteração *ad hoc* das regras do processo decisório<sup>257</sup>. Embora pautados pela Constituição e pelos ritos processuais de praxe, nessa percepção, inegavelmente os Tribunais acabam por exercer uma atividade política e toda atividade política envolve riscos e custos decisórios. Nesse ponto, não é simples a tarefa de um tribunal se posicionar como agente de bloqueio a políticas majoritárias, isto porque o peso do principal *policy maker*<sup>258</sup> é usado massivamente para a implementação de suas propostas, mormente quando encontra uma base ampla de apoio. De tal modo, mesmo amparado pela Constituição e pela independência funcional, dentre outras garantias do cargo inerentes à magistratura, tribunais tendem a se comportar estrategicamente para agir de forma a confrontar esse poder, quando provocados a intervir nessa relação<sup>259</sup>.

Arguelhes e Ribeiro, citando Robert Dahl, acreditam que a atuação contramajoritária do tribunal seria excepcional na prática. Isso porque sendo os ministros indicados pelo presidente e sabatinados no Senado, seus posicionamentos sobre diversas questões de justiça não seriam muito diferentes dos posicionamentos da elite política. Seria uma atuação de fato contramajoritária se a maioria governante tivesse insuficientes oportunidades de indicar ministros para o tribunal.<sup>260</sup> Por tal razão que muitos estudiosos recuam em afirmar que os tribunais são sempre contramajoritários<sup>261</sup>. Assim, um tribunal, como instituição, não é necessariamente contramajoritário ou majoritário, já que sua atuação a favor ou contra o que a maioria governante pretende dependerá do grau de congruência entre suas preferências e as preferências dos demais atores<sup>262</sup>.

A partir disso, denota-se que as preferências da composição do tribunal constitucional, geradas no curso de indicação de seus membros no decorrer do tempo, representam mecanismo chave para observar o comportamento na política.

As liminares decididas de maneira monocrática, portanto, são decisões que podem não transmitir necessariamente um consenso do tribunal, visto que são realizadas de maneira individual, que pode levar a decisões pouco fundamentadas e

---

<sup>257</sup> ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 27.

<sup>258</sup> Alguém que seja responsável por fazer novas regras, novas políticas (tradução da Autora).

<sup>259</sup> SILVEIRA, 2013, p. 197.

<sup>260</sup> ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 28.

<sup>261</sup> SILVEIRA, 2013, p. 197.

<sup>262</sup> ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 28.

controversas. Além disso, essas decisões acabam por outorgar demasiadamente o poder a apenas um ministro, o que pode levar a decisões unilaterais e imprevisíveis. Ademais, tais liminares podem ser emitidas de maneira pouco transparente, sem a participação adequada de todas as partes interessadas. E, pode ter efeitos negativos à democracia, já que deixa de gerar uma participação plena e equilibrada do tribunal e dos demais poderes do Estado.

Diante do cenário apresentado, em que as dinâmicas políticas influenciam de forma categórica as decisões judiciais, em especial do STF, o estudo agora pretende reportar sobre os arranjos entre os poderes brasileiros, notadamente o Executivo, na figura do presidente da República, e o Judiciário, representado pelo Supremo Tribunal Federal, durante o estado de calamidade pública que assolou o planeta terra ocasionado pelo Corona vírus.

### **3.2 As dinâmicas entre os poderes no Brasil durante a pandemia: confrontação ou conformação com matrizes teóricas da separação dos poderes?**

Em meados do primeiro semestre de 2020, o Brasil foi atingido pela pandemia de Covid-2019, tornando-se, em menos de 120 dias desde a confirmação do primeiro caso, um dos líderes mundiais em números de pessoas infectadas e de mortes. Sem vacinas desenvolvidas ou medicamentos comprovadamente eficazes, as estratégias para evitar contágios envolveram medidas de isolamento social, com consequentes restrições e, até mesmo, fechamento do comércio e espaços públicos, bem como a obrigatoriedade no uso de máscaras e adoção de medidas mais rígidas de higiene.

É cediço que o período vivenciado foi turbulento. O fácil contágio e o exponencial crescimento do número de casos em curto período superlotou hospitais, gerando o colapso do sistema de saúde em determinadas regiões, o que impossibilitou atendimento de pessoas doentes, deixando os profissionais de saúde em uma verdadeira situação de “Escolha de Sofia”, isto é, tendo que optar sobre quem seria ou não atendido.

Este inimigo invisível à sociedade ameaçou diversos direitos considerados como fundamentais, tais como o direito à vida e à saúde, cabendo aos Estados a adoção de medidas difíceis, porém necessárias, visando a superação da crise sanitária. Tais medidas impactaram diretamente direitos como a liberdade de locomoção, o direito de propriedade, o direito de reunião, entre outros.

Em que pese “emergências requerem delegação passiva de poderes para o Executivo, o qual constitui o único ramo do governo com informação, poder de decisão e velocidade para responder a crises”<sup>263</sup>, o governo do presidente Jair Bolsonaro, no Brasil, que começou em 1 de janeiro de 2019, foi marcado por uma série de polêmicas e controvérsias, incluindo questões relacionadas à pandemia de COVID-19, tendo em vista sua negação inicial sobre a gravidade da situação e sua oposição a medidas de bloqueio e distanciamento social. Além disso, foi bastante criticado em relação às demandas de meio ambiente, de políticas econômicas, de relações internacionais e de direitos humanos. Bolsonaro tem sido criticado por sua abordagem controversa em questões sociais e ambientais, bem como por sua postura cética em relação à ciência e à democracia. No entanto, também tem apoiadores que elogiam suas políticas econômicas e sua postura firme em relação à segurança pública.

Com efeito, considerou-se pertinente realizar o recorte em relação às dinâmicas dos Poderes durante a pandemia, pois retrata uma das batalhas dos poderes mais ardente, principalmente envolvendo o STF e o, à época, Chefe do Poder Executivo Federal, Presidente Bolsonaro. A relação entre a cúpula do Poder Judiciário e o ex-Presidente da República se mostrou conflitiva quase que na integralidade do governo, seja pela edição de diversos decretos, seja pela suspensão dos mesmos pelo Supremo.

Imperioso mencionar que consoante estudo de Oscar Vilhena Vieira et al, durante o primeiro ano de governo, o STF interferiu pouco nos atos de Bolsonaro. Já a partir de dezembro de 2019, começou uma mudança nessa conduta. O STF passou a reagir de forma mais vigorosa ao presidente e seus apoiadores mais radicais. Essa alteração de postura coincidiu com a escalada de ameaças e acusações do presidente contra os demais poderes, a instauração de inquéritos para investigar denúncias do então ministro da Justiça contra Bolsonaro e a atitude negacionista e negligente de Bolsonaro durante o começo da pandemia de Covid-19<sup>264</sup>.

Há uma diferença notável no ritmo de decisões entre 2019 e 2020. Enquanto em 2019 apenas 33,9% (18 de 53) das ações ajuizadas contra o governo tiveram uma

---

<sup>263</sup> OLIVEIRA, Vanessa Elias de; MADEIRA, Lígia Mori. “Judicialização da política no enfrentamento à Covid-19: um novo padrão decisório do stf?”. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 35, p. 1-44, 2021. p. 28.

<sup>264</sup> VIEIRA, O. V. et al. Supremocracia e infralegalismo autoritário: o comportamento do Supremo Tribunal Federal durante o governo Bolsonaro. **Revista Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, v. 41, n. 3, p. 591-605, set./dez. 2022. p. 593.

primeira decisão proferida no mesmo ano, em 2020 esse número subiu para 68,5% (107 das 156). Além disso, o tempo médio entre a autuação do processo e a primeira decisão diminuiu a partir de 2020: de 70,72 dias em 2019 passou para 23,5 em 2020.<sup>265</sup> Esse aumento de decisões ocorreu a partir do segundo ano de governo Bolsonaro, com o acirramento da postura combativa de Bolsonaro e a chegada da pandemia de covid-19. Entre os meses de março e novembro de 2020, por exemplo, em que a pandemia estava mais acentuada, foram 101 ADIs, 25 ADPFs e duas ADOs<sup>266 267 268</sup>.

Das dez medidas provisórias objeto de discussão de constitucionalidade por meio de 36 ADIs, Bolsonaro teve perdas impostas em relação a pelo menos seis delas (MPs n. 926, 927, 928, 954, 966 e 979). Em relação a três medidas provisórias, houve ganho do presidente da República (MPs n. 946, 932 e 936). As perdas do presidente da República não implicam, todavia, em ganho dos Estados e Municípios, que efetivamente tiveram vitórias apenas com a liminar deferida em relação à MP n. 926, que respaldou as medidas de combate à pandemia tomadas por governadores e prefeitos<sup>269</sup>.

---

<sup>265</sup> VIEIRA, 2022, p. 593.

<sup>266</sup> OLIVEIRA; MADEIRA, 2021. p. 11.

<sup>267</sup> O Ex-presidente Jair Bolsonaro “[...] foi demandado em mais de 60% das ADIs, seguido pelos governadores, em cerca de 35% das ações. Das 101 ADIs ajuizadas, 66 são originárias do Distrito Federal, dado que o presidente da República é o principal requerido, seja sozinho (37 ADIs), seja junto ao Congresso Nacional (22 ADIs); ao CNJ (duas ADIs); e ao Congresso Nacional e ao TSE (uma ADI). O Congresso Nacional, por meio das Mesas da Câmara de Deputados e do Senado, é requerido também em uma ADI. O Banco Central do Brasil (Bacen) e o Conselho Monetário Nacional (CMN) são igualmente requisitados em uma ADI, e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em outra. São 27 ADIs requerendo governadores e assembleias legislativas estaduais e mais oito, cujas partes são as Assembleias Legislativas, originárias do Rio de Janeiro (6 ADIs); Mato Grosso (5); Paraíba (5); Maranhão (4); Santa Catarina (3); Rondônia (2); Roraima (2); e uma Ação Direta nos Estados do Paraná, do Ceará, do Piauí, do Rio Grande do Norte, de Pernambuco, do Pará, do Espírito Santo, do Amazonas e da Bahia. Quanto aos requerentes, pelo art. 103, incisos I a IX, da CF/1988, o gráfico a seguir demonstra o protagonismo dos partidos políticos em 41 ADIs, seguidos por federações e confederações sindicais (27) e por entidades de classe de âmbito nacional (21). O procurador-geral da República ingressou com 6 ADIs, os governadores de estado com 4, o presidente da República com uma e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil com outra. [...] Entre os partidos, o PDT ajuizou sete ações; a Rede Sustentabilidade, seis; o PSB seis isoladamente e uma com outros partidos; PCdoB, três; PSOL, duas; PT, três de modo isolado e, em conjunto com o PCdoB e o PSOL, mais duas; PCdoB, três; PSOL e Cidadania, duas ações cada um; e os partidos PTB, PP, PSDB, PV, Pros, Podemos, Solidariedade e Avante, uma ADI cada. [...] Em relação ao tipo de norma, das 101 ADIs ajuizadas sob o tema coronavírus, 65 (64%) atacam normas federais e 36 (35%), normas estaduais. Das 65 contra as normas federais, 36 investem contra 10 MPs propostas pelo presidente da República.” Ibid., p. 13-14.

<sup>268</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CASE LAW COMPULATION Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/3966/1184768.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em: 11 fev. 2023.

<sup>269</sup> OLIVEIRA, MADEIRA, 2021, p. 22-23.

Frisa-se que é típico de uma democracia, em que rege o pluralismo político, que partidos de oposição contestem, por meio da Corte Constitucional, os atos normativos editados pelo Governo Federal. É justo, saudável e legítimo o embate político, mesmo diante de um momento tão excepcional e anormal, em que deveria haver uma conjugação de esforços em prol do bem público atacado (vida dos brasileiros), inclusive de todos os seguimentos políticos, a fim de se minimizar a perda da vida de milhares de pessoas e os prejuízos socioeconômicos criados pela pandemia.

Tribunais assumem maior protagonismo na resposta jurídica a essas demandas não apenas pela repercussão geral, mas pelos efeitos vinculantes e pela força persuasiva de precedentes. O efeito de suas decisões nas contas públicas e privadas e na promoção de direitos universalizáveis é consideravelmente mais amplo. Em razão disso, a análise dessa resposta precisa ser mais cautelosa. Com isso, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) confere a atribuição ao Ministro Presidente para conhecer e decidir sobre questões urgentes (art. 13, VIII), permitindo que aprecie pedidos de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade<sup>270 271</sup>.

Entre outras ações dirigidas à gestão da crise<sup>272</sup>, o Poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional projeto de lei que objetivou dispor sobre medidas para o enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da citada pandemia. O Poder Legislativo, por sua vez, em tempo abreviado, aprovou o projeto. Após publicação em 07 de fevereiro de 2020, a Lei 13.979/2020 foi alterada tanto por iniciativa do Poder Executivo, por meio de Medidas Provisórias, quanto por iniciativa do Poder Legislativo.

---

<sup>270</sup> WADA, Ricardo Morishita et al. As decisões monocráticas do Supremo Tribunal Federal em tempos de pandemia: a necessária deliberação suficiente. **Revista de Direito Público**, Brasília, v. 17, n. 94, p. 75-99, jul./ago. 2020. p. 81-82.

<sup>271</sup> “É necessário reconhecermos a existência de um direito fundamental dos cidadãos ao cumprimento dos arts. 10 da Lei nº 9.868/1999 e 97 da Constituição Federal. Concluindo-se, portanto, que a concessão monocrática da medida cautelar não pode ser utilizada para substituir a decisão no modo full bench, por isso, deve ser utilizada apenas nos casos de recesso ou férias, e deve ser imediatamente levada a plenário para referendo.” STRECK, Lenio L. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Grupo GEN, 2019. *E-book*. ISBN 9788530987497. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987497/>. Acesso em: 13 fev. 2023. p. 323.

<sup>272</sup> A Lei nº 13.979/2020 não foi a única que tratou da crise. Outras políticas foram adotadas como: programa emergencial de manutenção do emprego e renda – MP 936/2020 – ADI 6363; compartilhamento de dados, MP 954/2020, ADI 6387; Responsabilidade de agentes – MP 966/2020, ADI 6421; Afastamento de exigências de cumprimento de regras de responsabilidade fiscal, ADI 6357; instrução de medidas provisórias, ADPF 663, dentre outras.

Entre o mês de março até o mês de abril de 2020, o Poder Executivo editou quatro medidas provisórias que trouxeram inovações ao que previsto originariamente na Lei n. 13.979/2020. A MP 927/20208 e a MP 928/20209 trouxeram disciplina excepcionais sobre legislação trabalhista e não foram convertidas em lei. A MP 951/202010 estabelecia normas sobre compras públicas e licitação e também não foi convertida em lei. Por fim, a MP 926/2020 alterou a Lei nº 13.979/2020 e dispôs sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos. Esta foi convertida na Lei nº 14.035/2020<sup>273</sup> que trouxe inovações ao texto da Medida Provisória e recebeu vetos do Presidente da República<sup>274</sup>.

O Poder Legislativo, por seu turno, entre julho de 2020 até o setembro do mesmo ano, editou seis atos normativos que trouxeram alterações para a Política Pública de combate a pandemia e acrescentaram normas sobre uso de máscaras, prorrogação de receituário, autorização para importação de matérias e medicamentos, acrescentaram normas sobre combate de violências doméstica, medidas de proteção aos profissionais de saúde e normas sobre regime de contratações por ata e registro de preço<sup>275</sup>.

Contudo, tanto esta lei, quanto outras legislações foram objeto de questionamento judicial perante o Supremo Tribunal Federal. As condutas do Presidente da República para a gestão da crise foram questionadas por meio de Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental:

Bolsonaro resolveu lançar todas as fichas na negação da gravidade do coronavírus e, como resultado da estratégia de radicalização de sua posição, entrou em rota de colisão com os governadores, com o Supremo Tribunal Federal (STF), com o ministro da Saúde e com uma parte significativa do seu ministério<sup>276</sup>.

Diante da tentativa do governo de impedir que estados e municípios adotassem medidas de distanciamento social, por exemplo, o STF decidiu que as medidas

---

<sup>273</sup> Disciplinou as possíveis medidas a serem adotadas, bem como concedia à União o poder de determinar quais seriam as medidas. Pontua-se que não foram formalizadas e adotadas políticas de coordenação e contingenciamento da crise, o que levou ao atraso considerável do programa nacional de vacinação e imunização da população brasileira.

<sup>274</sup> BARBOSA, Jucelaine Angelim. **Aspectos da política pública de combate à crise covid-19 sob a ótica constitucional da organização dos poderes**. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2021. p. 26.

<sup>275</sup> BARBOSA, 2021, p. 27.

<sup>276</sup> AVRITZER, Leonardo. Política e antipolítica nos dois anos de governo Bolsonaro. 2021. Disponível em: [https://issuu.com/grupoautentica/docs/governo\\_bolsonaro](https://issuu.com/grupoautentica/docs/governo_bolsonaro). Acesso em: 13 fev. 2023.

federais de combate à Covid-19 não poderiam afastar a competência concorrente de estados e municípios para legislar sobre o tema. Também estabeleceu que o exercício do poder discricionário da administração pública não poderia ser exercido em desacordo com os critérios racionais e científicos (ADI 6.341 e ADPF 672).

Em que pese o Governo Federal tenha tentado que estados e municípios encerrassem as suas ordens de *lockdown*, governadores de 25 dos 27 estados mantiveram as restrições, a desgosto da posição do presidente. O Chefe do Poder Executivo Federal questionou a autoridade estadual e municipal para impor tais medidas. Nesse sentido, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672<sup>277</sup> para evitar agravamento potencial da situação degradante da sociedade, decorrente da pandemia proporcionada pela Covid-19, requerendo, dentre outros, que houvesse proibição de decretação do fim do isolamento social e implementação de medidas de isolamento.

A ação foi protocolada em 1º de abril de 2020 e na mesma data o relator Ministro Alexandre de Moraes determinou que o Presidente da República prestasse informações no prazo de 48 horas por considerar que as questões suscitadas pelo requerente eram relevantes. Com o decurso do prazo, em 8 de abril de 2020, o Ministro Alexandre de Moraes concedeu parcialmente os pedidos de natureza cautelar e, a partir de então, ficou definido, por ordem judicial, que a Política Pública geral sobre a gestão da pandemia deve respeitar as Políticas Públicas regionais e locais no que forem compatíveis com as atribuições constitucionais de cada ente federativo<sup>278</sup>.

Assim, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a competência conjunta da União, Estados e Municípios em termos de saúde pública, confirmando que poderiam impor ordens restritivas regionais e locais sem o consentimento do governo federal. A decisão do STF foi, portanto, um elemento central para o combate à pandemia nas esferas subnacionais. Para apreciar a matéria o Supremo Tribunal Federal estipulou dois pilares:

A decisão se fundamentou no respeito à harmonia e independência entre os poderes - separação dos poderes – e no respeito ao federalismo. Com fundamento na separação dos poderes, a Corte considerou inadequado acolher pedidos que significariam uma substituição de atividade típica do

---

<sup>277</sup> Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>  
Acesso em: 13 fev. 2023

<sup>278</sup> BARBOSA, 2021, p. 31.

Poder Executivo pelo Poder Judiciário. Nesse sentido considerou inviável a apreciação dos pedidos relacionados à determinação de obrigações de medidas econômicas para incentivar emprego e renda. Com fundamento no federalismo, acolheu os pedidos que se relacionavam ao exercício de competência comum e competência legislativa concorrente dos Estados e competência para tratar de assuntos locais dos municípios em questões sobre saúde.<sup>279</sup>

Baseado nos princípios constitucionais de separação de poderes e federalismo, o STF estabeleceu que a União não pode vetar Estados e ou Municípios, assim como os Estados não podem vetar os Municípios no âmbito de sua competência, comum ou legislativa, no caso de saúde, especialmente quando a decisão é baseada em orientações técnicas e científicas.

Menciona-se que o Ministro Alexandre de Moraes destacou que “não têm a potencialidade de substituir o juízo de conveniência e oportunidade do Presidente da República no exercício de suas competências constitucionais”<sup>280</sup>. Para o Ministro, “a Corte exerce o juízo de verificação da exatidão do exercício dessa discricionariedade executiva perante a constitucionalidade das medidas tomadas, verificando a realidade dos fatos e também a coerência lógica da decisão com as situações concretas”<sup>281</sup>. Ainda, afirmou que “em momentos de crise, o fortalecimento da união e a ampliação de cooperação entre os três poderes, no âmbito de todos os entes federativos, são instrumentos essenciais e imprescindíveis a serem utilizados pelas diversas lideranças em defesa do interesse público”<sup>282</sup>.

Além disso, o Supremo também proferiu outras decisões para conter o ímpeto negacionista do presidente. Declarou que o governo deveria parar de produzir e circular campanhas publicitárias contrárias a medidas restritivas de combate à pandemia em decisões nas ADPF 668 e 669; determinou que o governo deveria manter a divulgação de dados oficiais de infecção e óbitos relacionados à Covid-19; impôs critérios de transparência e publicidade ao Ministério da Saúde (ADPF 690, 691 e 692); e barrou restrições indevidas à Lei de Acesso à Informação (ADI 6.351, 6.347 e 6.353).

Sobre a ADPF 668 e 669<sup>283</sup>, tratam-se de ações propostas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos – CNTM e pela Rede Sustentabilidade,

<sup>279</sup> BARBOSA, 2021, p. 32.

<sup>280</sup> Ibid., p. 33.

<sup>281</sup> Ibid., p. 34.

<sup>282</sup> Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441075&ori=1>  
Acesso em: 13 fev. 2023

<sup>283</sup> Cujá decisão encontra-se disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/liminar-barroso-proibe-campanha-brasil.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2023.

contra ato atribuído ao Governo Federal consistente na contratação e na divulgação de campanha publicitária denominada “O Brasil não pode parar”. O Polo ativo alegou violação a bens e valores constitucionais, entre os quais o direito fundamental à vida, à saúde e à informação, bem como aos princípios da Administração Pública, de moralidade, probidade, transparência e eficiência, uma vez que tal ato administrativo atua de forma contrária às medidas necessárias e globais de proteção contra a COVID-19.

Na decisão, o Ministro Barroso indicou dados técnico-científicos da importância em manter as medidas de distanciamento social e apontou a ausência de proporcionalidade e razoabilidade do ato administrativo *in casu*. Ainda, menciona a necessidade de observância, por parte da Administração Pública, dos princípios da precaução e da prevenção. Ainda, decidiu que a campanha diverge do previsto na Constituição Federal no seu artigo 37, §1º, de que a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, sendo desvinculado dos interesses da sociedade brasileira.

Outrossim, fundamentou que não há uma dicotomia entre proteção à saúde da população e proteção à economia e aos empregos da mesma população, mesmo que ambos são essenciais e pode haver um choque entre direitos. Isso porque a pandemia é global, com adoção, por quase que a integralidade dos países, de medidas restritivas de isolamento e distanciamento social. Na decisão, a corte aponta que cabe ao Supremo Tribunal Federal o dever constitucional de tutelar os direitos fundamentais à vida, à saúde e à informação de todos os brasileiros, deferindo a cautelar para vedar a produção e circulação, por qualquer meio, de qualquer campanha que pregue que “O Brasil Não Pode Parar”.

Ao analisar a decisão, indaga-se se o Supremo Tribunal Federal teve uma postura ativista, uma vez que determinou a aplicação direta e imediata da Constituição, bem como invalidou ato administrativo e impôs uma conduta de abstenção em relação à Administração Pública, já que adentrou em um território que, em tese, possui competência legal taxada. Veja-se que a Constituição Federal de 1988 determina, no artigo 84, incisos II e IV, as atribuições do Chefe do Poder Executivo, dentre as quais está a de exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado,

a direção superior da Administração Pública Federal e sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua execução.

À vista disso, qualquer ingerência do Poder Judiciário sobre o ato administrativo representaria uma violação do princípio da separação dos poderes, por significar adentrar no âmbito da esfera de discricionariedade administrativa trazida pela norma constitucional ao atribuir competência ao chefe do Executivo. Dessa maneira, por decorrência haveria um limite ao controle judicial em razão do princípio da legalidade no que tange à competência da chefia do Poder Executivo de, dentro da sua discricionariedade, dar fiel cumprimento à lei e exercer a direção superior da Administração Pública – de forma legítima, de acordo com o princípio majoritário.<sup>284</sup> Porém, a proteção da legalidade não deve limitar-se apenas à simples análise do tipo legal, tendo em vista que a decisão deve adequar-se a um modelo de um Estado Constitucional e Democrático de Direito. O princípio da legalidade representa a superação de uma concepção liberal de:

[...] vinculação estrita a uma lei emanada segundo as prescrições legais, para uma visão da juridicidade revisitada por valores materiais, com reconhecimento de sua compatibilidade em primeiro grau à Constituição e após a conformação dada pelo legislador ordinário através da lei ou demais espécies normativas. Abrange, ainda, como projeção do princípio democrático, a legitimidade, exigindo da atuação administrativa a conformidade com a vontade emanada da sociedade pluralisticamente definida, extraída pela participação nos processos decisórios administrativos e pela eficiência mínima na realização dos interesses públicos obtidos no âmbito da deliberação com a sociedade. Conflui na juridicidade, também, a ilicitude – como construção objetiva e precisa da moralidade administrativa, não como moral das intenções, de índole comum e despida de força cogente, mas como a moral dos resultados, exteriorizada no comportamento exigido do agente na consecução das finalidades colimadas pela sociedade<sup>285</sup>.

---

<sup>284</sup> MOURA, E. A. C. “O Brasil não pode parar”: análise dos limites do ativismo judicial no controle dos atos da administração pública em razão do princípio da legalidade à luz do julgamento da medida cautelar nas ADPFs 668 e 669 pelo Supremo Tribunal Federal. **Anuário de Direito Constitucional Latinoamericano**, Bogotá, p. 425-445, 2020. Disponível em:

[https://www.researchgate.net/profile/Karina-Denari/publication/349290334\\_Adjudicacion\\_socioambiental\\_en\\_casos\\_estructurales\\_de\\_Argentina\\_y\\_Brasil\\_aprendizaje\\_mutuo\\_y\\_estrategias\\_comparadas/links/60282566a6fdcc37a824e6a4/Adjudicacion-socioambiental-en-casos-estructurales-de-Argentina-y-Brasil-aprendizaje-mutuo-y-estrategias-comparadas.pdf#page=418](https://www.researchgate.net/profile/Karina-Denari/publication/349290334_Adjudicacion_socioambiental_en_casos_estructurales_de_Argentina_y_Brasil_aprendizaje_mutuo_y_estrategias_comparadas/links/60282566a6fdcc37a824e6a4/Adjudicacion-socioambiental-en-casos-estructurales-de-Argentina-y-Brasil-aprendizaje-mutuo-y-estrategias-comparadas.pdf#page=418) Acesso em: 14 fev. 2023. p. 441.

<sup>285</sup> Ibid., p, 441.

Em pronunciamento no ano de 2020, o Ministro Luiz Fux<sup>286</sup> ponderou sobre os limites da jurisdição constitucional. A função da jurisdição constitucional presta-se a analisar a compatibilidade das leis e dos atos normativos em relação à Constituição, com o objetivo fundamentado de resguardar a autoridade das normas constitucionais no âmbito da vida social. Como atividade típica do Supremo Tribunal Federal, a jurisdição constitucional diferencia-se profundamente das funções legislativa e executiva, especialmente em relação ao seu escopo e aos seus limites institucionais. Ao contrário do Poder Legislativo e do Poder Executivo, não compete ao Supremo Tribunal Federal realizar um juízo político do que é bom ou ruim, conveniente ou inconveniente, apropriado ou inapropriado. Ao contrário, cabe ao Tribunal afirmar o que é constitucional ou inconstitucional, sob a perspectiva da Carta de 1988.

O Ministro explica que é necessário um olhar objetivo, cirúrgico e institucional, que requer do juiz minimalismo interpretativo, não se admitindo inovações argumentativas que possam confundir as figuras do legislador e do julgador. O pressuposto de independência e de harmonia entre os poderes consiste precisamente no fato de que cada um deles desenvolveu, ao longo do tempo, distintas capacidades institucionais. Caso não fossem distintas as habilidades de cada um dos poderes, não teria necessidade prática de haver separação entre eles. Em termos concretos, não cabe ao Supremo Tribunal Federal, ainda que com as melhores intenções, aperfeiçoar, criar ou aditar políticas públicas, ou, ainda, inovar na regulamentação de dispositivos legais, sob pena de usurpar a linha tênue entre julgar, legislar e executar. No âmbito do controle de constitucionalidade, a competência deste Tribunal restringe-se a verificar a coexistência entre, de um lado, os valores morais e empíricos que sublinham a Constituição, e, de outro, o texto da legislação.

Na ADPF 672, em decisão liminar, o Relator, Ministro Alexandre de Moraes, pronunciou-se no seguinte sentido:

Ressalte-se, entretanto, que o caráter discricionário das medidas realizadas pelo Presidente da República, bem como de suas eventuais omissões, é passível de controle jurisdicional, pois está vinculado ao império constitucional, exigindo a obediência das autoridades ao Direito, e, em especial, ao respeito e efetividade aos direitos fundamentais. Não compete ao Poder Judiciário substituir o juízo de conveniência e oportunidade

---

<sup>286</sup> (ADI 6298 MC, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) VICE-PRESIDENTE, julgado em 22/01/2020, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31/01/2020 PUBLIC 03/02/2020).

realizado pelo Presidente da República no exercício de suas competências constitucionais, porém é seu dever constitucional exercer o juízo de verificação da exatidão do exercício dessa discricionariedade executiva perante a constitucionalidade das medidas tomadas, verificando a realidade dos fatos e também a coerência lógica da decisão com as situações concretas. Se ausente a coerência, as medidas estarão viciadas por infringência ao ordenamento jurídico constitucional e, mais especificamente, ao princípio da proibição da arbitrariedade dos poderes públicos que impede o extravasamento dos limites razoáveis da discricionariedade, evitando que se converta em causa de decisões desprovidas de justificação fática e conseqüentemente, arbitrárias.

Dessa maneira, *in casu*, a atuação do Poder Judiciário se assume como fio condutor da concretização do aspecto de juridicidade, de modo a proteger os direitos fundamentais e os princípios constitucionais – como o direito à vida, à saúde, à integridade física-, antes de haver uma violação ao princípio da legalidade. Nesse sentido, não houve uma substituição na tomada de decisão administrativa, tampouco uma usurpação da discricionariedade decorrente da competência constitucional da chefia do Executivo, “mas a verificação, dentro do princípio da legalidade – a partir de uma interpretação sistêmico-constitucional –, da violação à própria ordem normativa subjacente”<sup>287</sup>.

Assim, não é difícil perceber que a expansão do poder decisório vivenciado pela Suprema Corte Brasileira, expõe que o Poder Judiciário, no sentido de apresentar a solução da grande questão política-administrativa da crise da Covid-19, se tornou o personagem fulcral dos sistemas de governo e dos desenhos políticos destes sistemas, posicionando-se não apenas como protagonista jurídico, mas também político no combate à pandemia. Nesse sentido, é notório que o Supremo Tribunal Federal se apresentou de maneira contrária às medidas (ou ausência delas) do presidente em questões relativas à pandemia.

Apesar de historicamente enfrentar o Supremo críticas quanto à sua postura ativista em decisões anteriores, pode-se observar que no que tange ao cenário pandêmico atuou no sentido de reafirmar o que já há expressa previsão no texto constitucional e em casos que foi provocado e diante de omissões ou atuações divergentes e omissas dos demais Poderes. Em que pese o desconforto gerado neste período, foram acertados os vereditos com questões relacionados à Covid-19, uma vez que o Supremo agiu de acordo com a previsão da Carta Magna e cumpriu sua

---

<sup>287</sup> MOURA, 2020, p. 442.

função de Guardião da Constituição em harmonia com o princípio da Separação dos Poderes vigente no ordenamento jurídico brasileiro apesar das críticas que enfrentou.

Com efeito, assim como eventual ativismo judicial praticado pelo Judiciário não pode substituir os demais poderes nos exercícios de suas funções, a discricionariedade administrativa ou a acomodação legislativa não pode representar uma afronta à ordem jurídica constitucional e global. Portanto, o Poder Judiciário deve ser capaz de impedir atos que atentem contra a Constituição Federal e seus valores.

### **3.3 Teoria constitucional e dinâmicas institucionais: perspectivas e rumos de futuro**

A tripartição dos poderes de Montesquieu vem adquirindo uma nova roupagem, elucidando o declínio do sistema representativo, de modo que há uma transferência dos poderes dos mandatários eleitos pelo povo às instituições representativas para o judiciário. Decorridos mais de trinta anos da promulgação da Constituição Federal, o Poder Judiciário vem se destacando na gestão de atos dos poderes constituídos, sobrepondo-se, muitas vezes, às suas funções típicas e dando novos contornos à tripartição original.

A Constituição de 1988 é a primeira Constituição republicana que permanece por mais de três décadas. Além da longevidade, é um documento com forte simbolismo, assinalando a transição do regime autoritário-militar para a democracia, comumente denominada de “Constituição Cidadã”. O período presenciou inúmeras crises, tanto políticas como de natureza econômica e social. Bastaria citar dois processos de *impeachment* e, mais recentemente, ataques quase que diários ao Poder Judiciário, a instituição encarregada de salva guardar a Constituição<sup>288</sup>.

Ademais, o texto original, que inclusive se anunciava como provisório, sofreu modificações significativas<sup>289</sup>. Tudo indica que o caráter “mutável” tende a se tornar padrão. Atualmente, mais de 1,7 mil propostas de emendas constitucionais tramitam na Câmara dos Deputados e no Senado. Apesar de avaliações positivas e

---

<sup>288</sup> SADEK, Maria Tereza Aina. Judiciário: a institucionalização como poder. **Revista USP**, São Paulo, nº 134, p. 109-126. Jul./set. 2022. p. 124.

<sup>289</sup> Ao total são 128 emendas, sendo a última de [22/12/2022](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/quadro_emc.htm). Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/quadro\\_emc.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/quadro_emc.htm) Acesso em: 15 fev. 2023.

negativas, sobressai sua resiliência, indicando que tem resistido a ameaças e a tentativas de arruinar as bases democráticas<sup>290</sup>.

O texto Constitucional de 1988 é, sem dúvida, um marco para a democracia e para o processo de construção da identidade do Judiciário. O extenso rol de direitos e as amplas prerrogativas garantem à instituição um papel relevante. O desempenho desse script provoca polêmicas. Assim, decisões são qualificadas como “ativistas” ou “iluministas”. De um lado, estão os que defendem a literalidade do texto constitucional, criticando uma atuação que acaba por invadir as atribuições de outros poderes (nas palavras do ministro Gilmar Mendes, uma “interpretação licenciosa da Constituição”). No lado oposto, estão os que julgam que é mais amplo o alcance da Constituição e do papel político do Judiciário, e a consequente defesa de direitos que caracteriza o Estado de bem-estar social (nas palavras do ministro Barroso, o “papel iluminista das Cortes Supremas”). Apesar das divergências, o Judiciário conquistou relevância<sup>291</sup>.

Atrelado aos desafios das próprias dinâmicas entre os Poderes, está o descrédito da população em relação às instituições. Segundo pesquisa realizada pelo Datafolha:

Em meio à tensão política, ao choque entre Poderes e à longa crise sanitária, caiu a confiança do brasileiro em relação a diversas instituições do país, aponta do Datafolha. Pesquisa do instituto feita nos dias 13 a 15 deste mês<sup>292</sup> mostra que, em relação ao levantamento anterior, realizado em julho de 2019, subiu a desconfiança da população acerca do Executivo, Legislativo e Judiciário, além de outros atores institucionais, como o Ministério Público<sup>293</sup>.

Menciona-se que tal pesquisa fora realizada durante o período pandêmico, em que Bolsonaro era o presidente da República. Contudo, mesmo que seja ainda muito cedo para definir, visto que o atual governo assumiu em janeiro de 2023, caso fosse realizada a pesquisa nos dias atuais, provavelmente a falta de confiança da população em relação ao chefe do Executivo Federal seria altíssima, tendo em vista o envolvimento de Lula no mensalão, lava a jato e outros escândalos de corrupção e, ainda, em razão da enorme polarização das eleições de 2022.

---

<sup>290</sup> SADEK, 2022, p. 124.

<sup>291</sup> Ibid., p. 124.

<sup>292</sup> A reportagem é de setembro de 2021.

<sup>293</sup> DATAFOLHA. “Grau de confiança nas instituições”. São Paulo: Datafolha, 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/09/datafolha-cai-confianca-da-populacao-nas-instituicoes-e-nos-tres-poderes.shtml> Acesso em: 15 fev. 2015.

Em meio a essas tensões e crises, o que se pretende para este momento do trabalho é, de modo otimista, refletir quanto à possibilidade de atenuar as crises institucionais/governamentais, a fim de resguardar a separação de poderes e atingir de forma satisfatória os anseios da sociedade.

Para responder ao questionamento acima apresentado, uma das propostas mais defendidas é a teoria dos “diálogos institucionais”, a qual busca tornar possível o rearranjo da teoria da separação de poderes pelo fortalecimento da independência e da harmonia entre as instituições públicas e não preconizando uma hegemonia, preponderância ou individualismo de cada uma das esferas de poder. O diálogo institucional se mostra como circunstancial no processo de construção político-decisional e na interpretação constitucional, com a finalidade de aumentar não apenas a participação popular, mas também a concretização dos maiores interesses da sociedade.

Existem distintas versões das teorias que se referem à existência de um diálogo para a identificação do significado constitucional, de modo que, embora compartilhem da premissa de que a última palavra sobre a interpretação da Constituição não deve se encerrar em uma única instituição, cada qual apresenta características próprias, fazendo com que algumas delas sejam inclusive alvo de críticas quanto ao êxito em promover um genuíno diálogo.

A primeira perspectiva aborda os diálogos como resultado natural do arranjo institucional e da interação entre os Poderes. Como resultado, esse diálogo é então mensurável empiricamente, com decisões das cortes sendo respeitadas ou superadas pelos outros Poderes e, do mesmo modo, decisões dos Poderes políticos sendo mantidas ou revisadas pelo Poder Judiciário. A segunda perspectiva aborda os diálogos não como produto, e sim como exigência legal que impõe essa comunicação e interação entre os Poderes<sup>294</sup>.

As teorias do método judicial, fundadas no pressuposto de que o Poder Judiciário é a instância na qual será desencadeado o diálogo, têm como característica comum sugerir o emprego de determinadas técnicas de julgamento, pelos magistrados, que lhes possibilitem ampliar o debate sobre a interpretação

---

<sup>294</sup> BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, [New York], v. 71, n. 3, p. 1.109-1.180, 2006. Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1378&context=blr>. Acesso em: 16 fev. 2023. p. 1.174-1.175.

constitucional com os órgãos políticos do Estado. Sustentam que, na própria atividade de elaboração de suas decisões, os juízes devem “dialogar” com os demais atores institucionais, seja indicando os caminhos que reputam mais adequados para que a atuação política se mantenha dentro dos parâmetros constitucionais, seja adotando uma postura de autocontenção para possibilitar que o debate se desenrole entre os órgãos políticos e a sociedade na arena democrática. Possuem, portanto, uma natureza mais normativa (deontológica), do que descritiva (ontológica), já que pretendem afirmar como o comportamento judicial deve ser, em vez de simplesmente descrever como ele é<sup>295</sup>.

Na primeira categoria, tem-se as teorias do aconselhamento judicial (“*judicial advice-giving*”), as quais sustentam que compete aos magistrados adotar técnicas de interpretação e decisão de maneira que eles possam preparar recomendações aos demais Poderes, aconselhando-os sobre qual é a via correta para não incorrer em violações à Constituição<sup>296</sup>. Além disso, tem-se as teorias centradas no processo (“*process-centered theories*”), que sugerem que incumbe aos juízes constatar se os agentes políticos observaram de forma suficiente, no processo de tomada de decisão sobre políticas públicas, valores constitucionais substantivos. Não seria o seu papel, tal como defendem as teorias do aconselhamento judicial, explicar aos legisladores como resolver as questões constitucionais, mas sim averiguar se as normas constitucionais foram ou não levadas em conta pelos responsáveis pela elaboração de políticas públicas. Caso não tenham sido, caberá aos tribunais determinar aos órgãos políticos do Estado que revejam suas decisões, observando adequadamente os valores constitucionais durante o processo<sup>297</sup>.

O segundo grupo de teorias é o das teorias estruturais de diálogo (“*structural theories of dialogue*”), cuja questão central constitui o reconhecimento de que, dentro dos sistemas constitucionais, há mecanismos institucionais ou políticos aptos a possibilitar que atores políticos reajam a decisões judiciais quando delas discordarem, de tal forma que o diálogo ocorrerá no momento em que tais instrumentos de reação

---

<sup>295</sup> HACHEM, Daniel W.; PETCHEJUST, Eloi. Supremacia Judicial no Constitucionalismo brasileiro: riscos à democracia e as alternativas das teorias dos diálogos constitucionais. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 121, p. 203-250, jul./dez. 2020. p. 228.

<sup>296</sup> BATEUP, 2006, p. 1123.

<sup>297</sup> Ibid., p. 1128.

forem empregados, suscitando um processo dinâmico de interação entre juízes e demais atores institucionais<sup>298</sup>.

A primeira espécie desse segundo grupo é a das teorias da construção coordenada (“*coordinate construction theories*”), que inclusive teria sido pretendida por James Madison, as quais sustentam que o significado da Constituição é efeito de uma construção compartilhada por diferentes atores institucionais, sejam eles tribunais ou órgãos políticos do Estado, competindo a cada um dos Poderes realizar a interpretação constitucional de forma independente em relação aos demais, não havendo uma hierarquia entre eles. Seria, então, um corolário do sistema de *checks and balances*. Nesta espécie, o sentido da Constituição seria construído a partir do resultado das interpretações dos diferentes atores institucionais, que poderão divergir entre si em um processo de controles recíprocos<sup>299</sup>.

Todavia, uma crítica atual realizada às teorias da construção coordenada é a de que essa racionalidade de competição entre os Poderes a respeito do significado constitucional aproxima-se mais a uma guerra interpretativa do que à ideia de diálogo, eis que em última análise a interação entre as instituições se resumiria a uma disputa na qual o vencedor será aquele que conseguir imperar o seu entendimento. Não haveria nesses processos uma autêntica deliberação entre os atores institucionais; ao contrário, haveria uma sobreposição de falas possivelmente egocêntricas, nas quais um é incapaz de ouvir o outro e ser convencido com seus argumentos, já que sua preocupação se limitaria a fazer prevalecer a sua compreensão sobre o conteúdo constitucional<sup>300</sup>.

Na sequência, as teorias dos princípios judiciais (“*theories of judicial principles*”) podem ser explicadas a partir das seguintes premissas: a) os juízes detêm uma especial capacidade institucional para resolver questões de princípios, diante do seu isolamento político e de sua atribuição de interpretar os temas constitucionais a partir de casos concretos; b) os legisladores possuem uma capacidade institucional privilegiada para interpretar a Constituição nas questões que envolvem políticas públicas; c) embora pertença ao Judiciário a tarefa básica de conferir significado aos valores constitucionais nas questões envolvendo princípios, ao Legislativo compete, em virtude de sua capacidade institucional, verificar se a decisão fornecida pelo juiz

---

<sup>298</sup> BATEUP, 2006, p. 1136.

<sup>299</sup> Ibid., p. 1137-1139.

<sup>300</sup> HACHEM; PETCHECHUST, 2020, p. 233-234.

se encontra adequada sob a perspectiva política, cabendo-lhe reagir à decisão se a resposta for negativa; d) em tais circunstâncias, o diálogo poderá se desenvolver por iniciativa dos órgãos políticos, seja como correção a um erro ou excesso eventual dos juízes (defectíveis, como quaisquer outros agentes), seja como uma reação a uma divergência entre Legislativo e Judiciário a propósito dos objetivos de implementação de políticas públicas<sup>301</sup>.

As teorias dos princípios judiciais, portanto, ao mesmo tempo em que reconhecem a função privilegiada do Judiciário de decidir sobre matérias relacionadas a princípios constitucionais, admitem que o Legislativo, no seu papel de elaborar políticas públicas, possa divergir dos tribunais em suas interpretações. Contudo, diferentemente das teorias da construção coordenada que negam a existência de uma hierarquia entre os atores aptos a interpretar a Constituição, as teorias dos princípios judiciais ressaltam o papel de destaque do Judiciário neste segmento<sup>302</sup>.

Uma crítica importante quanto a esta teoria dos princípios, segundo Bateup, seria a existência de uma imensa contradição interna. Afinal, se os defensores dessa teoria pressupõem que Judiciário é uma instituição superior para fins de resolver questões de princípios, seria uma insensatez admitirem que os órgãos políticos do Estado possam controlar os equívocos dos juízes. Ainda, para que os órgãos políticos fossem capazes de identificar em quais casos a interpretação judicial da Constituição está incorreta, seria necessário recorrer a uma teoria interpretativa apta a apontar objetivamente a existência desses erros, o que não existiria<sup>303</sup>.

Quanto à última teoria, denominada de teorias da parceria (*“partnership theories”*) fundam-se na identificação de que os diferentes Poderes do Estado podem contribuir de diferentes maneiras ao diálogo constitucional, sem que haja uma preponderância do Poder Judiciário na interpretação da Constituição. Assim, atores judiciais e não judiciais podem contribuir igualmente para a tomada de decisões a respeito de questões constitucionais, cada um contribuindo e aprendendo categoricamente com os subsídios conferidos pelos demais agentes, tendo como

---

<sup>301</sup> BATEUP, 2006, p. 1143-1157.

<sup>302</sup> HACHEM; PETCHECHUST, 2020, p. 235.

<sup>303</sup> BATEUP, 2006, p. 1157-1159.

resultado respostas mais adequadas do que aquelas formuladas por cada órgão de maneira isolada e baseada apenas em sua própria perspectiva institucional<sup>304 305</sup>.

A Autora sugere a fusão de dois modelos de diálogo: o modelo do equilíbrio e o da parceria. Pois o primeiro modelo sugere que a suprema corte possui um papel de facilitador do diálogo constitucional na sociedade e o segundo porque enfatiza nas diferentes funções de cada ramo do poder e a maneira em que eles se relacionam<sup>306</sup>, de modo que os diálogos envolvam tanto as instituições do Estado democrático de direito, quanto a sociedade.

Através compreensão empírica e normativa das teorias dos diálogos institucionais, é possível repensar o papel de guardião da Constituição exercido pelo STF. Ao invés de entender esse papel como competência para que ele tenha a última palavra, os diálogos permitem percebê-lo mais como um ator – sempre fundamental, *expert* –, mas não soberano ou exclusivo na interpretação e aplicação da Constituição. Isso porque o modo tradicional de se compreender a guarda da Constituição associada à última palavra pode ser nocivo à democracia, à deliberação e à relação entre os Poderes, enfraquece a legitimidade das decisões do próprio STF e pode favorecer uma postura de soberba quando ele busca impor sua decisão, ou um paternalismo ineficiente, quando isenta os demais Poderes dos ônus decisórios que seriam de sua competência<sup>307</sup>.

Isso não significa que o Supremo não possa nem deva exercer sua competência, mas apenas que não precisa apelar para a ideia de supremacia judicial ou de última palavra. Ele pode exercer essa mesma competência de forma mais dialógica, interativa, educativa, pedagógica, apontando falhas, invalidades, e até mesmo suprindo eventuais omissões, mas sempre de modo respeitoso, mantendo aberta a possibilidade de interação, participação, complementação ou mesmo retificação de sua decisão<sup>308</sup>.

---

<sup>304</sup> BATEUP, 2006, p. 1168-1169.

<sup>305</sup> “Um dos mecanismos existentes para a promoção dessa interlocução entre o Judiciário e Legislativo em matéria de interpretação da Constituição é a previsão da cláusula do “não obstante” (“notwithstanding clause”) na seção 33 da Carta de Direitos e Liberdades do Canadá.” HACHEM; PETCHECHUST, 2020, p 238.

<sup>306</sup> BATEUP, 2006, p. 1180.

<sup>307</sup> GODOY, Miguel G; FILHO, Roberto Dalledone Machado. Diálogos institucionais: possibilidades, limites e o importante alerta de Roberto Gargarella. Revista de informação Legislativa. ano 59, n. 233, p. 117-133, jan./mar. 2022. p. 121-122.

<sup>308</sup> Ibid., p. 121-122.

Outra teoria que poderia responder ao questionamento apresentado no início deste tópico, levando em consideração ao desafio contemporâneo do protagonismo judicial, é o Minimalismo Judicial de Cass Sunstein<sup>309</sup>. Com o objetivo de frear a atuação expansiva dos Tribunais, o professor de *Harvard Law School* Cass Sunstein elaborou a teoria chamada de teoria minimalista em que “a participação judicial deve ser exercida de forma reduzida, deixando-se de lado questões controvertidas e desnecessárias ao se analisar um caso concreto”<sup>310</sup>. O minimalismo de Sunstein recomenda uma postura em que o Judiciário deve decidir desconsiderando questões morais e filosóficas, deixando de lado questões constitucionais controvertidas para a deliberação popular<sup>311</sup>.

Nesse sentido, Cass Sunstein apresenta o minimalismo judicial como uma opção capaz de definir o Judiciário como promotor da democracia, “consciente de suas limitações e atento à necessidade de ampliar o grau de *accountability* das decisões tomadas na sociedade”<sup>312</sup>. Um tribunal minimalista é voltado à solução do caso concreto, fugindo de argumentos abstratos e de diretrizes abrangentes<sup>313</sup>. Além disso “busca-se atingir o consenso quanto às pequenas questões ou reduzir os custos da procura pelo acordo, abrindo espaço para deliberação dos atores no âmbito das instituições adequadas. <sup>314</sup>Juízes minimalistas podem promover essa deliberação democrática a partir de decisões mais cautelosas: “o minimalismo é uma estratégia decisória que permite – e talvez estimule- o debate democrático, oriundo do natural desacordo típico das sociedades complexas”<sup>315</sup>.

O minimalismo e a democracia deliberativa estão intrinsecamente ligados, uma vez que a interpretação, partindo do modelo minimalista, potencializa a deliberação

---

<sup>309</sup> Christine Bateup (2006, p. 131-132) integra o minimalismo de Cass Sunstein dentre uma das teorias dos diálogos institucionais. Contudo, como o próprio Autor não faz tal relação, considerou-se mais assertivo examinar esta teoria de maneira separada, mas que acabam ligando-se, como ver-se-á.

<sup>310</sup> BOCCHINI, Caio Henrique. **O minimalismo judicial e os parâmetros legais para a interpretação do direito brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. Florianópolis, SC, 2020. p. 47

<sup>311</sup> Ibid. p. 49.

<sup>312</sup> ROSA, Lucas F. A. Minimalismo Judicial: limites e possibilidades de sua aplicabilidade ao sistema judicial brasileiro. MENDES, Gilmar Ferreira; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (Org.). **Jurisdição Constitucional, Direitos Fundamentais e experimentalismo institucional**. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, p. 123-147, 2012. p. 127.

<sup>313</sup> LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição Constitucional e Política**. Ativismo e Autocontenção no STF. Curitiba: Juruá, 2014. p. 103.

<sup>314</sup> LIMA, 2014, p. 103.

<sup>315</sup> Ibid., p. 109.

democrática.<sup>316</sup> Isso ocorre, segundo Sunstein, pois a representação política é a única forma para a deliberação em uma democracia, tendo em vista que o processo decisório deve conter pessoas para “trocar ideias” de maneira que as decisões sejam tomadas em prol da coletividade.<sup>317</sup><sup>318</sup> Com efeito, a democracia é o principal elemento da teoria política habermasiana, focada na ideia de diálogo e de desenvolvimento à cidadania pela esfera pública. A “democracia, no sentido habermasiano, não é uma atividade do Estado, do poder administrativo, mas acima de tudo a expressão e a consagração das interações racionais oriundas da intersubjetividade comunicativa na esfera pública”<sup>319</sup>.

Nesse sentido, ao desenvolver o conceito de democracia deliberativa, Habermas se preocupa com a maneira em que os cidadãos embasam racionalmente as regras do jogo democrático. Para a teoria democrática “convencional”, a fundamentação do governo democrático ocorre através do voto. Todavia, para o filósofo esse meio não é suficiente para legitimar a democracia, assim, a teoria do discurso propõe um procedimento que seria ideal para a deliberação e tomada de decisão que avançaria em termos da fundamentação e legitimação das regras democráticas<sup>320</sup>. Na teoria do discurso,

[...] a razão prática passa dos direitos humanos universais ou da substância ética concreta de uma determinada comunidade para as regras do discurso e para as formas de argumentação, que extraem seu conteúdo normativo das bases de validade da ação orientada pelo entendimento e, em última instância, da estrutura de comunicação lingüística e da ordem insubstituível da socialização comunicativa.<sup>321</sup>

---

<sup>316</sup> SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Massachusetts: Harvard University Press, 2001. p. 5.

<sup>317</sup> LIMA, 2014, p. 98

<sup>318</sup> Além disso, importante mencionar que Norberto Bobbio leciona em sua obra “*O futuro da Democracia*,” seis “promessas não cumpridas” da democracia e, dentre elas, diz respeito à educação para a cidadania. Para Bobbio, a educação para a democracia surgiria, concomitantemente, no próprio exercício da prática democrática, uma vez que a extensão do sufrágio às classes populares repararia a tirania das maiorias, já que a participação popular possui caráter educativo. BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. p. 37-39.

<sup>319</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Teoria do Estado - Filosofia Política e Teoria da Democracia**. São Paulo: Atlas, 2016. 5. ed. 9788597007947. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597007947/>. Acesso em: 17 fev. 2023. p. 393.

<sup>320</sup> Ibid., p. 396.

<sup>321</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2. p. 19.

A filosofia do direito de Jurgen Habermas, com fulcro na teoria do discurso, ofereceria contribuições a diversos problemas da sociedade moderna. Considerando a complexidade dos Estados, o aumento da população e a inércia dos poderes, em especial da classe política, o filósofo torna possível, diante de um cenário de incertezas, a participação popular na esfera política<sup>322</sup>. A questão principal para este modelo do filósofo Jurgen Habermas é a “intersubjetividade de alto nível dos processos comunicativos que se desenvolve, de um lado, nas deliberações institucionalizadas dos órgãos parlamentares, e, de outro, nas redes informais da esfera pública”<sup>323</sup>. Habermas leciona que o poder comunicativo modela o poder executivo<sup>324</sup>.

Dessa forma, é possível verificar que esta última reflexão do pensamento de Habermas em relação ao significado de separação de poderes deve ser cultivada no âmbito da democracia deliberativa e não de acordo com o modelo liberal predominante no Brasil, nem segundo o republicanismo do pensamento jurídico francês. Logo, é plausível

Pensar a separação de poderes de modo que a dinâmica constitucional esteja a serviço não da soberania popular, tal como ela é concebida em termos republicanos, mas funcionando em prol da institucionalização dos procedimentos que permitam a uma sociedade complexa, em meio à imensa diversidade de interesses, ideias e culturas, controlar de forma democrática o poder administrativo que, imbricado com o dinheiro, mantém a coesão social. Em outras palavras, a separação de poderes deve estar a serviço do reforço da relação entre o poder comunicativo e o poder administrativo<sup>325</sup>.

Assim, o pensamento de Habermas é no sentido de que configuração constitucional da separação de poderes seja de acordo com as exigências normativas da democracia deliberativa. Além disso, o direito deve ser o médium que transforma o poder comunicativo em poder administrativo e não apenas o código de poder

---

<sup>322</sup> HAMEL, Marcio Renan. **A política deliberativa em Habermas: uma perspectiva para o desenvolvimento da democracia brasileira**. Passo Fundo: Editora Méritos, 2009. p. 140.

<sup>323</sup> HABERMAS, Jürgen. **The inclusion of the other: studies in political theory**. Editado por Ciaran Cronin e Pablo de Greiff. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1998. p. 248. “[...] higher-level intersubjectivity of communication processes that unfold in the institutionalized deliberations in parliamentary bodies, on the one hand, and in the informal networks of the public sphere” (tradução da autora).

<sup>324</sup> ROCHA, Jean Paul C. V. da. **Separção de Poderes e Democracia Deliberativa**. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo R. (Coord.). **Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 180.

<sup>325</sup> *Ibid.*, p. 183.

conforme funciona o processo administrativo<sup>326</sup>. Ainda, o modelo de democracia deliberativa fundamentada na teoria do discurso oferece

[...] critérios normativos para que o controle de constitucionalidade possa ser criticado e redirecionado para uma prática judicial que, ao buscar a garantia concomitante das autonomias pública e privada do cidadão, contribua para reduzir dos efeitos perversos da juridificação do Estado Social, sem que isso implique o bloqueio da ação estatal que visa à quebra das assimetrias de poder que se escondem por trás da igualdade formal (ROCHA, 2008, p. 186).

Nesse sentido, Marcio Renan Hamel<sup>327</sup>, por exemplo, defende a democracia deliberativa no caso da realidade brasileira, uma vez que a teoria permite, além da escolha de representantes típica de uma democracia representativa, também a possibilidade de ser deliberado, de forma pública, acerca de questões que afetam a sociedade como um todo. “O direito de participar, pela proposição habermasiana da política deliberativa, das decisões públicas que afetam a todos os cidadãos em seu bem-estar cotidiano, é o que define a invenção de uma nova sociedade”<sup>328</sup>.

Outrossim, imperioso mencionar que Cass Sunstein desenvolve sua teoria a partir do comportamento de juízes da Suprema Corte estadunidense, em que o modelo de jurisdição é a *common law*, que adota o sistema de precedentes. Todavia, o próprio Autor salienta em diversos momentos de sua obra<sup>329</sup> que o minimalismo também é útil ao *civil law*, uma vez que “as leis o são em seu específico formato, pois representam condutas sociais positivadas em pequenos textos jurídicos, divididos em artigos, incisos, parágrafos e etc. São consensos de comportamento reiterado na sociedade em que estabelecida a referida norma”<sup>330</sup>.

Entretanto, o Autor adverte que nem sempre a teoria minimalista pode ser aplicada e nem sempre ela se mostra a melhor alternativa:

Às vezes, a superficialidade é uma má ideia; às vezes é melhor repensar questões fundamentais. Ocasionalmente, é preciso tomar uma decisão em larga escala sobre um relacionamento ou um problema de saúde. Às vezes é melhor estabelecer um curso de ação para o local de trabalho e até mesmo férias, em vez de se contentar com uma série de pequenas decisões. O minimalismo pode ser mais fácil a curto prazo, mas a longo prazo pode ser extremamente destrutivo. Pode ser destrutivo em parte porque exporta o

---

<sup>326</sup> ROCHA, 2008, p. 185.

<sup>327</sup> HAMEL, 2009, p. 150.

<sup>328</sup> Ibid., p. 153.

<sup>329</sup> SUNSTEIN, Cass R. **One case at the time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Massachusetts: Harvard University Press, 2001.

<sup>330</sup> BOCCHINI, 2020, p. 50

fardo da decisão para o seu futuro, em uma maneira que poderia produzir uma grande quantidade de problemas. Por mais difícil que uma grande decisão possa ser, pode ser melhor fazê-lo, antes que mais tarde<sup>331</sup> (tradução da autora).

Todavia, a adoção do minimalismo na realidade Brasileira pode encontrar alguns obstáculos, mas o que se mostra viável para a concretização desta corrente é a técnica dos diálogos institucionais, comentada previamente neste tópico. No Brasil, verifica-se que a postura predominante é de o Tribunal reservar-se para si o poder de decidir questões constitucionais, independente do assunto ter passado ou não pelo crivo do Poder Legislativo, o que, muitas vezes, caracteriza uma atuação ativista por parte do Poder Judiciário.

Para Marinoni<sup>332</sup>, deixar que o Tribunal profira decisões definitivas de cunho constitucional sem antes passar por uma discussão popular e deliberação parlamentar é infringir os valores da democracia, uma vez que apresentar à Corte uma questão constitucional que ainda carece de deliberação pode impedir o aprofundamento da discussão teórica à luz dos direitos fundamentais, afirmando a qualidade (provisória) da sua decisão em sua parte dispositiva.

Decisão dessa natureza, ao reconhecer a necessidade de deliberação fora da Corte, deixa claro à população e às demais instituições públicas que a questão constitucional deve ser mais bem discutida. Isso não significa que, nesses casos, não seja possível decidir pela inconstitucionalidade ou pela constitucionalidade, conforme as particularidades da situação concreta e das suas necessidades. A Corte pode ter boas razões para suspeitar da inconstitucionalidade ou para manter a lei em vigor, sem que isso interfira na imprescindibilidade de abertura do diálogo. Mas a corte não precisa, necessariamente, proferir uma decisão de (in) constitucionalidade provisória para deixar a questão em aberto. Ela pode decidir com base em outro fundamento, porém consciente de que está deixando de aprofundar a interpretação dos direitos fundamentais, para não criar obstáculos para a deliberação a distância dos muros do Judiciário. Registrar isso no dispositivo

---

<sup>331</sup> *Sometimes shallowness is a bad idea; sometimes it is best to rethink foundational issues. Occasionally one needs to make a large-scale decision about a relationship or a medical problem. Sometimes it is best to settle on a course of action for the workplace and even vacations, rather than to rest content with a series of small decisions. Minimalism might be easiest in the short-run, but in the long-run, it can be extremely destructive. It can be destructive in part because it exports the burdens of decision to one's future self, in a way that might produce a great deal of trouble. However difficult a large decision may be, it may be best to make it, and sooner rather than later.* SUNSTEIN, Cass R. Beyond judicial minimalism. **Tulsa Law Review**. V. 43, n. 4, p. 825-842, 2007. p. 826. Disponível em: [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12217&context=journal\\_articles](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12217&context=journal_articles)

Acesso em: 16 fev. 2023. p. 826

<sup>332</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica decisória e diálogo institucional: decidir menos para deliberar melhor. **Revista de Estudos Constitucionais**, Brasília, DF, v. 2, n. 1, p. 49-85, jan./jun. 2022. p. 78.

da decisão é importante para comunicar a população e as demais instituições a respeito da intenção judicial de dialogar<sup>333</sup>.

Nesse sentido, menciona-se a título de exemplo o informativo nº 632<sup>334</sup> do STF. No julgamento de um conjunto de mandado de injunção sobre a regulamentação de aviso prévio, muito embora reconheça a necessidade de uma atuação positiva, agiu de maneira cautelosa, sobrestando o processo para análise mais minuciosa da questão e os ministros reconheceram que o Poder Legislativo tem maior legitimidade para solucionar a questão. “Com a suspensão do processo, o STF concedeu tempo para que o Legislativo agisse, o que resultou na edição da Lei n. 12.506 de 11/11/2011 – a qual determina sobre o aviso prévio”<sup>335</sup>. Isso posto, verifica-se que o minimalismo dispõe acerca de medidas que o juiz pode tomar para promover uma democracia e permitir a atuação de outros agentes também ou apenas para viabilizar o debate:

Sendo assim, o STF pode adotar, em sede de controle abstrato, uma postura minimalista. Basta observar que na verificação de uma omissão

---

<sup>333</sup> Ibid., p. 78-79.

<sup>334</sup> “O Plenário iniciou julgamento conjunto de mandados de injunção em que se alega omissão legislativa dos Presidentes da República e do Congresso Nacional, ante a ausência de regulamentação do art. 7º, XXI, da CF, relativamente ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: ... XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;”). Na espécie, os impetrantes, trabalhadores demitidos sem justa causa após mais de uma década de serviço, receberam de seu empregador apenas um salário mínimo a título de aviso prévio. O Min. Gilmar Mendes, relator, ao reconhecer a mora legislativa, julgou procedente o pedido. Inicialmente, fez um retrospecto sobre a evolução do Supremo quanto às decisões proferidas em sede de mandado de injunção: da simples comunicação da mora à solução normativa e concretizadora. Destacou que, no tocante ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, o Min. Carlos Velloso, em voto vencido, construiu solução provisória fixando-o em “10 dias por ano de serviço ou fração superior a 6 meses, observado o mínimo de 30 dias”. Aduziu, entretanto, que essa equação também poderia ser objeto de questionamento, porquanto careceria de amparo fático ou técnico, uma vez que a Constituição conferira ao Poder Legislativo a legitimidade democrática para resolver a lacuna. O Min. Luiz Fux acrescentou que o art. 8º da CLT admitiria como método de hetero-integração o direito comparado e citou como exemplos legislações da Alemanha, Dinamarca, Itália, Suíça, Bélgica, Argentina e outras. Apontou, ainda, uma recomendação da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre a extinção da relação trabalhista. Por sua vez, o Min. Marco Aurélio enfatizou que o critério a ser adotado deveria observar a proporcionalidade exigida pelo texto constitucional e propôs que também se cogitasse de um aviso prévio de 10 dias — respeitado o piso de 30 dias — por ano de serviço transcorrido. O Min. Cezar Peluso sugeriu como regra para a situação em comento que o benefício fosse estipulado em um salário mínimo a cada 5 anos de serviço. O Min. Ricardo Lewandowski, por seu turno, mencionou alguns projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional. Diante desse panorama, o relator acentuou a existência de consenso da Corte quanto ao provimento do writ e à necessidade de uma decisão para o caso concreto, cujos efeitos, inevitavelmente, se projetariam para além da hipótese sob apreciação. Após salientar que a mudança jurisprudencial referente ao mandado de injunção não poderia retroceder e, tendo em conta a diversidade de parâmetros que poderiam ser adotados para o deslinde da controvérsia, indicou a suspensão do julgamento, o qual deverá prosseguir para a explicitação do dispositivo final”. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo632.htm>. Acesso em: 16 fev. 2022

<sup>335</sup> ROSA, 2011, p. 143.

inconstitucional, o Tribunal pode, diante das circunstâncias políticas e com o intuito de incrementar o debate, limitar-se a declarar a mora legislativa, ao invés de avançar e regulamentar a questão.<sup>336</sup>

Dessa maneira, tem-se que o minimalismo serve de ferramenta justamente para fomentar o diálogo institucional e também garantir voz à população, uma vez que o diálogo institucional ocorre através de deliberação, que acaba por promover o desenvolvimento do processo democrático. Contudo, é preciso ter cuidado porque enquanto um juiz minimalista aguarda o melhor momento para decidir, pode falhar como guardião dos direitos, pois qualquer atraso pode comprometer irremediavelmente as liberdades dos cidadãos.<sup>337</sup>

A partir do exposto, constata-se que nem sempre o minimalismo pode ser uma técnica válida, sobretudo quando há necessidade de uma atuação urgente e categórica por parte do Poder Judiciário para concretização de direitos fundamentais. Entretanto, a abordagem minimalista pode ser utilizada na realidade brasileira quando se trata de questões que podem envolver um diálogo institucional, uma vez que nesse cenário o Juiz pode ser um agente fomentador da deliberação democrática, de modo a enriquecer o processo democrático.

Com efeito, imperioso verificar a forma que os diálogos institucionais poderiam sair do mundo ideal para ser concretizado na realidade brasileira. No ordenamento jurídico brasileira, a resposta para esse questionamento que fomente a democracia e incentive o diálogo poderia ocorrer através da audiência pública e do *amici curiae*.<sup>338</sup> A jurisdição brasileira permite a participação no âmbito processual do *amici curiae* de modo a viabilizar a permeabilidade da atuação da sociedade civil organizada no processo decisório. No que toca às audiências públicas, instruem o processo e o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, as audiências públicas são também estabelecidas pela Emenda Regimental 29/2009, que atribuiu competência ao presidente ou ao relator, para convocar audiência pública, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão

---

<sup>336</sup> ROSA, 2011, p. 144.

<sup>337</sup> LIMA, 2014, p. 122.

<sup>338</sup> Audiência Pública: art. 9º, §1º e §2º, art. 12-E, §1º, art. 20, §1º e §2º, da Lei n.º 9.868/1999 e art. 6º, §1º da Lei 9.882/1999, art. 13, XVII, art. 21, XVII, entre outros, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Amicus Curiae: art. 7º, §2º da Lei n.º 9.868/1999.

geral e de interesse público relevantes debatidas no Tribunal, com fulcro no artigo 13, inciso XVII; artigo 21, inciso XVII; e artigo 154, parágrafo único, do Regimento Interno.

Em pesquisa realizada por Miguel Godoy, grande estudioso do tema, revela que as audiências públicas e os *amici curiae* (quando também aceitos conjuntamente com as audiências públicas) influenciam sim as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Ele destaca, no entanto, que em suas decisões os ministros fazem mais referências expressas às razões e aos argumentos apresentados nas audiências públicas do que às razões e aos argumentos apresentados pelos *amici curiae*. Praticamente todos os ministros em todos os casos analisados utilizaram-se, de forma expressa ou não, das razões e dos argumentos expostos em audiência pública ou pelos *amici curiae*<sup>339</sup>.

Entretanto, na opinião de Miguel a realização de audiências públicas e as intervenções de *amici curiae* não tem possibilitado um diálogo efetivo entre o Supremo Tribunal Federal e a sociedade pois,

A forma como tem se realizado as audiências públicas e a admissão de *amici curiae* mostra que, se quisermos ter um espaço deliberativo, efetivamente dialógico, no qual haja uma profunda discussão e troca de argumentos, há muito a se melhorar. Vale dizer, do ponto de vista de uma abertura democrático-deliberativa e dialógica, a decisão do Supremo Tribunal Federal de utilizar instrumentos de participação de outros atores em julgamentos de questões constitucionais relevantes é muito bem-vinda. Por outro lado, a forma como tem se dado a utilização desses instrumentos, bem como a performance deliberativa do Supremo Tribunal Federal, precisa ser aprimorada<sup>340</sup>.

No caso da Lei de Biossegurança (ADI 3.510)<sup>341</sup>, a decisão do ministro relator sobre a admissão ou recusa dos pedidos de ingresso na ação na condição de *amicus curiae* careceu de adequada fundamentação, pois não apontou as razões para a admissão ou rejeição dos postulantes. Tais motivos apareceram somente em momento posterior, no relatório do caso em que o ministro relator então declarou que

---

<sup>339</sup> GODOY, Miguel G. As audiências públicas e os *amici curiae* influenciam as decisões dos Ministros do Supremo Tribunal Federal? E porque isso deve(ria) importar? **Revista da Faculdade de Direito**, Curitiba, v. 60, n. 3, p. 137-159, set./dez. 2015. p. 149-150.

<sup>340</sup> *Ibid.*, p. 150.

<sup>341</sup> “A primeira vez que o Supremo Tribunal Federal abriu-se por meio de audiência pública à participação de terceiros não integrantes de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade ocorreu em 2007, durante o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.510/1, proposta pelo procurador-geral da República, que tratava da constitucionalidade do art. 5º da Lei n.º 11.105/2005 (Lei de Biossegurança). O mencionado artigo previu a utilização, para fins de pesquisa e terapia, de células-tronco obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento.” GODOY, 2015, p. 138.

aceitou a participação de determinados *amici curiae* com base em sua representação nacional. Foi, assim, uma escolha extremamente seletiva e pouco transparente. Se é certo que os *amici curiae* devem ser órgãos ou entidades de representação que exibam não apenas interesse, mas também conhecimento sobre o assunto (conforme exige a Lei n. 9.868/1999), por outro lado, a decisão do ministro relator de aceitá-los ou não como amigos da corte deve ser bastante clara em suas razões<sup>342</sup>.

Nesse sentido, o fortalecimento do Poder Judiciário pode trazer consigo uma série de desafios e problemas. Um dos principais desafios é a ausência de responsabilidade dos juízes, o que significa que, em muitos casos, os magistrados não são responsabilizados por condutas abusivas ou irregulares. Isso pode levar a uma falta de limites na atuação do Judiciário, o que pode ameaçar a democracia. Outro desafio é a carência de legitimidade democrática para a tomada de decisões pelo Judiciário, especialmente em relação a questões que envolvem desacordos morais ou processos de alta repercussão na sociedade. Nesses casos, a concentração de poderes nas mãos do Judiciário pode gerar críticas e questionamentos sobre a legitimidade dessas decisões.

Para enfrentar esses desafios, existem alternativas à concentração de poderes no Judiciário, como o fortalecimento de outros órgãos de controle e a promoção de uma maior participação da sociedade na tomada de decisões. Dessa maneira, o presente estudo trouxe como uma proposta alternativa e otimista a concepção das teorias dos diálogos institucionais como um novo paradigma entre os poderes. Os diálogos institucionais auxiliariam o Judiciário a contribuir de maneira significativa com o controle e o desenvolvimento das decisões tomadas pelo Executivo, sem violar a separação dos poderes. Uma intervenção fundamentada e dialógica do Judiciário, respaldada em direitos fundamentais previstos na Constituição, que pode contribuir com a consolidação do próprio regime democrático.

Os diálogos institucionais proporcionam uma forma de evitar o monopólio judicial. Entretanto, o diálogo entre os Poderes Brasileiros é um propósito a ser auferido, pois não é uma realidade recorrente. A sobrevivência da Constituição e de seus valores depende de muitos fatores, entre os quais o compromisso dos diversos setores da sociedade, das lideranças políticas e dos atores institucionais com as regras do jogo democrático e seus pressupostos. Se é verdade que as constituições

---

<sup>342</sup> GODOY, 2015, p. 151.

e seus guardiões não podem substituir a política, também é fato que a condução da política à margem das regras e dos procedimentos estabelecidos pela Constituição inevitavelmente degenera em arbítrio e violência. Os conflitos que se acumularam nas eleições de 2018 e de 2022 impôs e imporá uma responsabilidade adicional aos mecanismos de freios e contrapesos — em especial ao Supremo Tribunal Federal — no sentido de proteger os direitos fundamentais e demais pressupostos da democracia das ameaças que se apresentam em nosso horizonte<sup>343</sup>.

Paulo Ferreira da Cunha reflete acerca do atual cenário institucional brasileiro:

No Brasil, depois das últimas eleições para a Presidência da República, tem-se vivido, em alguns meios, uma profunda emotividade político-constitucional, e surgido mesmo singulares hermenêuticas da Constituição e do entendimento dos fundamentos da separação dos poderes, ora neste, ora naquele, ora naquele outro sentido. 2023 será, certamente, um tempo forte e um momento constitucional, pela possível revisão constitucional em Portugal e por novos rumos da vivência constitucional brasileira, que se espera também que na linha do respeito pela Constituição cidadã, como a batizou, tão adequadamente, Ulysses Guimarães, presidente da Constituinte. Outro nome que Ulysses Guimarães lhe deu foi “Constituição coragem”, mas aí a coragem não é do texto, será de quem o defende. É, pois, de um lado e do outro do Atlântico, uma questão de “manter o rumo” do Constitucionalismo moderno, com convicção e coragem<sup>344</sup>.

Por fim, menciona-se que não se tem a intenção de esgotar o assunto, visto que é vasto. Intenta-se, desse modo, promover a reflexão para além das críticas aqui mencionadas, promovendo, também, uma visão mais otimista sobre as perspectivas e rumos do Brasil. Observa-se que a vertente ora abordada neste tópico poderia ser implementada no direito Brasileiro, desde que os atores constitucionais se desempenhassem para promover este debate institucional (entre os poderes) e constitucional (das instituições para com a sociedade).

---

<sup>343</sup> VIEIRA, 2018, p. 173.

<sup>344</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. Origens e rumos do constitucionalismo moderno (1820 | 2023). **Revista Polis**, nº 6, p. 93-97, jul./dez. 2022. p. 97.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do exposto, constatou-se que a tripartição dos Poderes foi elaborada na tentativa de frear o absolutismo, tendo como objetivo tirar da mão do monarca o poder de legislar e julgar. Outrossim, denotou-se que a teoria clássica da separação de poderes nos termos em que foi elaborada no século XVIII, encontra-se defasada para ser utilizada atualmente, dada a complexidade das sociedades, em especial, por esta não considerar os arranjos institucionais em que os agentes dos poderes estão inseridos e por não levar em consideração as influências externas dos atores durante suas atuações.

Como visto, a Constituição Federal de 1988 é mais ampla e detalhista que as demais até então. Nessa perspectiva, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade formou-se rumo a um modelo ultra forte<sup>345</sup>, concedendo a juízes controle jurisdicional concreto de forma difusa e controle abstrato, centralizado nas mãos do Supremo Tribunal Federal, sendo que as decisões proferidas possuem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, com possibilidade de conceder às súmulas vinculantes tais efeitos e controlar a constitucionalidade de emendas à Constituição. Isto é, a própria Carta Magna aumenta a margem de atuação do Judiciário.

Esse forte controle jurisdicional de constitucionalidade resultou na excessiva judicialização da política. A judicialização da política não é contrária ao estado democrático de direito, ao contrário, inclusive o fortaleceu, uma vez que Poder Judiciário passou a ser o “guardião da Constituição”, já que, muitas vezes, é ele quem determina a efetivação de direitos fundamentais. A judicialização da política é contingencial, sendo que questões relevantes tanto do ponto de vista social, político e moral, passam a ser decididas pelo Poder Judiciário. Todavia, a mesma não pode ser confundida com o ativismo judicial, que representa um ato de vontade do Poder Judiciário em ultrapassar os limites de sua função e que pode ser perigoso à democracia.

Consoante verificou-se no decorrer do texto, a participação do poder judiciário no seio político, decidindo questões que antes eram do poder político (poder legislativo e poder executivo) e não jurídico, defendida pela corrente substancialista. Nesse eixo,

---

<sup>345</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o Controle de Constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 250, 2009. p. 217-218.

a atuação dos juízes na política é necessária para a concretização de direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal. Enquanto a teoria procedimentalista argumenta que é perigoso à esfera pública democrática a atuação de juízes em questões políticas, uma vez que assuntos de cunho político devem ser discutidos através de um processo plural e participativo, sendo o poder judiciário mero garantidor da participação dos cidadãos nas decisões políticas.

No entanto, é cediço que o Poder Judiciário é um ator político no sistema presidencialista, eis que participa, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, de decisões de grande impacto na sociedade. Seria até ingênuo pensar que juízes e ministros sejam totalmente isentos de tal modo a não sofrerem interferências do mundo externo. Todavia, a concepção de que o Poder Judiciário é um ator político porque está inserido no jogo político não quer dizer que este Poder deva ser partidário. Tal preceito seria manifestamente contrário ao Estado Democrático de Direito.

Assim, analisou-se o poder e influência que as decisões judiciais, em especial do STF, produzem na política. Observou-se que apenas um Ministro do Supremo possui o poder de mudar os rumos da política brasileira, eis que muitas vezes os autos sequer são analisados de forma colegiada. Verificou-se, ainda, que um dos fatores que levam a esse controle político é, dentre outros, o mecanismo de definição de agenda.

Entretanto, esse recurso de pautar ou não, de pedir vista ou de definição de agenda, é um poder concedido pelo próprio desenho institucional. Isso quer dizer que não é possível dizer que tal poder é uma discricionariedade de cada Ministro, pois ele é desenhado no arranjo institucional. Para alterar isso, teria que modificar o desenho institucional já traçado. Contudo, não há como negar que muitos Ministros utilizam desse poder.

Com efeito, política é a ideia de diálogo e, sobretudo, de que em uma sociedade democrática existem maiorias e minorias, sendo que em ambas as situações elas devem ser respeitadas, uma vez que a sociedade é mutável, de modo que uma “maioria” pode virar uma “minoria”. No entanto, o que se verifica atualmente é a substituição da política pela radicalização e polarização, havendo um embate, não o legítimo em uma pluralidade de interpretações, concepções e ideologia, mas sim aquele que o diálogo é ausente e substituído por agressividade.

O protagonismo do STF revela uma disfunção dos sistemas políticos brasileiros. Isso porque quando os demais atores políticos deixam de cumprir promessas, são incapazes de promover o básico ou então quando não demonstram compromisso com os procedimentos e práticas constitucionais, o Judiciário se vê lotado de demandas políticas.

Nesse sentido, é notória a crise política e institucional no Brasil, além de outros motivos, em razão da tensão entre os poderes, pois como visto, um acaba por ultrapassar os limites do outro. A dinâmica política e institucional do Estado Democrático de Direito propicia, como é próprio às sociedades pluralistas, divergências e conflitos de interesses e de opiniões. Tal circunstância é inerente à democracia. Advindo conjuntura extremas de confronto, a Constituição vigente prevê alguns mecanismos para superar as pendências desta natureza. Entretanto, a controvérsia desagua no Supremo Tribunal Federal, visto que este detém o poder de “última palavra” e, para isso, não há instrumento de limitação do poder.

Em que pese o Judiciário possuir autonomia para interferir pontualmente nas atribuições do legislativo e do executivo quando estes se omitem ou quando tomam decisões que contrárias aos ditames constitucionais, tal prática demonstra ser um paradoxo. Ao mesmo tempo que algumas decisões, mesmo que ativistas, podem garantir direitos fundamentais, a sua prática de modo desenfreado, colocando demasiado poder na mão de poucos ministros, pode ser perigoso à democracia.

Ao que se verificou no texto, as dinâmicas estabelecidas pelos poderes durante o período pandêmico ocorreram a partir de conflitos referente a decretos editados pelos Estados e Municípios, de modo que coube ao STF decidir pela prevalência de qual ato normativo. O entendimento que se consolidou foi no sentido do decreto mais restritivo, confrontando o Poder Executivo Federal, utilizando como critério o direito fundamental à vida e à saúde. Nesse sentido, as demandas, notadamente aquelas de questões complexas, exigem rigorosa fundamentação por parte dos julgadores.

A partir dessa perspectiva, portanto, foi possível a construção da hipótese sugerindo que o Poder Judiciário brasileiro não comprometeu a estabilidade constitucional do Brasil no período analisado, pois se mostrou um desenho institucional adequado à configuração social brasileira, promovendo coordenação de forças sociais e políticas direcionadas pelos desenhos institucionais, mesmo apresentando os pontos negativos ora pontuados. Ademais, cabe mencionar que

todos os arranjos institucionais podem apresentar bom ou mau funcionamento, mas tudo depende do lugar onde são aplicados e o grau de seu funcionamento.

Mesmo que o foco do presente trabalho foi a batalha envolvendo os poderes, pensando em finalizar o texto com um olhar otimista dentre vários conflitos e crises pontuados, apresentou-se uma teoria que vem sendo defendida por vários doutrinadores, que é a dos diálogos institucionais. A teoria oferece uma nova abordagem e arranjos entre os Poderes. Além disso, instiga maior participação da sociedade nos atos decisórios.

Trata-se de uma postura fundamentada e dialógica, que partiria do e através do Judiciário, respaldada em direitos fundamentais previstos na Constituição, que pode contribuir com a consolidação do próprio regime democrático, sem, no entanto, provocar interferências entre os poderes. Isso porque cada um contribuiria com a decisão a partir de sua especialidade. Talvez seja uma realidade distante, contudo, consoante dissertado, já houveram decisões por meio de audiências públicas e *amicie curae* que estabeleceram essa dinâmica de diálogo.

Frisa-se que a discussão teórica realizada nesse trabalho serve para abrir possibilidades para pensar acerca do constitucionalismo brasileiro, da Constituição Federal e da prática jurisdicional. Esse trabalho é um revestimento do caminho e da abertura dessas novas possibilidades. Não serão dadas todas as respostas das quais a democracia necessita, até porque o debate é complexo e não simplório.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVAY, Pedro Vieira. **A separação de Poderes e as medidas provisórias em um Estado Democrático de Direito**. 2010. Brasília: 2010, Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

ABREU, Luciano Arrone de. O sentido democrático e corporativo da não-Constituição de 1937. **Revista Estudos históricos**. Rio de Janeiro, v. 29, n. 58. maio-ago 2016.

ACKERMAN, Bruce. **The new separation of powers**. Harvard Law Review, v. 113, n. 3, 2000.

ANDRÉA et al. Diálogo institucional e democracia: das experiências do Canadá e da África do Sul para o Brasil. **Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC**, p. 1-30, v. 42, 2021, p. 3. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/pbCCqyWG6bG6r3W5sYMkDrC/?format=pdf&lang=pt> Acesso em: 15 fev. 2023.

APOLINÁRIO, Marcelo Nunes. A nova dogmática constitucional da Separação das funções (ou Poderes) estatais e a judicialização da política. **Revista Caribeña de Ciencias Sociales**. 2013. Disponível em: <https://www.eumed.net/rev/caribe/2013/09/separacao-funcoes-poderes.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2023.

ARGUELHES, Diego W.; RIBEIRO, Leandro M. Ministocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 37, n. 01, p. 13-32. jan./abr. 2018.

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Editora La Fonte, 2017.

AVRITZER, Leonardo. Política e antipolítica nos dois anos de governo Bolsonaro. 2021. Disponível em: [https://issuu.com/grupoautentica/docs/governo\\_bolsonaro](https://issuu.com/grupoautentica/docs/governo_bolsonaro). Acesso em: 13 fev. 2023.

BARBOSA, Claudia Maria; POLEWKA, Gabriela. Juristocracia no Brasil: a perspectiva de Ran Hirschl sobre o empoderamento judicial. **Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça**. Belo Horizonte, v. 1, n.2, p. 309-334. jul./dez. 2015.

BARBOSA, Estefânia M. Q.; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**. São Paulo, p. 59-86, 2012.

BARBOSA, Jucelaine Angelim. **Aspectos da política pública de combate à crise covid-19 sob a ótica constitucional da organização dos poderes**. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2021. p. 26.

BARRETO, Vicente de Paulo. (Org) **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596700. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596700/>. Acesso em: 28 jan. 2023.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, [New York], v. 71, n. 3, p. 1.109-1.180, 2006. Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1378&context=blr>. Acesso em: 16 fev. 2023. p. 1.174-1.175.

BELLAMY, Richard. **Constitucionalismo político: Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia**. Traducción de Jorge Urdániz Ganuza y Santiago Gallego Aldaz. Madrid (ES): Editora Marcial Pons, 2010.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

BOCCHINI, Caio Henrique. **O minimalismo judicial e os parâmetros legais para a interpretação do direito brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. Florianópolis, SC, 2020.

BONAVIDES, Paulo. A evolução Constitucional do Brasil. **Revista estudos avançados**. São Paulo, p. 153-176, 2000.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

\_\_\_\_\_. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 41.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2018.

CAMPOS, Carlos A. A. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional e a teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARDOSO, Oscar Valente. Ativismo judicial ou inativismo parlamentar?. In: Revista Jus Navigandi. Teresina, ano 16, n. 2865, 6 maio 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19047/ativismo-judicial-ou-inativismo-parlamentar>. Acesso em: 28 jan. 2023.

CASTALDO, Antonino. A crise da democracia: uma revisão seletiva do debate acadêmico atual. **Instituto Português de Relações Internacionais**, Lisboa, p. 9-27, set. 2018.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Origens e rumos do constitucionalismo moderno (1820 | 2023). **Revista Polis**, nº 6, p. 93-97, jul./dez. 2022.

DATAFOLHA. “Grau de confiança nas instituições”. São Paulo: Datafolha, 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/09/datafolha-cai-confianca-da-populacao-nas-instituicoes-e-nos-tres-poderes.shtml> Acesso em: 15 fev. 2023.

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

\_\_\_\_\_. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes; 2007.

Enrique Ricardo Lewandowski, Prefácio, in CONTI, José Maurício, A autonomia financeira do Poder Judiciário, **MP Editora**: São Paulo, 2006.

FACHIN, Luiz Edson; SILVA, Christine Peter da. Democracia representativa no Brasil: breves reflexões sobre a participação do povo como sujeito político. **Revista lus Gentium**: Curitiba, vol. 8, n. 1, p. 225-239, jan./jun. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Salvajes**: La crisis de la democracia constitucional. Prólogo y traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid (ES): Editora Minima Trotta, 2011.

FILOMENO, José Geraldo B. **Teoria Geral do Estado e da Constituição**. 11 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986858/>. Acesso em: 28 dez. 2022.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución De la Antigüedad a nuestros días**. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FRANCO, Meliza M. Constitucionalismo e democracia em Ronald Dworkin: liberalismo igualitário e interpretação da constituição. **Revista pensamento Jurídico**, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 4. jan/jun. 2019.

GARAPON, Antonie. **O guardador das promessas**: justiça e democracia. Tradução de Francisco Aragão. Instituto Piaget: Lisboa, 1952.

GARCIA, Luciyellen R.D. ZACHARIAS, Ricardo Almeida. Crise de legitimidade do poder legislativo e ativismo judicial: uma análise crítica do fenômeno como fator de risco para o Estado Democrático de Direito. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7d5430cf85f78c4b>. Acesso em: 28 jan. 2023.

GODOY, Miguel G. As audiências públicas e os *amici curiae* influenciam as decisões dos Ministros do Supremo Tribunal Federal? E porque isso deve(ria) importar? **Revista da Faculdade de Direito**, Curitiba, v. 60, n. 3, p. 137-159, set./dez. 2015.

GODOY, Miguel G; FILHO, Roberto Dalledone Machado. Diálogos institucionais: possibilidades, limites e o importante alerta de Roberto Gargarella. *Revista de Informação Legislativa*. ano 59, n. 233, p. 117-133, jan./mar. 2022.

HABERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Tradução de Hector Fix-Fierro. Universidad Nacional Autónoma de México: México, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

\_\_\_\_\_. **The inclusion of the other**: studies in political theory. Editado por Ciaran Cronin e Pablo de Greiff. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1998.

HACHEM, Daniel W.; PETCHECHUST, Eloi. Supremacia Judicial no Constitucionalismo brasileiro: riscos à democracia e as alternativas das teorias dos diálogos constitucionais. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 121, p. 203-250, jul./dez. 2020.

HAMEL, Marcio Renan. Judicialização da política: um ensaio sobre o procedimentalismo deliberativo na jurisdição constitucional brasileira. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 2010, p. 148-164.

HIRSCHL, Ran. The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. **Fordham Law Review**, v. 75, n. 2, 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=951610>. Acesso em: 24 jan. 2022.

\_\_\_\_\_. **Towards juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.  
JORNADA INTERNACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS, 9, 2019, São Luís. Artigo científico. São Luís: UFMA, 2019. Disponível em: [http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2019/images/trabalhos/trabalho\\_submissao\\_id\\_1553\\_15535cca243bf09a2.pdf](http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2019/images/trabalhos/trabalho_submissao_id_1553_15535cca243bf09a2.pdf). Acesso em: 7 fev. 2023.

KLEIN, Joel Thiago. Juristocracia midiática. **Revista dos Departamento de Filosofia da Universidade do Paraná e da Universidade Federal de São Carlos**. Curitiba, São Carlos, v. 17, n. 2, p. 118-130, dez. 2020.

LEITE, Paulo Moreira. **A outra história do mensalão**: as contradições de um julgamento político. São Paulo: Geração Editorial, 2013. p. 09. Disponível em: [file:///D:/USER/Downloads/A Outra Historia do Mensalao Paulo Morei.pdf](file:///D:/USER/Downloads/A%20Outra%20Historia%20do%20Mensalao%20Paulo%20Morei.pdf) Acesso em: 07 fev. 2023.

LEITE, Roberto Basilone. **Déficit político do poder judiciário brasileiro**: a falta de efetividade no desempenho de suas funções institucionais e o ativismo judicial como interferência indevida em área de atuação própria do poder político. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2011.

LEVINSON, Daryl J. & PILDES, Richard H. Separação de Partidos, não Poderes. Traduzido por Guilherme Guimarães Vasconcelos e Antonio Guimarães Sepúlveda. **Harvard Law Review**, Vol. 119, n. 8, June 2006.

LEVITSKY, Steve; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição Constitucional e Política**. Ativismo e Autocontenção no STF. Curitiba: Juruá, 2014.

LIMA, R. A.; FERREIRA, F.G.B.C. Constitucionalismo e a ordenação do poder estatal: a teoria da Separação dos Poderes e sua função na contemporaneidade. **Revista Brasileira de Teoria Constitucional**, Brasília, v. 3, n. 1, p. 37-55, jan./jun. 2017.

LOCKE, John. **Segundo trato sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1994.

LUHMANN, Niklas. **A Constituição como Aquisição Evolutiva**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele De Giorgi. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5613248/mod\\_resource/content/1/SEMIN%C3%81RIO%202011.%20LUHMANN.%20A%20constitui%C3%A7%C3%A3o%20como%20aquisi%C3%A7%C3%A3o%20evolutiva.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5613248/mod_resource/content/1/SEMIN%C3%81RIO%202011.%20LUHMANN.%20A%20constitui%C3%A7%C3%A3o%20como%20aquisi%C3%A7%C3%A3o%20evolutiva.pdf) Acesso em: 28 dez. 2022.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **The Federalist papers**. New York: Oxford University Press Inc., 2008.

MARCIÓ, Cesar. **O Estado de Direito e a Democracia Constitucional como limites à discricionariedade judicial**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica decisória e diálogo institucional: decidir menos para deliberar melhor. **Revista de Estudos Constitucionais**, Brasília, DF, v. 2, n. 1, p. 49-85, jan./jun. 2022.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORGADO, Cintia, A nova face da separação de poderes – capacidades institucionais, vinculação dos poderes e constitucionalismo cooperativo. **Revista de Direito Processual Geral**, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTEExMA%2C%2C>. Acesso em: 29 jan. 2023.

MOURA, E. A. C. “O Brasil não pode parar”: análise dos limites do ativismo judicial no controle dos atos da administração pública em razão do princípio da legalidade à luz do julgamento da medida cautelar nas ADPFs 668 e 669 pelo Supremo Tribunal Federal. **Anuário de Direito Constitucional Latinoamericano**, Bogotá, p. 425-445, 2020. Disponível em: [https://www.researchgate.net/profile/Karina-Denari/publication/349290334\\_Adjudicacion\\_socioambiental\\_en\\_casos\\_estructurales\\_de\\_Argentina\\_y\\_Brasil\\_aprendizaje\\_mutuo\\_y\\_estrategias\\_comparadas/links/60282566a6fdcc37a824e6a4/Adjudicacion-socioambiental-en-casos-estructurales-de-Argentina-y-Brasil-aprendizaje-mutuo-y-estrategias-comparadas.pdf#page=418](https://www.researchgate.net/profile/Karina-Denari/publication/349290334_Adjudicacion_socioambiental_en_casos_estructurales_de_Argentina_y_Brasil_aprendizaje_mutuo_y_estrategias_comparadas/links/60282566a6fdcc37a824e6a4/Adjudicacion-socioambiental-en-casos-estructurales-de-Argentina-y-Brasil-aprendizaje-mutuo-y-estrategias-comparadas.pdf#page=418). Acesso em: 14 fev. 2023.

MULLER, Friedrich. Prefácio. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza. et al. (Orgs.). **Teoria da constituição**: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

NEGRI, Antonio. **O Poder Constituinte**: ensaio sobre as alternativas da modernidade. 2. ed. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: Editora Lamparina, 2015.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de; MADEIRA, Lúgia Mori. “Judicialização da política no enfrentamento à Covid-19: um novo padrão decisório do stf?”. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 35, p. 1-44, 2021.

PELICIONI, Angela Cristina. A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 43, n. 169, jan./mar. 2006, p. 21-30. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/92742>. Acesso em: 26 jun. 2021.

PIÇARRA, Nuno. **A separação de Poderes como doutrina e como princípio constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed., 1989.

PINHO, Rodrigo César R. **Sinopses Jurídicas v 18 - direito constitucional - da organização do estado, dos poderes e histórico das constituições**. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2019. *E-book*. ISBN 9788553619641. Disponível

em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553619641/>. Acesso em: 26 jan. 2023.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Comentários à Constituição Federal de 10 de novembro de 1937**. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 1938.

RIBEIRO, Josuel E. P. **Os Contratualistas em questão**: Hobbes, Locke e Rousseau, *Prisma Jurídico*, v.16, n.1, 2017.

ROCHA, Jean Paul C. V. da. Separação de Poderes e Democracia Deliberativa. In:

NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo R. (Coord.). **Direito e democracia**: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008.

ROSA, Lucas F. A. Minimalismo Judicial: limites e possibilidades de sua aplicabilidade ao sistema judicial brasileiro. MENDES, Gilmar Ferreira;

MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (Org.). **Jurisdição Constitucional, Direitos Fundamentais e experimentalismo institucional**. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, p. 123-147, 2012.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

SADEK, Maria Tereza Aina. Judiciário: a institucionalização como poder. **Revista USP**, São Paulo, nº 134, p. 109-126. Jul./set. 2022.

SANTOS, Boaventura. et al. Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas. **Centro de Estudos Sociais**: Coimbra, 1995. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/10965/1/Os%20Tribunais%20nas%20Sociedades%20Contempor%C3%A2neas.pdf>> Acesso em: 25 jan. 2023.

SARTORI, Giovanni. Nem presidencialismo, nem parlamentarismo. *Novos estudos Cebrap*, n. 35, p. 3-14, mar. 1993.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o Controle de Constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 250, 2009.

SILVA, Luiza Cristina; SOUZA, Leonardo da Rocha de. Supremocracia: os limites de atuação do Supremo Tribunal Federal. **Revista Stória e Política**, Palermo, n. 1, p. 116-152, 2022.

SILVEIRA, Daniel Barile da. **O poder contramajoritário do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Grupo GEN, 2013. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522485451/>. Acesso em: 09 fev. 2023.

STRECK, Lenio L. **Verdade e consenso**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. *E-book*. ISBN 9788547215644. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547215644/>. Acesso em: 30 jan. 2023.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Grupo GEN, 2019. *E-book*. ISBN 9788530987497. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987497/>. Acesso em: 13 fev. 2023.

\_\_\_\_\_. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set. dez. 2016.

SUNSTEIN, Cass R. Beyond judicial minimalism. **Tulsa Law Review**. V. 43, n. 4, p. 825-842, 2007.

\_\_\_\_\_. **One case at a time**: judicial minimalism on the Supreme Court.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CASE LAW COMPULATION Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/3966/1184768.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em: 11 fev. 2023.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial**: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências norte-americana e brasileira. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2012.

TAVARES, Marcelo Leonardo. Semipresidencialismo no Brasil. Por que não? **Revista de Informação Legislativa**, a. 54, n. 215, p. 59-78, jul./set. 2017. p. 61.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **O poder e o povo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 56. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788502208896/pageid/56> Acesso em: 23 dez. 2022

TORRES, Mateus Gamba. O Judiciário e o ato institucional nº 5: repressão e acomodação em 1968. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal da Grande Dourados**. v.5, nº 9, p. 125-138, 2018. Disponível em: <http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/movimentacao> Acesso em: 27 dez. 2022.

VALE, Luis M. B. do; SILVA JÚNIOR, Denarcy S. da. Sobre Ativismos e Discricionariedades: STF e o Estado de Coisas Inconstitucional. Artigo publicado no XXV Encontro Nacional do Conpedi em Brasília – DF, 2016. p. 390.

VALLE, Juliana Carla de Freitas do. Medidas provisórias e usurpação da função legislativa. **Caderno da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 9, n. 14, p. 165-192, jan./dez. 2007.

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

VIANNA, Luiz Werneck. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

\_\_\_\_\_. **Não há limites para a patológica judicialização da política**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-03/luiz-werneck-vianna-nao-limites-judicializacao-politica>>. Acesso em: 24 ago. 2022.

VIEIRA, O. V. et al. Supremocracia e infralegalismo autoritário: o comportamento do Supremo Tribunal Federal durante o governo Bolsonaro. **Revista Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, v. 41, n. 3, p. 591-605, set./dez. 2022.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**: Da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Artes, 2018.

\_\_\_\_\_. Supremocracia. **Direito FGV**, v. 4, n. 2, p. 441-463, 2008.

WADA, Ricardo Morishita et al. As decisões monocráticas do Supremo Tribunal Federal em tempos de pandemia: a necessária deliberação suficiente. **Revista de Direito Público**, Brasília, v. 17, n. 94, p. 75-99, jul./ago. 2020.