



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
ARTIGO CIENTÍFICO

**A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES X ATIVISMO JUDICIAL:
DESAFIOS E PERSPECTIVAS NO ATUAL CENÁRIO POLÍTICO E JURÍDICO
BRASILEIRO**

ORIENTANDO: BRENO HENRIQUE SANTOS SILVA
ORIENTADORA – PROFA. DRA. MARIA CRISTINA VIDOTTE B TARREGA

GOIÂNIA-GO
2021

BRENO HENRIQUE SANTOS SILVA

**A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES X ATIVISMO JUDICIAL:
DESAFIOS E PERSPECTIVAS NO ATUAL CENÁRIO POLÍTICO E JURÍDICO
BRASILEIRO**

Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).
Profa. Orientadora – Dra. Maria Cristina Vidotte B Tarrega

GOIÂNIA-GO
2021

BRENO HENRIQUE SANTOS SILVA

**A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES X ATIVISMO JUDICIAL:
DESAFIOS E PERSPECTIVAS NO ATUAL CENÁRIO POLÍTICO E JURÍDICO
BRASILEIRO**

Data da Defesa: 10 de junho de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Profa. Dra. Maria Cristina Vidotte B Tarregga Nota

Examinadora Convidada: Profa. Ma. Márcia Rosana R Cavalcante Nota

SUMÁRIO

RESUMO.....	5
INTRODUÇÃO.....	5
1 FORMAÇÃO DO ESTADO.....	6
1.1 FORMAS DE GOVERNO.....	10
1.2 SISTEMAS DE GOVERNO.....	15
2 NEOCONSTITUCIONALISMO.....	18
3 TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	22
3.1 Poder Legislativo.....	27
3.2 Poder Executivo.....	29
3.3 Poder Judiciário.....	31
4 JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL.....	34
CONCLUSÃO.....	38
RESUMO EM LÍNGUA ESTRANGEIRA.....	39
PALAVRAS-CHAVE EM LÍNGUA ESTRANGEIRA.....	40
REFERÊNCIAS.....	40

A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES X ATIVISMO JUDICIAL: DESAFIOS E PERSPECTIVAS NO ATUAL CENÁRIO POLÍTICO/JURÍDICO BRASILEIRO

Breno Henrique Santos Silva¹

O presente trabalho objetiva analisar a formação do Estado, identificando o fenômeno da Separação dos Poderes, sob a ótica da jurisdicalização e do ativismo judicial. A Teoria da Separação dos Poderes surgida na formação do Estado Liberal e consolidada na Constituição Federal de 1988, salienta os limites e competências de cada Poder Constitucional. Expõe um novo Direito Constitucional, a partir da formação do Estado Constitucional de Direito e da centralidade dos Direitos Fundamentais. O neoconstitucionalismo evidencia a força normativa constitucional e há uma nova dogmática de interpretação do texto constitucional. É notório o protagonismo do Judiciário resultante de uma expansão litigiosa no Brasil. Com isso, pretende analisar a fundo a interferência do Poder Judiciário nos demais Poderes, verificando se há descumprimento da cláusula pétrea da Separação dos Poderes, inclusive apresentando casos concretos de ativismo judicial no cenário político e jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Separação dos Poderes. Neoconstitucionalismo. Ativismo Judicial.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como escopo a Teoria da Separação dos Poderes surgida na formação do Estado Liberal, consolidada no atual ordenamento jurídico brasileiro e prevista no artigo 2º da Constituição Federal Brasileira, delimitando os limites e funções de cada Poder do Estado Brasileiro. O tema abordado é importante pois trata de organizações, funções e competências de poderes constitucionais em Estados Democráticos de Direito. Buscaremos refletir sobre ser legal/constitucional a interferência do Poder Judiciário a fim de inovações no ordenamento jurídico

¹ Acadêmico do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGO)

brasileiro criando “novas” interpretações e normas. Além disso, em quais momentos o Poder Judiciário poderá intervir nas funções dos demais Poderes.

De acordo com princípio constitucional da inércia processual ou de jurisdição, há proibição do magistrado em iniciar uma demanda em nome do sujeito de Direito, ou seja, nenhum juiz poderá prestar tutela jurisdicional sem o impulso da parte. Através da hipótese do princípio da inércia processual poderemos realizar análises críticas sob a forma que o ativismo judicial está enraizado no ordenamento jurídico brasileiro. Não cumprindo com suas obrigações, o Poder Judiciário deve intervir a fim de assegurar os preceitos constitucionais vigentes? O Poder Judiciário não deve, ao praticar ativismo, violar a separação de poderes e a soberania popular como a segurança jurídica, alicerces essenciais do Estado Democrático de Direito.

Nessa pesquisa, o objetivo geral foi de analisar o atual cenário político/jurídico brasileiro a fim de identificar se o ativismo judicial compromete a separação e a interdependência entre os Poderes da República. E, como específicos, explicar o conceito de ativismo judicial, apontado suas causas e consequências; verificar se o Poder Judiciário brasileiro se sobrepõe aos demais Poderes na atualidade; exemplificar casos concretos de ativismo judicial e analisar se a atuação do Poder Judiciário interfere nos demais Poderes da República.

Tendo em vista o tema a ser tratado, a fundamentação teórica se deu através de análises em artigos, livros, noticiários, *podcasts*, revistas forenses, leis, jurisprudências, anais de congressos e debates legislativos. Não foi necessário a utilização de pesquisa de campo, tendo em vista que, o tema abordado possui vasto conteúdo encontrados nos exemplos supracitados. Com isso, a pesquisa foi elaborada a partir de estudos detalhados sobre o tema a partir de recursos bibliográficos.

1 FORMAÇÃO DO ESTADO

A palavra Estado deriva da expressão em latim *status*, que possui o significado de firmeza ou estar firme. O responsável pela expressão foi o italiano

Nicolau Maquiavel que identificou o significado de Estado como uma sociedade política, organizada e permanente. O Estado caracteriza-se, então, por ser uma organização social que rege determinados comportamentos de seus membros resultando numa hierarquização de poder.

De acordo com Lubrano (2018, 04min24s), Maquiavel, ao escrever sua obra O Príncipe, “visava uma única pessoa, tinha como intenção um único leitor, uma pessoa muito especial, [...] Lorenzo Piero Di Médici, que vinha a ser justamente o governante da cidade de Florença naquela época”. Florença, em 1530, era o epicentro do humanismo e do renascimento, resultando assim, num período de grandes transformações culturais, políticas, científicas, econômicas e filosóficas.

Com todas essas mudanças, havia diversas instabilidades políticas resultando em guerras e revoluções. Maquiavel referia em ‘Príncipe’ na sua obra aos reis, lordes, duques, imperadores, barões e aos Papas. Além disso, acreditava que as repúblicas eram modelos de governos mais justos e eficientes. Com todas as tribulações na região, os Médici foram expulsos de Florença por serem contra a aplicação de república num sistema governamental.

Em consequente, Lubrano (2018, 11min20s) contextualiza que, com a eleição do Papa Leão X, João de Lourenço de Médici, a família volta ao poder acabando com a república até então instaurada naquela região. Maquiavel foi preso, torturado e exilado por lutar contra a imposição do absolutismo em Florença. O intuito do autor seria ‘seduzir’ o príncipe Lourenço de Médici, explicando todos os detalhes que um monarca deveria realizar para conquistar e se manter no poder.

Vejamos:

A um príncipe que queira se manter, aprender a poder não ser bom e usar ou não da bondade, segundo a necessidade. [...] é necessário seja o príncipe tão prudente que saiba fugir a infâmia daqueles vícios que o fariam perder o poder, cuidado evitar até mesmo aqueles que não chegariam a pôr em risco o seu posto; mas, não podendo evitar, é possível tolerá-los, se bem que com quebra do respeito devido. Ainda, não evite o príncipe de incorrer na má faina daqueles vícios que, sem eles, difícil se lhe torne salvar o Estado. (MAQUIAVEL, 2020, p. 91/92)

Toledo (2017, s/p) leciona que há diversos posicionamentos sobre quando, como e onde surgiu o Estado. Há três principais posicionamentos fundamentais: 1) o Estado sempre existiu na sociedade; 2) somente sociedades políticas que tenham características bastante claras podem ser inseridas no conceito de Estado e 3) Karl Schmidt conceitua Estado como conceito histórico concreto com surgimento através da prática de soberania.

Na mesma linha de pensamento, Toledo (2017, s/p) ensina que há duas justificativas que expressam a existência do Estado, a teoria naturalista e a teoria contratualista. A corrente naturalista, que tem Aristóteles como precursor, diz que a sociedade é um fato social. O Estado decorre da própria natureza do homem, ou seja, naturalmente o ser humano é propenso a viver em sociedade. Com isso, há necessidade de institucionalização e organização para orientar os membros inseridos na sociedade.

Destacamos:

É evidente, pois, que a cidade faz parte das coisas da natureza, que o homem é naturalmente um animal político, destinado a viver em sociedade, e que aquele que, por instinto, e não porque qualquer circunstância o inibe, deixa de fazer parte de uma cidade, é um ser vil ou superior ao homem [...]
(ARISTÓTELES, 1997, p. 13.).

Nesse sentido, o ser humano necessita do Estado, de uma forma institucionalizada de governo, pois naturalmente há de se viver em “cidade”, compartilhando o mesmo ambiente com interdependência. O indivíduo que se negar a viver em sociedade é mesquinho ou sente-se superior à raça humana. O homem sendo um ser que consegue suas realizações se estiver inserido permanentemente no Estado. É consequência natural da formação humana a vida coletiva e compartilhada.

Já a corrente contratualista ou teoria do contrato social aduz que o Estado nasce a partir de um contrato entre os homens que os “firma” pelo estado de natureza. Para que o Estado surja, os homens devem realizar contratos entre eles, abdicando ou não em prol da vida em sociedade.

Os homens em seu estado natural são pessoas cruéis que corrompem a própria espécie. O indivíduo possui liberdade, porém, exerce irregularmente. Nessa perspectiva o contrato social resultaria em condições possíveis sem que haja conflitos entre membros de uma sociedade. Faz-se necessário que o homem renuncie do direito natural da liberdade para viver em sociedade, resultando assim, no surgimento de um soberano com poderes absolutos.

Além disso, Hobbes acreditava que os homens devem abdicar a liberdade em troca da ordem social controlada por um soberano. Nesse sentido, o Estado representa os cidadãos e é a única fonte de lei que assegura a ordem. O Estado surge a partir da formação de um contrato social, caso contrário, não há Estado.

Conforme anotou Hobbes (1983, p. 102)

Quando alguém transfere seu direito, ou a ele renuncia, fá-lo em consideração a outro direito que reciprocamente lhe foi transferido, ou a qualquer outro bem daí espera. Pois é um ato voluntário, e o objetivo de todos os atos voluntários dos homens é algum *bem para si mesmos*. A transferência mútua de direitos é aquilo que se chama *contrato*.

Entende-se que, a partir das reflexões Locke que o homem em seu estado de natureza vive pacificamente sem que haja necessariamente um Estado para controlar a ordem social. Sendo assim, o Estado surge a fim de garantir direitos naturais do homem.

O homem possui direito à propriedade privada, a vida e a ao trabalho e, para que esses direitos sejam assegurados, o Estado deve surgir criando legislações ligadas diretamente à essas finalidades. O Estado surge com o consentimento da vontade popular.

Para Oliveira (2009, p.303):

Sendo os homens, conforme acima dissemos, por natureza, todos livres, iguais e independentes, ninguém pode ser expulso de sua propriedade e submetido ao poder político de outrem sem dar consentimento. A maneira única em virtude da qual uma pessoa qualquer renuncia à liberdade natural e se reveste dos laços da sociedade civil consiste em concordar com outras pessoas em juntar-se em comunidade para viverem com segurança, conforto e paz umas com as outras, gozando garantidamente das

propriedades que tiverem e desfrutando de maior proteção contra quem quer que não faça parte dela.

Dessa forma, o homem entrega seus direitos ao Estado em troca de que este garanta eficiência na preservação de suas propriedades. O Estado, representado por um governante, utiliza do poder demandado pelo povo para punir infratores que ataquem a ordem social. O Estado deve coibir ameaças ou opressões que venham a ser realizadas por homens em seus estados de natureza.

1.1 FORMAS DE GOVERNO

A classificação mais antiga já encontrada pelos historiadores sobre forma de governo é a de Aristóteles, apresentada em sua obra *A Política*, publicada em 1530. Segundo Azambuja (1988, p. 231) “[...] a palavra constituição e governo significam a mesma coisa, pois o governo é a autoridade suprema nos Estados, e que necessariamente essa autoridade suprema deve estar nas mãos de um só, de vários ou da multidão”.

A ideia é que, quando tais indivíduos detém o poder de governo visando o interesse geral, a Constituição (governo) permanece puro e sã. Por outro lado, a Constituição, quando corrompida, se torna impura, tendo em vista o interesse exclusivo de um ou de vários indivíduos. Segundo Darcy Azambuja (1988, p. 205) “a tradução da obra aristotélica é nebulosa, devendo se ater ao seu pensamento e não as suas palavras”.

Nessa linha de pensamento, entende-se que o governo é exercido por um só indivíduo, com o objetivo de visar o bem comum, há a monarquia ou a realeza. Ao contrário, quando o governo é representado por um só indivíduo, visando seu próprio interesse e utilizando de opressão, há a tirania ou despotia, sendo assim, um exemplo de forma maquiada da monarquia.

Há aristocracia quando uma minoria privilegiada, a nobreza, detém poderes e privilégios próprios para governar em benefício de todos os governados; se o governo for exercido pela minoria privilegiada, acima descrita, com o intuito de benefício próprio não beneficiando os governados, ocorre a oligarquia.

Nesse íterim:

Aristóteles afirma que, em abstrato são melhores as primeiras duas formas de governo, mas realisticamente considera que, no concreto, dado que os homens são como são, a forma melhor é a política, que é substancialmente uma constituição que valoriza o segmento médio. Com efeito, a política é praticamente caminho intermediário entre a oligarquia e a democracia, ou se assim se preferir, uma democracia temperada pela oligarquia, assumindo-lhe os méritos e evitando-lhe os defeitos. (ANTISERI, 2003, p. 222)

Além disso, Aristóteles (2020, cap. III, s/p) acrescenta,

Admitem-se duas espécies principais de governos, como se admitem duas espécies de ventos, os do norte e os do sul; os outros não passam de alterações desses. Assim, há duas formas de governo – a democracia e a oligarquia; porque considera-se a aristocracia como uma espécie de oligarquia e o que se denomina república não passa de uma democracia.

Nesse sentido, outra forma de governo seria a democracia, ou seja, um governo exercido por representantes dos cidadãos e visando o bem comum da sociedade. Nesse sentido, o povo seria o supremo do governo e do regime nas Constituições democráticas, pois formam a partir da união, uma grande massa de cidadãos resultando em uma multidão que sempre dará sua decisão, não sendo necessariamente unânime.

Um dos pontos marcantes da democracia seria o exercício da cidadania sendo que, as decisões e vontades da população, devem ser dominadas a partir de escolhas por maioria de cidadãos livres. Por último, demagogia refere a uma das formas de governo onde há o exercício pela massa de cidadãos revoltados ou influenciados diretamente pelos governantes com o fim de oprimir os governados. É um tipo de forma impura e corrompida da democracia.

Maquiavel, por sua vez, entende que há duas formas de governo: principados e repúblicas. Segundo Bobbio (1981, p. 83) "o principado corresponde ao reino; a república, tanto à aristocracia como à democracia". Em outras palavras, o principado representaria a residência do poder na vontade de um só indivíduo. A vontade

coletiva, quando manifestada a partir de uma assembleia ou colegiado, haveria a forma de governo conhecida como república.

Salientamos:

A diferença existente entre a vontade de um colegiado restrito, como numa república aristocrática, e a vontade numa assembleia popular, como a de uma república democrática, é menos relevante do que a diferença entre a vontade de um soberano único, que é a vontade de uma pessoa física, e a vontade de um soberano coletivo, que é a de uma pessoa jurídica (de uma “pessoa fictícia”). O que se modifica, na passagem do principado para a república, é a própria natureza da vontade envolvida; da república aristocrática para a república democrática, o que muda é somente o modo de formação da vontade coletiva. (BOBBIO, 1981, p. 84)

Principados traduzem como forma de governo onde o poder é transferido de acordo com uma lei constitucional de sucessão, o que define em sua obra *O Príncipe*, como principados hereditários.

Maquiavel definiu duas formas de governo existente no Estado, o principado e a república. Na República apresentam-se três modalidades: a aristocrática que era representada por Esparta, onde existia uma maioria que era subordinada por um poder concentrado nas mãos de uma minoria; a democracia restrita, que era representada por Atenas, sendo uma forma de concentração de poder contrário ao de Esparta; e a democracia ampla que era uma forma de autogoverno exercido pela coletividade que esta forma de governo estava presente em Roma. (NASCIMENTO, 2014, p. 01)

Diferente de Maquiavel, Thomas Hobbes não entende que as formas de governo se resumem, exclusivamente, em boas, más e o governo misto. O poder soberano é absoluto e, caso não fosse absoluto, não seria soberano, como observou Hobbes. O soberano tem a função de ser o juiz da conduta dos seus súditos e, sua própria conduta, é julgada por ele mesmo. Faustino e Pagliusi (2020, p. 20) salientam que “quanto às formas de governo, Hobbes aceita a monarquia, a aristocracia e democracia, porém rechaça a viabilidade de governos mistos por uma razão basilar: o poder soberano não pode ser fracionado. ”

De acordo com Hobbes (1988, p. 162):

O soberano de um Estado, quer seja uma assembleia ou um homem, não se encontra sujeito às leis civis. Dado que tem o poder de fazer e revogar as leis, pode quando lhe aprouver libertar-se dessa sujeição, revogando as leis que o estorvam e fazendo outras novas; por consequência já antes era livre. Porque é livre quem pode ser livre quando quiser. E a ninguém é possível estar obrigado perante si mesmo, pois quem pode obrigar pode libertar, portanto quem está obrigado apenas perante si mesmo não está obrigado. (HOBBS, 1988, p. 162).

Por meio do poder soberano, o Estado obriga os homens a cumprirem as leis civis, controla suas ações e assegura a paz social e a segurança. Sendo assim, seria necessário um Estado civil e com poderes soberanos obrigando seus indivíduos a cumprirem os pactos editados por este Estado. Caso o indivíduo não cumpra com seus deveres ou tenha comportamentos desfavoráveis ao interesse do soberano, o uso da força e da coerção seriam maneiras de assegurar a forma da lei.

Por outras palavras:

Frisa-se que o soberano tem a obrigação de assegurar a ordem da sociedade e a vida dos seus súditos, pois os mesmos só abriram mão do estado natural para proteger sua própria vida ameaçada na guerra total. Se não for garantida a segurança, o súdito tem o direito de se rebelar, pois o pacto é nulo. (CATAPAN, 2016, p. 01)

Em sua obra *O Espírito das Leis*, Montesquieu (1748) demonstra que, por espírito das leis “devem se entender as relações que caracterizam um conjunto de leis positivas e históricas que regulam as relações humanas nas várias sociedades”. Sendo assim, as leis se transformam na razão humana que governam os indivíduos. Montesquieu (1748) defendia a ideia de que havia três espécies de governo: o republicano, o monárquico e o despótico.

Entende-se por governo republicano como aquele que o povo, ou parte dele, exerce o poder de governo. A República poderia ser dividida entre democracia – onde todos os indivíduos participam do poder – e a aristocracia, quando apenas uma parte dos indivíduos o exercem.

Em conseqüente, há o governo monárquico onde determinado indivíduo governa conforme suas leis fixadas e estabelecidas. Por fim, o governo despótico caracteriza-se por não existirem leis e sequer regras, onde um déspota – governante arbitrário – decide todos os assuntos conforme seu desejo.

Aliás:

O que significa aqui também para Montesquieu a diferença fundamental com respeito ao poder soberano é identificada no governo de um só e no governo de mais de uma pessoa (não importa se os governantes são muitos ou poucos). Mas a tipologia de Montesquieu difere da de Maquiavel por ser tríplice, como a dos antigos. como uma peculiaridade: chega a tripartição pelo acréscimo de uma forma de governo tradicionalmente considerada forma específica de monarquia, [...] quer dizer, do despotismo. se considerarmos mais de perto a definição dada ao despotismo por Montesquieu, na passagem que reproduzimos, perceberemos que ele define nos mesmos termos como que se vinha definido tradicionalmente a tirania, em especial a tirania *ex parte exercita* - isto é, como o governo de uma só pessoa “sem leis ou freios”. Em suma, a terceira forma de governo de Montesquieu corresponde, na teoria clássica, a uma das formas más ou corrompidas. A consequência é que a tipologia que estou descrevendo é bastante anômala [...] a anomalia consiste no fato de que mistura dos critérios diferentes - o dos sujeitos do poder soberano, que permite distinguir a monarquia da República, e o do modo de governar, que leva de distinção entre monarquia e despotismo. (BOBBIO, 1981, p. 130/131)

Para Jean Bodin (BOBBIO, 1981, p. 97) inicialmente, admite-se três formas de Estado: a monarquia, a aristocracia e a democracia. Há fortes críticas nas formas de governo misto, pois, a soberania somente poderia ser exercida pelas mãos de uma única pessoa ou de um único grupo. E, caso houvesse delegação de poderes e competências, o verdadeiro poder estaria sendo ameaçado, o que impossibilitaria seu exercício.

Segundo Bobbio (1981, p. 97):

(...) há três regimes ou formas de Estado: monarquia, aristocracia e democracia. Já dissemos que a monarquia é o Estado onde há um só soberano, estando o povo excluído da soberania; democracia, ou regime

popular, é aquele em que todo o povo - ou sua maioria reunida em assembleia — tem o poder soberano; na aristocracia, uma minoria, reunida num órgão decisório, tem o poder soberano e legisla para o restante do povo — tanto de modo geral como para os indivíduos em particular. (BOBBIO, 1981, p. 97)

As ideias filosóficas resultavam em três elementos que manteriam a soberania da sociedade: a justiça, a família e os bens públicos. Identificavam como democracia quando o poder era exercido pela maioria, a aristocracia, quando o poder era exercido pela minoria, e a Monarquia, quando o poder era exercido apenas por uma pessoa, um “príncipe”, ou seja, rei.

Logo, a monarquia seria a forma mais adequada de governo pois, o monarca controlaria os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Sendo assim, todos os súditos seguindo leis editadas pelo monarca, ocasionaria uma sociedade organizada.

1.2 SISTEMAS DE GOVERNO

Leite (2016, p. 01) ensina que “o sistema de governo tem por objetivo identificar o modo como se desenvolve a relação entre os Poderes políticos do Estado, em especial, o Executivo e o Legislativo, no exercício das funções governamentais.” Nesse sentido, entende-se que, sistema de governo caracteriza-se pela forma segundo a qual o governo se organiza, estrutura, exerce ou desempenha suas funções.

Para Teixeira (2016, p. 01)

No campo teórico, Montesquieu, analisando os problemas advindos do absolutismo monárquico, conceberia, em sua célebre obra, o Espírito das Leis, como solução, um sistema de tripartição do poder, atribuindo-o a órgãos distintos e independentes entre si, que passaria a ser o modelo seguido pelas atuais constituições das Repúblicas e Monarquias. Mas, na prática, dois países estruturariam com sucesso a divisão e exercício dos

poderes pelo Estado, e, pouco a pouco, foram espalhando os seus sistemas pelos continentes.

Atualmente, o sistema de governo refere-se ao modo pelo qual os Poderes políticos são divididos e exercidos dentro de um Estado. De um lado, atribui-se o exercício do Poder Executivo a um Presidente, e, de outro, o Poder Legislativo, responsável pela criação de leis, atribui-se competência ao Congresso ou a Assembleia. Nesse caso, há o sistema presidencialista, adotado pelo Brasil, onde o presidente e os parlamentares são escolhidos diretamente pelo povo, possuem um período fixo e determinado.

Nesse sentido:

O governo presidencialista foi inventado pelos delegados presentes na Convenção Constitucional dos Estados Unidos em 1787. A maioria dos delegados admirava a Constituição britânica (não-escrita) por sua “separação dos poderes” em um Judiciário independente tanto do Legislativo quanto do Executivo; um Legislativo (o Parlamento) independente do Executivo; e um Executivo (a monarquia) independente do Legislativo. Os delegados procuravam emular as virtudes da Constituição britânica, mas a monarquia estava completamente fora de questão: viram-se perplexos com o problema do Executivo. Sem nenhum modelo histórico importante a utilizar como base, lutaram com a questão por quase dois meses, antes de encontrar a solução. Embora aquela convenção tenha sido uma extraordinária reunião de talentos constitucionalistas, a passagem do tempo dotou os delegados de uma visão de futuro bem maior do que nos revelam os registros históricos ou do que a falibilidade do ser humano nos permitiria imaginar. (DAHL, 2001, p. 139-140)

No presidencialismo a chefia de governo é unipessoal. Além disso, há um mandato fixo e alguns países admitem a reeleição, como ocorre no Brasil. Outra característica desse sistema é o poder de veto dado ao presidente cujo objetivo é de manter o equilíbrio entre os poderes a fim de evitar poder exacerbado do Poder Legislativo ao editar normas realizadas pelo parlamento.

Além do sistema presidencialista, há também o sistema parlamentarista, caracterizado por possuir duas divisões: a república parlamentarista e a monarquia parlamentarista.

Teixeira (2016, p. 01) salienta que,

O primeiro caso dar-se-ia na Inglaterra. Em 1642, as discordâncias entre o rei e o parlamento levariam a uma guerra civil, que resultaria na reestruturação da distribuição dos poderes políticos, até então vigente. A monarquia foi derrotada e abolida, mas, após uma experiência de ditadura republicana, acabou sendo reinstaurada, com Carlos II e, seu irmão, Jaime II. No entanto, estes reinados foram marcados por constantes embates entre a extensão dos poderes do rei e a extensão dos poderes do parlamento, abrindo o caminho para novos conflitos internos. A solução ocorreria, em 1689, com o Bill of Rights, que introduziria mudanças profundas no sistema político: coroar-se-ia um novo monarca, Guilherme de Orange, sem que lhe fossem outorgadas as mesmas competências de seus antecessores. De fato, o rei deixava de governar, passando esta atribuição a um membro destacado do Parlamento, denominado de primeiro-ministro, que formaria um gabinete, com pessoas de sua confiança, para auxiliá-lo. O Parlamento passava, assim, a deter, além de suas tradicionais funções legislativas, competências nas áreas administrativas, fiscais, financeiras e militares.

Para Hauer (2018, 00min45s) “[...] o chefe de Estado, presidente ou monarca, não é responsável pelas decisões políticas, sobrando um espaço mais voltado para representação do Estado”. Sendo assim, o chefe de governo exerce as decisões políticas e chefia do Poder Executivo, através de um Primeiro-Ministro eleito diretamente pelo parlamento. Outra característica desse sistema é a duração do mandato do Primeiro-Ministro. O Primeiro-Ministro não possui tempo mínimo ou máximo de atuação, porém, pode ser afastado a qualquer momento desde que possua voto de desconfiança.

Mais precisamente:

A dissolução do Parlamento e a convocação de eleições gerais, para renovação da representação popular, poderão ser levadas a efeito em circunstâncias especiais. Através do jogo da confiança parlamentar, com a possibilidade de destituição do Gabinete e de dissolução do Parlamento, com a convocação de eleições gerais para sua renovação, busca-se atender à vontade popular e, ao mesmo tempo, evitar a instabilidade do governo, que costuma ser apontada como uma das falhas do sistema. (PAIVA, 1965, p. 113)

Em síntese, o Poder Legislativo é representado por um parlamento, este, eleito pelo povo. Há certa dependência entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, pois estes, são constituídos por membros do mesmo parlamento. O chefe de governo, indicado pelo parlamento, executa as políticas públicas e não tem mandato fixo. O chefe do Estado é responsável pela continuidade do Estado nacional e possui poderes limitados ou simbólicos.

2 NEOCONSTITUCIONALISMO

Para alcançar o estudo sobre o fenômeno do neoconstitucionalismo de forma clara e concisa faz-se necessário, a princípio, compreender sobre o conceito de constitucionalismo. Lenza (2019, p. 64) cita que há “vários constitucionalismos, como o inglês, o americano e o francês, preferindo falar em “movimentos constitucionais”, de acordo com José Joaquim Gomes Canotilho.

Canotilho (2003, p. 51) conceitua constitucionalismo como:

(...) teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.

Por outro lado, o entendimento de Alexandre de Moraes (2007, p. 01) conforme “a origem formal do constitucionalismo apresenta dois traços marcantes: organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais”.

A título de apontamento, temos como exemplo de organização estatal o que dispõe no artigo 18, § 3º da Constituição Federal:

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

§ 3º Os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais, mediante aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito, e do Congresso Nacional, por lei complementar.

Além disso, uma das limitações do poder estatal encontra-se no artigo 19, § 1º da Carta Magna:

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou suas representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

Vênia destacar a ideia de constitucionalismo para André Ramos Tavares,

Numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário. Numa segunda acepção, é identificado com a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira concepção possível, para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado. (TAVARES, 2012, p.23)

Encerradas as discussões sobre o constitucionalismo, entenderemos o fenômeno do neoconstitucionalismo. Gutierrez (2012, s/p) conceitua neoconstitucionalismo como “uma nova forma de se interpretar o Direito a partir da valorização dos direitos humanos, cuja expressão máxima são os direitos fundamentais constantes nas Cartas Políticas de cunho democrático.”

Nesse sentido, o neoconstitucionalismo surge para evidenciar a força normativa da Carta Magna, atribuindo maior eficácia jurídica através de ferramentas do controle de constitucionalidade, a eficácia vertical e horizontal do texto constitucional e, a rigidez constitucional.

Mendes e Branco (2020; p. 76-77) assim declararam sobre o neoconstitucionalismo:

O instante atual é marcado pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. A Constituição, além disso, se caracteriza pela absorção de valores morais e políticos (fenômeno por vezes designado como materialização da Constituição), sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis. Tudo isso sem prejuízo de se continuar a afirmar a ideia de que o poder deriva do povo, que se manifesta ordinariamente por seus representantes. A esse conjunto de fatores vários autores, sobretudo na Espanha e na América Latina, dão o nome de neoconstitucionalismo. (MENDES; BRANCO; 2020, p. 76-77)

O neoconstitucionalismo no Brasil foi alavancado, de acordo com Luís Roberto Barroso (2005, p. 03), a partir da “Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. ” Nesse ínterim, o Brasil havia encerrado o regime ditatorial militar e, era de valiosa importância, uma reconstitucionalização resultante de discussão prévia para que uma nova Constituição fosse promulgada a partir de discussões prévias.

Para Barroso (2005, p. 04) “o surgimento de um sentimento constitucional no País é algo que merece ser celebrado. ” Este marco do movimento neoconstitucional é conceituado por Barroso (2005, p. 03) como “o marco histórico do novo direito constitucional. ” Além disso, há também o que Barroso (2005, p. 06) identifica como marco filosófico do neoconstitucionalismo:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto;

procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia. (BARROSO, 2005, p. 06)

Barroso (2005, p. 06-07) explana, por fim, sobre o marco teórico da nova percepção do movimento neoconstitucional:

No plano teórico, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. (...) O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil, de maneira consistente, ao longo da década de 80, tendo enfrentado as resistências previsíveis. Além das complexidades inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, padecia o país de patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional.

Por outro lado, o neoconstitucionalismo enfrenta diversas críticas, conforme Martins (2017, s/p), “trata-se de um método irracional e, por força disso, a decisão jurídica é ditada pelo aplicador do Direito, de acordo com a vontade do intérprete.” Nesse sentido, podemos seguir a linha de pensamento de Espíndola (2015, s/p) que, por sua vez, salienta que “precisamos cuidar para que a toga não assuma uma posição paternalista diante de uma sociedade infantilizada.”

Para o jurista brasileiro Lenio Streck (2014, s/p) “é necessário reconhecer que as características desse neoconstitucionalismo acabaram por provocar condições patológicas”. Sendo assim, essas condições patológicas existentes no

sistema jurídico vigente colaboram “para a corrupção do próprio texto da Constituição”, conforme Streck (2014, s/p).

Agra (2008, p. 31) caracteriza o neoconstitucionalismo como:

(...) a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático Social de Direito. Ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo. Dentre suas principais características podem ser mencionadas: a) a positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b) onipresença dos princípios e das regras; c) inovações hermenêuticas; d) densificação da força normativa do Estado; e) desenvolvimento da justiça distributiva. (AGRA, 2008, p. 31)

Nota-se que o neoconstitucionalismo assumiu o papel eficaz na interpretação jurídica da Constituição assegurando a aplicação dos direitos e garantias fundamentais previstos à luz do princípio democrático. Com o surgimento do movimento neoconstitucional houve a necessidade que a Constituição tornasse força normativa vinculante. Lenza (2019, p. 178) leciona que, em conformidade com a força normativa vinculante “os aplicadores da Constituição, ao solucionar conflitos, devem conferir a máxima efetividade às normas constitucionais. ”

Em suma, compreendemos a existência de diversos atributos através da análise do movimento investigado, como as diferentes formas de interpretação constitucional, o equilíbrio das relações político-sociais, a expansão da jurisdição constitucional e a garantia de condições mínimas do indivíduo.

3 TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O princípio da teoria da separação dos Poderes também conhecido como “tripartição de Poderes”, foi esboçado, inicialmente, nos estudos de Aristóteles (322-382 a.C), em sua obra *A Política*. O filósofo distinguia esta teoria em três tipologias relacionadas aos atos estatais, sendo os atos deliberativos (função legislativa), os executivos (função administrativa) e os judiciais (função jurisdicional).

Lenza (2019, p. 567) instrui que Aristóteles “em decorrência do momento histórico de sua teorização, descrevia a concentração do exercício de tais funções na figura de uma única pessoa, o soberano (...).” Sendo assim, o soberano editava e aplicava normas, além disso, julgava possíveis litígios.

É interessante citar esta lição de Moraes (2007, p. 385):

A Constituição Federal, visando, principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado e da Instituição do Ministério Público, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado democrático de Direito. (MORAES, 2007, p. 385)

Ao contrário de Aristóteles, Guedes (2008, p. 04) afirma que Locke “propunha um tipo de governo limitado, que seria exercido mediante um contrato entre a sociedade e o governante” evitando possível caos. Esse contrato firmado entre a sociedade e o governante garantiria a preservação da vida, da propriedade e da liberdade.

Sobre o Poder Legislativo, Locke (2003, p. 76) demonstra que “(...) é o poder supremo, pois aquele que pode legislar para um outro lhe é forçosamente superior” sendo assim, existindo leis fixando regras e condutas a serem cumpridas .

Em consequente, Locke (2004, p. 75) menciona sobre os Poderes Executivo e Federativo:

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.

Foi pela obra “O espírito das leis”, publicada em 1748, que Montesquieu esclareceu sobre a teoria da Separação dos Poderes. Assim, “em matéria de separação de poderes o oráculo sempre consultado e sempre citado é

Montesquieu. ” (HAMILTON, p. 299). Conforme Barbosa e Saracho (2018, s/p), a ideia de Montesquieu segundo separação de poderes evidencia:

(...) um mecanismo para evitar esta concentração de poderes e estabelecer uma espécie de controle mútuo. Montesquieu acreditava que para afastar governos absolutistas e evitar a produção de normas tirânicas, seria fundamental estabelecer a autonomia e os limites de cada poder. Com isto, cria-se a ideia de que só o poder controla o poder, por isso, o Sistema de freios e contrapesos, onde cada poder é autônomo e deve exercer determinada função, porém, este poder deve ser controlado pelos outros poderes. Verifica-se, ainda, que mediante esse Sistema, um Poder do Estado está apto a conter os abusos do outro de forma que se equilibrem. O contrapeso está no fato que todos os poderes possuem funções distintas, são harmônicos e independentes. (BARBOSA; SARACHO; 2018, s/p)

Sob influência do liberalismo, Montesquieu observou que havia grande ameaça caso todos os poderes do Estado concentrassem-se em uma única instituição. Sendo assim, propôs uma separação mais equilibrada de funções, onde o poder estatal seria dividido em diferentes funções e alocado a diferentes instituições estatais.

Montesquieu (2008, p. 193) salienta que o “poder executivo deve estar nas mãos de um monarca porque essa parte do governo, que quase sempre requer uma ação instantânea”. A função jurisdicional estaria em segundo plano e, para que fosse aplicada, seria necessário algum conflito. Esclarece Mota (2008, p. 178):

Montesquieu reputou o poder de julgar ‘de certo modo nulo’, e tal juízo exige esclarecimentos. É que ele reservava ao Juiz uma função restrita e rígida; ele o conceituava como ‘a boca que pronuncia as palavras da lei’, ao passo que considerava os juízes seres inanimados e incompetentes para moderar quer a força, quer o rigor da lei.

Lenza (2019, p. 567) entende que Montesquieu “inovou dizendo que tais funções estariam intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. ” Sendo assim, o exercício dessas funções não mais estaria concentrado nas mãos de um soberano. Em contraposição ao absolutismo, essas funções passariam a serem exercidas por diferentes órgãos competentes. Com isso, cada Poder deve exercer uma função típica e atuar de forma independente. A ideia da junção de mais de uma função não seria mais permitida, como no absolutismo.

Cabe destacar o art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão onde cita que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição. ” Desse modo, para Lenza (2019, p. 568) “o Estado que estabelece a separação dos poderes evita o despotismo e assume feições liberais. ”

Vênia destacar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição. Esse princípio, que tem assento no art. 2º da Carta Política, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal. (...) O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional. (STF - MS: 23452 RJ, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 16/09/1999, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 12-05-2000 PP-00020 EMENT VOL-01990-01 PP-00086).

Como forma de fortalecer o regime democrático é necessário que haja o sistema de freios e contrapesos (Checks and Balances System), consolidando a separação dos Poderes, torna-os independentes e harmônicos entre si, conforme art. 2º da Constituição Federal: “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Conceituamos o sistema de freios e contrapesos, nas palavras de Guimarães (2005, s/p), como “um complexo mecanismo de controles recíprocos entre os três poderes, de forma que, ao mesmo tempo, um poder controle os demais e por eles seja controlado.” Esse mecanismo possibilita evitar abusos e excessos praticados por outro Poder assegurando a tripartição de poderes.

Em relação a aplicabilidade em contrapeso do Poder Legislativo ao Poder Executivo temos:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
(...)

III - autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País, quando a ausência exceder a quinze dias;
 IV - aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas;
 V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;
 (...)

No que refere o Poder Legislativo atuar em contrapeso ao Poder Judiciário temos a situação quando, competir privativamente ao Senado Federal, “processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade (art. 52, II, CF); aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de Magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição” (art. 52, III, a), etc.

Do Poder Executivo atuando em contrapeso ao Poder Legislativo:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
 (...)
 V - vetar projetos de lei, total ou parcialmente;
 (...)
 Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:
 I - o Presidente da República;
 (...)

Ao Poder Executivo atuar em contrapeso ao Poder Judiciário temos a seguinte situação:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
 (...)
 XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;
 (...)
 XIV - nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei;

Do Poder Judiciário cabe atuar em contrapeso com o Poder Executivo quando:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

(...)

Do Poder Judiciário atuando em contrapeso com o Poder Legislativo:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

(...)

Cumpre enumeramos trecho da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia sobre o assunto em tela:

Que os poderes legislativo, executivo e judiciário do Estado devem estar separados e que os membros dos dois primeiros poderes devem estar conscientes dos encargos impostos ao povo, deles participar e abster-se de impor-lhes medidas opressoras; que, em períodos determinados devem voltar à sua condição particular, ao corpo social de onde procedem, e suas vagas se preencham mediante eleições periódicas, certas e regulares, nas quais possam voltar a se eleger todos ou parte dos antigos membros (dos mencionados poderes); segundo disponham as leis. (Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, 1776)

Em suma, de acordo com Comparato (1999, p. 98) esta declaração “expressa com nitidez os fundamentos democráticos, reconhecimento de direitos natos de toda a pessoa humana, os quais não podem ser alienados ou suprimidos por uma decisão política.” Com isso, faz-se necessário que, em um Estado Democrático de Direito, haja a separação dos poderes e reconhecida como um preceito fundamental, ao contrário do que ocorre em governos absolutistas.

3.1 PODER LEGISLATIVO

Em matéria federal, o Poder Legislativo no Brasil é representado por duas câmaras, a Câmara dos Deputados e a Câmara do Senado Federal. Estas representadas, consecutivamente, pelo povo e por representantes dos entes federados. *Vide* art. 44 da CF/88 diz-se que “o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal”.

Nesse sentido, “o Poder Legislativo em âmbito estadual, municipal, distrital e dos Territórios Federais, ao contrário da estrutura do legislativo federal, é do tipo unicameral, pois composto por uma única Casa”, como entende Lenza (2019, p. 575). No âmbito estadual, o legislativo é exercido pela Assembleia Legislativa, esta composta por Deputados Estaduais – também representantes do povo como na Câmara dos Deputados – que terão o mandato de 4 (quatro) anos. Nos Municípios, “o legislativo municipal é exercido pela Câmara Municipal (Câmara dos Vereadores), composta pelos Vereadores, representantes do povo no Município” como ensina Lenza (2019, p. 577).

Ao analisar as funções típicas e atípicas do Poder Legislativo, Moraes (2007, p. 391) explica que “as funções típicas do Poder Legislativo são *legislar* e *fiscalizar*, tendo ambas o mesmo grau de importância e merecedoras de maior detalhamento”, sendo assim, se por um lado a Carta Magna prevê regras ligadas diretamente ao processo legislativo, por outro lado, compete ao Congresso nacional fiscalizar as áreas contábeis, financeiras, orçamentárias, operacionais e patrimoniais exercidas pelo Poder Executivo, conforme art. 70 desta Carta.

Em consequente, há funções atípicas exercidas pelo Poder Legislativo, sendo estas, administrar e julgar. A função administrativa ocorre em atos organizacionais e operacionais internos, promoções, concessões de férias, licenças de servidores, provimento de cargos, etc. Além disso, este Poder julga mediante pareceres oriundos de Comissões Parlamentares de Inquéritos (CPIs) – disciplinadas no art. 58, § 3º, da CF/88 – fatos certos e determinados em face de parlamentares investigados.

Como dito anteriormente, o Poder Legislativo possui como funções típicas, a legislação e a fiscalização. É através do processo legislativo que há à criação de normas de direito. A partir de “regras procedimentais, constitucionalmente previstas, para a elaboração das espécies normativas” de acordo com Lenza (2019, p. 655),

que surgem os atos previstos no art. 59 da CF/88, ou seja, emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.

A Constituição Federal define as atribuições do Congresso Nacional nos art. 48 e 49. No art. 48 há exigência que ocorra participação do Poder Executivo através de sanção presidencial, enquanto no art. 49 refere às competências exclusivas do Congresso Nacional. Nesse ínterim, o Congresso Nacional, com sanção presidencial, dispõe sobre matérias de competência da União em temas como sistema tributário, arrecadação e distribuição de rendas, concessão de anistia, telecomunicações e radiodifusão, dentre outros elencados no art. 48 da Constituição Federal.

Além de competências do Congresso Nacional, há também competências exercidas privativamente pela Câmara dos Deputados, como por exemplo, *vide* art. 51 da CF/88, elaboração de seu próprio regimento interno, eleição de membros do Conselho da República, autorização de instauração de processos contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado, etc.

O Senado Federal, composto por representantes dos Estados e do Distrito Federal, possui “a mesma relevância e força dada à Câmara dos Deputados” (Moraes, 2007, p. 398) e suas competências privativas estão previstas no art. 52 da CF/88, não dependendo de sanção do Presidente da República. Temos como exemplo, autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios (inciso V), estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (inciso IX) e elaborar seu regimento interno (inciso XII).

Em suma, estas Casas Parlamentares “deliberam por meio de votação, que poderá ser secreta ou ostensiva, ou seja, pública” (LENZA, 2019), sendo assim, exercida pelo voto aberto resultando em transparência que deva ser exercida pelos representantes eleitos pelo povo.

3.2 PODER EXECUTIVO

Entende-se por Poder Executivo, aquele segundo ao qual, “constitui órgão constitucional cuja função precípua é a prática dos atos de chefia de estado, de governo e de administração” (Moraes, 2007). Consoante art. 76 da CF/88, “o Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado”, ou seja, há o exercício das funções de Chefe de Estado e Chefe de Governo nas mãos de uma única pessoa – sistema presidencialista – o Presidente da República.

Como dito anteriormente, no âmbito federal o Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República e, diante da simetria constitucional, os Governadores exercem a chefia dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, além disso, em âmbito municipal, a chefia do Poder Executivo é exercida pelo Prefeito.

Em relação às atribuições do Presidente da República, sendo competência privativa deste cargo (art. 84, CF/88), temos atos como, nomear e exonerar Ministros de Estado; decretar e executar a intervenção federal; sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução e, vetar projetos de lei, total ou parcialmente, etc. Ressaltamos que, dentro deste dispositivo, há funções delegáveis pelo Presidente da República aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações (art. 84, parágrafo único).

Nesse sentido, é pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“EMENTA: 1. Demissão: ocupante do cargo de Policial Rodoviário Federal: processo administrativo disciplinar que se desenvolveu validamente, assegurados ao acusado o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. 2. Presidente da República: competência para prover cargos públicos (CF, art. 84, XXV, primeira parte), que abrange a de desprovê-los, a qual, portanto, é suscetível de delegação a Ministros de Estado (CF, art. 84, parágrafo único): validade da Portaria do Ministro de Estado que – à luz do Decreto 3.035/99, cuja constitucionalidade se declara – demitiu o recorrente” (MS 24.128, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 07.04.2005, Plenário, DJ de 1.º.07.2005).

O Poder Executivo Estadual é exercido pelo Governador do Estado, sendo este, auxiliado pelo Vice-Governador e Secretários de Estado. Entendemos que, as principais funções do Governador são de administrar o Estado e representá-lo em ações jurídicas, políticas e administrativas, além disso, para efetiva atuação em

determinados temas, faz-se necessário que haja cooperação entre a Assembleia Legislativa e o chefe do Poder Executivo em âmbito estadual.

Por derradeiro, temos o Poder Executivo Municipal, exercido pelo Prefeito, auxiliado pelo Vice-Prefeito – “substitui o prefeito no caso de viagem, licença e em algumas hipóteses de afastamento do cargo, como quando o político decide concorrer a outro cargo eletivo” (Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia, 2013, s/p) – e seus Secretários. Este Poder, possui além de competências comuns, a chamada competência suplementar (art. 30, II, CF/88), segundo a qual, neste caso, o Município poderá complementar a legislação federal e/ou estadual sobre determinada matéria às peculiaridades locais (art. 30, I, CF/88).

Destacamos o entendimento do Egrégio Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia (2013, s/p):

Autoridade máxima na estrutura administrativa do Poder Executivo do município, o prefeito tem o dever de cumprir atribuições previstas na Constituição Federal de 1988 ao definir onde serão aplicados os recursos provenientes de impostos e demais verbas repassadas pelo Estado e pela União. A aplicação desses recursos públicos deve obedecer à Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) e o que for fixado na lei orçamentária anual do município, proposta pelo prefeito e votada pelos vereadores, que representam o Poder Legislativo municipal.

Por fim, cumpre ressaltar que, a fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei (art. 31, *caput*, CF/88).

3.3 PODER JUDICIÁRIO

O Poder Judiciário exerce como função típica a jurisdição, ou seja, resolve os conflitos levados à sua apreciação contribuindo para que haja pacificação nas demandas jurisdicionais. Logo, o termo jurisdição corresponde a “uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça”

(CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1996, p. 129), impondo eficácia e validade do ordenamento jurídico em determinado caso concreto.

Além da principal função típica do Judiciário, há também funções atípicas, de natureza administrativa e legislativa, como elaborações de regimentos internos de seus tribunais (art. 96, I, “a”, CF/88), propor a criação de novas varas judiciárias (art. 96, I, “d”, CF/88), prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos à administração da Justiça (art. 96, I, “e”, CF/88), dentre outras funções encontradas neste dispositivo.

Vênia destacar as ideias de Branco e Mendes (2020, p. 1411) acerca do tema:

Destaca-se que, diferentemente do Legislativo e do Executivo, que se encontram em relação de certo entrelaçamento, o Poder Judiciário, ou a Jurisdição, é aquele que de forma mais inequívoca se singulariza com referência aos demais Poderes. Konrad Hesse observa que não é o fato de o Judiciário aplicar o Direito que o distingue, uma vez que se cuida de atividade que, de forma mais ou menos intensa, é exercida, também, pelos demais órgãos estatais, especialmente pelos da Administração. Todavia, o que caracterizaria a atividade jurisdicional é a prolação de decisão autônoma, de forma autorizada e, por isso, vinculante, em casos de direitos contestados ou lesados. (BRANCO; MENDES. 2020, p. 1411)

O Poder Judiciário é guardião da Constituição, dotado de autonomia e independência acerca dos demais Poderes. Sendo guardião da Constituição, faz-se necessário que este possua garantias conferidas aos seus membros para o efetivo exercício da jurisdição. Para que ocorra o efetivo exercício da democracia, resguardando a separação dos Poderes – sem supressões, pressões e obstáculos – e assegurando o livre desempenho, em um Estado Democrático de Direito “os atos políticos do governo estão dentro da esfera de vigiabilidade do Poder Judiciário” (MORAES, 2007, p.479). Esses atos serão vigiáveis e levados à sua apreciação quando possam atentar contra direitos e garantias fundamentais dos indivíduos ou da coletividade.

No art. 92 da Constituição Federal estão enumerados os órgãos do Poder Judiciário, sendo eles: o Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho, os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, os Tribunais e Juízes do Trabalho, os

Tribunais e Juízes Eleitorais, os Tribunais e Juízes Militares e os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal.

É de importância salientar que, no art. 98, II, da Constituição Federal há o estabelecimento da Justiça de Paz – composta de cidadão eleito pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação – como integrante do Poder Judiciário. Neste caso, há o que chamamos de norma de eficácia limitada.

No sistema judiciário brasileiro, há órgãos atuantes tanto em âmbito federal quando estadual. Em âmbito federal encontramos a Justiça Federal – incluindo os Juizados Especiais Federais –, a Justiça Eleitoral, a Justiça Trabalhista e a Justiça Militar. Exercem jurisdição sobre todo o território nacional o Supremo Tribunal Federal e os chamados Tribunais Superiores – Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral e o Superior Tribunal Militar –, conhecidos como órgãos de convergência.

Segundo leciona Lenza (2019, p. 830-831) nas palavras de Dinamarco:

Cada uma das Justiças especiais da União (Trabalhista, Eleitoral e Militar, acrescente-se), tem por cúpula seu próprio Tribunal Superior, que é o responsável pela última decisão nas causas de competência dessa Justiça — ressalvado o controle de constitucionalidade, que sempre cabe ao Supremo Tribunal Federal. Quanto às causas processadas na Justiça Federal ou nas locais, em matéria infraconstitucional a convergência conduz ao Superior Tribunal de Justiça, que é um dos Tribunais Superiores da União embora não integre Justiça alguma; em matéria constitucional, convergem diretamente ao Supremo Tribunal Federal. Todos os Tribunais Superiores convergem unicamente ao Supremo Tribunal Federal, como órgão máximo da Justiça brasileira e responsável final pelo controle de constitucionalidade de leis, atos normativos e decisões judiciais.

Em conseqüente, temos a justiça comum, constituída pela Justiça Estadual (composta por Juízes de primeira instância e Desembargadores que atuam em segunda instância) e a Justiça Federal (tendo como órgãos os Tribunais Regionais Federais e os Juízes Federais). Ao que refere a Justiça Estadual, os Estados organizarão sua Justiça mediante elaboração de regimentos internos, observados os critérios estabelecidos pela Constituição Federal, sendo assim, a Justiça Estadual é de competência residual.

Sobre a Justiça Federal, encontramos as seguintes competências, *vide* art. 108 da Constituição Federal:

- I - processar e julgar, originariamente:
 - a) os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;
 - b) as revisões criminais e as ações rescisórias de julgados seus ou dos juízes federais da região;
 - c) os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal;
 - d) os *habeas corpus*, quando a autoridade coatora for juiz federal;
 - e) os conflitos de competência entre juízes federais vinculados ao Tribunal;
- II - julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição.

Em seguida, temos elencados no art. 109 da CF, as competências dos juízes federais, sendo como exemplos, processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho (inciso I); as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País (inciso II); a disputa sobre direitos indígenas (inciso XI), etc.

Para terminar, a prestação jurisdicional deve obedecer os princípios inseridos na Constituição como a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII), a não exclusão da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV), o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes para com as partes (art. 5º, LV), dentre outros contidos no texto constitucional.

3 JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL

O Estado de Direito sofreu diversas modificações no sentido de abandonar meramente a missão de Estado exclusivamente legislativo, preocupado em garantir

a separação formal dos Poderes e os direitos liberais clássicos, passando a considerar a Constituição um instrumento efetivo de concretização dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, a sociedade entende que esses seus direitos fundamentais não efetivados de forma integral pelos Poderes Executivo e Legislativo, faz-se necessário que, as questões demandadas sejam encaminhadas ao Poder Judiciário, para que este resolva de forma definitiva.

De acordo com Ribeiro (2013, p. 02-03) referente ao processo de judicialização:

Uma das alusões científicas é a do **aumento de complexidade da sociedade**, que demanda soluções, inclusive do sistema jurídico, cabendo, então, ao Judiciário, as que lhe forem demandadas em situações concretas ou até em algumas situações abstratas, genéricas, quando a solução vem das Cortes Superiores, em especial da Corte Constitucional. Outra alusão científica vem de Jürgen Habermas (2001, p. 451-468) quando tratou da colonização sistêmica do mundo da vida. Com efeito, Habermas (2001) expôs que **o mundo da vida, a sociedade em sua essência, tem sido colonizada sistemicamente**, ou seja, no âmbito do sistema jurídico **há demanda por soluções cada vez mais intensas na família, na saúde, na economia, na política e na educação**. A transformação da sociedade exige soluções do sistema jurídico. (RIBEIRO, 2013, p. 02-03) **(grifo nosso)**

Logo, entendemos o conceito de judicialização como o movimento segundo ao qual, “importantes questões políticas, sociais e morais são resolvidas pelo Poder Judiciário ao invés de serem solucionadas pelo poder competente, seja este o Executivo ou o Legislativo” (MANSUR, 2016, s/p). Há maior abertura para que o Judiciário interfira nessas questões através de um controle de constitucionalidade.

Como forma de judicialização, temos o caso da Ex-Presidente Dilma Rousseff analisado pelo Supremo Tribunal Federal na tentativa de anular o processo de impeachment mediante Mandado de Segurança. No mérito, foi pleiteado pela Advocacia Geral da União a anulação da decisão condenatória em desfavor da requerente proferida pelo Senado Federal, questionando a validade do processo.

Ressaltamos parte do julgamento do Mandado de Segurança supracitado:

(...) A análise da acusação e a conclusão sobre o cometimento ou não de crime de responsabilidade serão do Senado Federal, atuando como órgão

jurisdicional, não sendo possível a revisão judicial do mérito da decisão senatorial; **não cabe, portanto, ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL modificar a conclusão de mérito resultante da manifestação de 61 Senadores, entre 81 votantes**, sob a alegação de inexistência de motivos jurídicos plausíveis ou de justa causa para a sua condenação por crime de responsabilidade, em especial quanto aos delitos de contratação de operações de crédito e abertura de crédito, sem autorização do Congresso Nacional. (...) Como se observa, **não há provas de desvio de finalidade e erros de procedimento** na análise das arguições de nulidades, na apreciação das preliminares ou na formulação dos quesitos; inexistindo, conseqüentemente, comprovação de efetivo prejuízo ao exercício do direito de defesa. Diante do exposto, com base no art. 205, caput, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, DENEGO A SEGURANÇA. (STF - MS: 34441 DF - DISTRITO FEDERAL, Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 07/12/2018, Data de Publicação: DJe-266 12/12/2018) **(grifo nosso)**

Já o ativismo judicial corresponde “a atuação defeituosa do Poder Judiciário, que se desprende das suas funções, passando de aplicador a criador de legislação” (RIBEIRO ,2013, p. 03) sendo um tipo de anomia possível e necessária em casos onde há ausência de lei específica. No ativismo judicial há expansão na interpretação, no sentido e no alcance da Constituição. É um movimento que propõe legitimar as decisões judiciais e impor obrigações sem que haja precisões legais expressas.

Nesse sentido, Pedroso (2018, p. 49) dispõe o seguinte trecho de sua obra:

Para que o Ativismo Judicial tenha continuidade e prospere no ordenamento brasileiro, o operador do direito deve manter-se sempre em desenvolvimento de sua hermenêutica, buscando a melhor interpretação da norma, sempre observando mormente os preceitos fundamentais da Constituição, considerando que, ainda que haja a ampliação das possibilidades de interpretação da norma, os princípios não podem ser ponderados, de forma a garantir a segurança jurídica a toda estrutura estatal.

Ao aplicar o ativismo, o Judiciário afeta outras áreas estatais com o intuito de dar respostas à sociedade a partir de lacunas de direitos fundamentais que o Estado se ausenta em preencher. Trata-se de inovação da CF/88 através de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADO) e Mandado de Injunção (MI) – que serão alvo de nosso estudo – tendo estes institutos a função de, “combater uma “doença”, chamada pela doutrina de “síndrome de inefetividade das normas constitucionais” (LENZA, 2019, p. 435).

A fundamentação jurídica da ADO é encontrada no art. 103, § 2º da Constituição Federal e tem como órgão competente julgador o Supremo Tribunal Federal, sendo que:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

(...)

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

(...)

Exemplificando, da decisão proferida pelo Relator Ministro Celso de Melo, do Supremo Tribunal Federal, extraem-se trechos pertinentes à análise da atuação do Judiciário referente a ADO 26, conforme extrai-se o seguinte recorte:

(...) **Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional** destinada a implementar os mandados de **criminalização** definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as **condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas**, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, "in fine"). (STF - ADO: 26 DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020) **(grifo nosso)**

Sendo assim, diante da omissão do Congresso Nacional em efetivar a devida proteção legal aos direitos e liberdades da comunidade LGBTQIA+, fez-se necessário que a demanda pela inconstitucionalidade por omissão tornasse reconhecida. Condutas homofóbicas e transfóbicas foram enquadrados como tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei 7.716/1989), até que o Congresso Nacional edite lei sobre a matéria.

Em seu discurso de posse como presidente do Supremo Tribunal Federal para o biênio 2020-2022, o Ministro Luiz Fux (2020, p. 12) disse que a Justiça deve “[...] atuar como catalisador e indutor do processo político-democrático, emitindo incentivos de atuação e de coordenação recíproca às instituições e aos atores políticos”.

Em seguida, temos o Mandado de Injunção que, garante o exercício de direitos pelos indivíduos podendo ser impetrado por pessoas naturais ou jurídicas, de modo individual ou coletivo, “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (art. 5º, LXXI, da CF).

Destacamos o julgado:

(...) O MANDADO DE INJUNÇÃO SÓ É CABÍVEL QUANDO O DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL, POR NÃO SER AUTO-APLICÁVEL, DEMANDA REGULAMENTAÇÃO. É CERTO QUE ESSA REGULAMENTAÇÃO PODE NÃO SE EXAURIR COM A LEI REGULAMENTADORA, POR EXIGIR ESTE DECRETO QUE, POR SUA VEZ, A REGULANTE, E ATÉ, ÀS VEZES, POR NECESSITAR O DECRETO REGULAMENTADOR DA LEI, QUE REGULAMENTA O DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL, DE ATO NORMATIVO POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO QUE O TORNE EXEQUÍVEL. NESSA HIPÓTESE, QUE PRESSUPÕE SEMPRE A EXISTÊNCIA DE LEI QUE VISA À APLICABILIDADE DO TEXTO CONSTITUCIONAL, O MANDADO DE INJUNÇÃO SERÁ **CABÍVEL, POR TER SIDO INSUFICIENTE A REGULAMENTAÇÃO FEITA PELA LEI.** (MI 304 AgR, Relator: Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/1993, DJ 13-08-1993 PP-15675 EMENT VOL-01712-01 PP-00001. g.n.). **(grifo nosso)**

Em síntese, ambas as ações estudadas têm a finalidade de combater a omissão pelo Poder Público em legislar, não implementando políticas públicas e gerando omissões graves para com a sociedade. Porém, a atuação do Poder Judiciário não deve ocorrer de maneira desenfreada, sendo um “ Superpoder” e desrespeitado a cláusula pétrea da separação dos Poderes (art. 60, II, CF).

4 CONCLUSÃO

A partir do estudo aprofundado sobre a Teoria da Separação dos Poderes, foi possível entender a formação do Estado Liberal, consolidada no atual ordenamento jurídico brasileiro, prevista no artigo 2º da Constituição Federal Brasileira, estabelecendo limites e funções de cada poder da União. Trata-se de organizações, funções e competências de poderes constitucionais em Estados democráticos.

É de extrema importância que, a partir da formação de um Estado Democrático, seja necessário que o poder possa ser dividido entre instituições a fim que a ordem e os direitos sejam assegurados.

Com as evoluções jurídicas, surgiu o neoconstitucionalismo, evidenciando a força normativa da Carta Magna, atribuindo maior eficácia jurídica através de ferramentas do controle de constitucionalidade, a eficácia vertical e horizontal do texto constitucional e, a rigidez constitucional. O neoconstitucionalismo assumiu o papel eficaz na interpretação jurídica da Constituição assegurando a aplicação dos direitos e garantias fundamentais previstos à luz do princípio democrático

Com o enraizamento de um novo sistema constitucional, houve o surgimento do ativismo judicial, considerado uma atitude ou escolha do modo de interpretação da Constituição expandindo seu sentido. A ideia do ativismo judicial está associada à participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário com o intuito de concretizar valores e fins constitucionais. O juiz ao analisar determinada ação analisará a atitude de forma mais intensa e expansiva em relação à Constituição.

Salienta-se que, os Poderes Legislativo e Executivo, tem o dever de resolverem seus litígios, tomarem suas decisões e cumprirem com seus papéis em conformidade com a Constituição Federal Brasileira. Não cumprindo com suas obrigações, o Poder Judiciário deve intervir a fim de assegurar os preceitos constitucionais vigentes, a partir do controle de constitucionalidade.

Conclui-se, então, que o cidadão recorre ao Judiciário para fazer valer os seus direitos sociais básicos quando não efetivados pelos demais Poderes por falta de ordem pública ou de conduta administrativa. Sendo assim o Poder Judiciário deve agir com cautela ao exercer suas atribuições e, caso haja necessidade de aplicação do ativismo judicial, a defesa do mínimo existencial em relação ao exercício das atribuições dos Poderes Constitucionais permaneça.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the formation of the State, identifying the phenomenon of Separation of Powers, from the perspective of jurisdiction and judicial activism. The Theory of the Separation of Powers that emerged in the formation of the Liberal State and consolidated in the Federal Constitution of 1988, highlights the limits and competences of each Constitutional Power. It exposes a new Constitutional Law, from the formation of the Constitutional State of Law and the centrality of Fundamental Rights. Neoconstitutionalism shows the constitutional normative force and there is a new dogmatic interpretation of the constitutional text. The role of the Judiciary resulting from a litigious expansion in Brazil is notorious. With this, it intends to analyze in depth the interference of the Judiciary Power in the other Powers, verifying if there is a breach of the stone clause of the Separation of Powers, including presenting concrete cases of judicial activism in the Brazilian political and legal scenario.

Keywords: Separation of Powers. Neoconstitutionalism. Judicial Activism.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ANTISERI, Dario; REALE, Giovanni. *História da Filosofia – Filosofia pagã antiga*, v.1. São Paulo: Paulus, 2003.

ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução: Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Lafonte, 2020.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. Rio de Janeiro: Globo, 1988.

BARBOSA; SARACHO. *Considerações sobre a Teoria dos Freios e Contrapesos (Checks and Balances System)*. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske> Acesso em: 24.jan.2021.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)* Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf Acesso em: 06.jan.2021.

BOBBIO. *A Teoria das Formas de Governo*. Disponível em: <http://files.anajatubaateniense-blogspot-com.webnode.com/200000144-8ed498fcff/Bobbio%20-%20FormasGoverno.pdf> Acesso em: 22 nov.2020.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e a teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CATAPAN, Laís. *Soberania para Hobbes*. Disponível em: <https://catapan.jusbrasil.com.br/artigos/371067151/soberania-para-hobbes> Acesso em: 22 nov.2020.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999.

DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília, 2001, p. 139-140.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Princípios e retorno do pêndulo – Crítica ao chamado neoconstitucionalismo*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/40928/principios-e-retorno-do-pendulo> Acesso em: 06.jan.2021.

FAUSTINO, André; PAGLUSI, Ivy Helene Lima. *Teorias Sobre as Formas de Governo e o Conflito de Sua Aplicação na Pós-Modernidade* Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/filosofia/teorias-sobre-as-formas-de-governo-e-o-conflito-de-sua-aplicacao-na-pos-modernidade/> Acesso em: 22 nov.2020.

FUX, Luiz. *Discurso do Excelentíssimo Senhor Ministro Luiz Fux por ocasião da posse no cargo de Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/discurso-posse-fux-stf.pdf> Acesso em: 01.abr.2021.

GUEDES, Juliana Santos. *SEPARAÇÃO DOS PODERES? O PODER EXECUTIVO E A TRIPARTIÇÃO DE PODERES NO BRASIL*. 2008. Tese (Bacharelada em Direito) – UNIFACS, Bahia, Salvador, 2008.

GUTIERREZ, Emílio Sobrinho. *Aspectos teóricos do movimento neoconstitucional*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22345/aspectos-teoricos-do-movimento-neoconstitucional> Acesso em: 06 jan.2021.

HAMILTON, Alexander. *O federalista*. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HAUER, Rodrigo. *AGU Explica – Presidencialismo e Parlamentarismo*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=R6OZ9rsW0LI> Acesso em: 26 nov.2020.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. 4ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

LEITE, Victor. *Sistema de Governo*. Disponível em: <https://castro96.jusbrasil.com.br/artigos/463030982/sistema-de-governo> Acesso em: 26 nov.2020.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003.

LUBRANO, Isabella. *O PRÍNCIPE, DE NICOLAU MAQUIAVEL (#162)*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=SCZQzThIXBE> Acesso em: 2 nov.2020.

MANSUR, Sâmea Luz. *O Fenômeno da Judicialização na Sociedade Contemporânea. Breves apontamentos sobre o termo "Judicialização", frequentemente citado em informativos do STF e STJ*. Disponível em <https://samealuz.jusbrasil.com.br/artigos/389418859/o-fenomeno-da-judicializacao-na-sociedade-contemporanea> Acesso em: 01.abr.2021.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/principe.pdf> Acesso em: 2 nov.2020.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Neoconstitucionalismo*. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>
Acesso em: 06.jan.2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2020.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*. Tradução de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre De. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.

NASCIMENTO, Arquimedes. *O Estado e as formas de governo*. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8266/O-Estado-e-as-formas-de-governo> Acesso em: 22 nov. 2020.

OLIVEIRA, Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira. *Leituras do Direito Constitucional*. Porto Alegre: EDIPUCRS. 2009.

PAIVA, Alfredo de Almeida. *Regimes Políticos e Sistemas de Governo Contemporâneo*. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rdpcp/article/view/59676/58021> Acesso em: 26 nov.2020.

PEDROSO, Mariana Tomé. *Ativismo judicial e separação de poderes: descaracterização do princípio?* Disponível em: <https://unicuritiba.edu.br/images/tcc/2018/dir/MARIANA-TOME-PEDROSO.pdf>
Acesso em: 01.abr.2021.

PIRES, Ana Carolina Fernandes. *Conceito histórico da Separação dos Poderes*. Disponível em <https://anacarolinafp.jusbrasil.com.br/artigos/144732862/conceito-historico-da-separacao-dos-poderes> Acesso em: 25.jan.2021.

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. *Judicialização e desjudicialização entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do judiciário*. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502916/000991396.pdf?sequence=1> Acesso em: 01.abr.2021.

STRECK, Lenio Luiz. *Senso incomum – Eis porque abandonei o “neoconstitucionalismo”*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo> Acesso em: 06.jan.2021.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEIXEIRA, Antônio. *Os Sistemas de Governo*. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46929/os-sistemas-de-governo> Acesso em: 26 nov.2020.

TOLEDO, Heloísa. *Ciência Política 02 – A Origem do Estado: conceitos gerais e a teoria Naturalista*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=kj4wCKTZtyQ> Acesso em: 2 nov.2020.

TOLEDO, Heloísa. *Ciência Política 04 – A Origem do Estado: Teorias contratualistas*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=miBxT8KHGi0> Acesso em: 2 nov.2020.

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE RONDÔNIA. *Conheça as principais atribuições dos prefeitos e vereadores.* Disponível em: <https://tre-ro.jusbrasil.com.br/noticias/100290369/conheca-as-principais-atribuicoes-dos-prefeitos-e-vereadores> Acesso em: 30.mar.2021.