



**CENTRO UNIVERSITÁRIO PRESIDENTE ANTÔNIO
CARLOS – UNIPAC**

**FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
DE BARBACENA – FADI**

**A TRIPARTIÇÃO DE PODERES E O PROTAGONISMO JUDICIAL DO
STF**

Pedro Henrique Bertoluci Okamoto

Barbacena/MG – 2019

Pedro Henrique Bertoluci Okamoto

**A TRIPARTIÇÃO DE PODERES E O PROTAGONISMO JUDICIAL
DO STF**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Graduação em Direito da Universidade
Presidente Antônio Carlos, como requisito parcial
à obtenção do título de Bacharel em Direito

Orientadora: Débora Maria Gomes Messias
Amaral

Pedro Henrique Bertoluci Okamoto

**A TRIPARTIÇÃO DE PODERES E O PROTAGONISMO
JUDICIAL DO STF**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Sob orientação: Prof^a. Me. Débora Maria Gomes Messias Amaral.

Aprovada em 27/06/2019

Prof^a. Ms. Orientador: Débora Maria Gomes Messias Amaral

Prof^a. Esp. Componente da Banca: Rodrigo Corrêa de Miranda Varejão

Prof. Esp. Componente da Banca: Italo Paulucci Cascapera Sogno

Barbacena/MG – 2019

A Deus, que se mostrou criador, que foi criativo. Seu fôlego de vida em mim me foi sustento e me deu coragem para questionar realidades e propor sempre um novo mundo de possibilidades.

Aos meus pais, irmãos, minha esposa Bernadete, e a toda minha família que, com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida.

AGRADECIMENTOS

Sou eternamente grato a todos os professores do curso, que foram tão importantes na minha vida acadêmica e no desenvolvimento desta obra.

DECLARAÇÃO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro para os necessários fins que as teorias expostas e defendidas no presente trabalho são de inteira responsabilidade deste autor, ficando a Centro Universitário Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, seus professores e, especialmente, a Orientadora Dra. Débora Maria Gomes Messias Amaral, isentos de qualquer responsabilidade sobre os mesmos.

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do conteúdo por parte do orientador, da banca examinadora e da instituição de ensino.

Por ser verdade, firmo o presente.

Barbacena/MG, 03 de maio de 2019

Pedro Henrique Bertoluci Okamoto

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. A TRIPARTIÇÃO DE PODERES	11
2.1 - Poder Executivo	12
2.2 - Poder Legislativo.....	12
2.3 - Poder Judiciário.....	12
2.4 - Funções atípicas.....	13
3. SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS (CHECKS AND BALANCES)..	13
4. O PROTAGONISMO JUDICIAL DO STF.....	15
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	22
REFERÊNCIAS	24

A TRIPARTIÇÃO DE PODERES E O ATIVISMO JUDICIAL DO STF

Pedro Henrique Bertoluci Okamoto ¹
Débora Maria Gomes Messias Amaral ²

RESUMO

Explicar a origem e desenvolvimento da teoria da tripartição dos poderes no Estado brasileiro, apontar as possibilidades constitucionais da interferência de um poder no outro “*Checks and balances*”, e por fim, demonstrar em quais momentos da atualidade o Poder Judiciário, sobretudo o STF vem realizando interferências mais constantes, criando o fenômeno conhecido como “protagonismo judicial”.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Protagonismo judicial. Justiça

ABSTRACT

Explain the origin and development of the theory of the tripartition of powers in the Brazilian State, to point out the constitutional possibilities of the interference of one power in the other "Checks and balances", and finally, to demonstrate in what moments of the present time the Judiciary Power, making more frequent interferences, creating the phenomenon known as "judicial protagonism".

Keywords: Federal Court of Justice. Protagonism judicial. Justice

¹Acadêmico do 10º período do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Presidente Antônio Carlos – UNIPAC – Barbacena / MG, E-mail: pedro_okamoto@yahoo.com.br

²Professora Orientadora Débora Maria Gomes Messias Amaral, Mestrado em Direito, Especialização em Direito Público, Professora de Ciência Política, Direito Constitucional e Direito Civil no Centro Universitário Presidente Antônio Carlos. E-mail: deboraamaral@unipac.br

1. INTRODUÇÃO:

Um dos pontos de partida para se compreender o fenômeno do protagonismo judicial vivenciado nos dias de hoje é entender, inicialmente, a relação entre este fenômeno e o princípio da divisão de poderes, que foi amplamente difundido por Montesquieu, em sua obra *O espírito das leis*, em 1779, e também consagrado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O ativismo judicial possui uma grande relação com a tripartição de poderes, afinal, ele é um gerador de determinadas interferências nos postulados de independência e harmonia entre esses poderes da República.

Não há um consenso na doutrina, tampouco definição legal, sobre o que exatamente seja o ativismo judicial, portanto, alguns autores dissertam sobre o tema nos seguintes termos: Para a autora Mirela Maganini Ferreira (2014) citando Lênio Luiz Streck, (2010) o protagonismo judicial está relacionado ao momento contemporâneo.

O protagonismo judicial é uma tendência contemporânea na nossa sociedade e é utilizado para justificar a concretização dos direitos fundamentais. Os magistrados flexibilizam as normas e as técnicas processuais com uma ênfase maior no ativismo judicial para justificar uma atuação em prol da garantia dos direitos e princípios democráticos na nossa sociedade (FERREIRA, 2014).

Para Anderson Vichinkeski Teixeira (2012):

No Brasil, a temática relativa ao ativismo judicial só ganhou expressão com a entrada em vigor da Constituição de 1988, pois esta atribuiu uma série de prerrogativas ao magistrado, impulsionando-o, inevitavelmente, a uma atuação mais presente na sociedade e, em consequência, com maior repercussão midiática; veja-se, por exemplo, todos os milhares de casos em que se faz necessário assegurar direitos fundamentais que não encontram previsão legal em condições de lhes dar regulamentação. Uma característica própria do nosso período constitucional pós-1988 é a ampla possibilidade de

utilização do controle abstrato de constitucionalidade (TEIXEIRA 2012).

Percebe-se que o assunto é de difícil delimitação, entretanto, é possível perceber alguns pontos em comum entre as diversas definições, que serão trabalhados detalhadamente no decorrer desta obra. O termo “ativismo judicial” pode ser compreendido de duas maneiras distintas, na forma pejorativa e negativa, ou ainda, de maneira positiva.

Na forma negativa, o ativismo é visto como uma forma de deslegitimação do Poder Legislativo e da política, afinal, há uma criação judicial do Direito. As normas sob as quais a sociedade está submetida são, em regra, elementos surgidos a partir da criação legislativa. São elaboradas pelos representantes eleitos da população e conforme a consciência destes, sempre devendo observar os anseios da população que os elege. Conforme Paulo Nader (2014, p. 57), o legislador age:

Semelhante a um sismógrafo, que acusa as vibrações havidas no solo, o Legislador deve estar sensível às mudanças sociais, registrando-as na lei e nos códigos. Atento aos reclamos do povo o legislador deve atuar captando a vontade coletiva e transportando-a para os códigos. A elaboração do Direito não vem unilateralmente do legislador nem do povo, mas é um conjunto entre a experiência e a razão, que se completam NADER (2014, p. 57).

Atropelando esse processo de construção bilateral entre a sociedade e seus representantes eleitos, o juiz ativista, observado sob esta ótica negativa, é um poder que decide conforme a sua própria consciência, invadindo a esfera competente ao Poder Legislativo e violando o postulado da separação de poderes. Os juízes, por não serem eleitos pela população não possuem a legitimação para criarem o Direito da mesma forma que o legislador o faz.

Se observado sob o viés positivo e otimista, o termo “ativismo judicial” é visto como um instrumento de se atingir a dinâmica a um Direito estático, que é produzido pelo legislador. Essa criação judicial do Direito não representa um decisionismo desregrado pelos magistrados, apesar de terem o seu campo de decisões ampliado, estes ainda continuam adstritos à Constituição e seus

princípios norteadores. Nesta ótica, o ativismo judicial é um instrumento capaz de proporcionar maior dinamicidade às normas postas de forma estática.

O Direito possui a característica de ser genérico e abstrato, ou seja, regula situações genéricas (que se aplica a todos que as praticam) e suas normas são postas de forma abstrata (não dizem sobre situações específicas). Por isso, com o passar do tempo, e não houver uma atenção especial do legislador quanto à adequação das normas à realidade social, estas tendem a se tornarem obsoletas. Com normas ultrapassadas e que não produzem o principal objetivo do Direito, que é atingir a justiça, o poder judiciário funciona como uma *ultima ratio*, na busca da justiça, assumindo então uma posição de protagonismo frente à República.

2. A TRIPARTIÇÃO DE PODERES

A teoria da separação de poderes proposta por Barão de Montesquieu (2007, p. 149) indica que a divisão do poder soberano do Estado em três órgãos distintos é a melhor forma de se evitar o despotismo de um governante. Montesquieu afirmava que “quando um magistrado busca reunir em si todas as magistraturas torna-se um despótico” (MONTESQUIEU, 2007, p. 149).

Coadunando com esta ideia de tripartição de poderes, a Carta Magna de 1988 prevê, em seu art. 2º, que os poderes da União serão divididos “independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Apesar de sucinto e objetivo, o art. 2º tem muito a dizer sobre a organização do poder soberano da República. Nele são previstos dois importantes postulados: independência e harmonia. Harmonia significa que deve haver uma cooperação entre os Poderes, devendo atuar juntos e colaborando entre si para atingirem os objetivos da União, com respeito aos seus princípios.

Já a independência é a inexistência de qualquer subordinação entre os poderes, um não depende do outro para exercer suas atividades, todos estão

em posição de igualdade, possuem a mesma hierarquia e importância dentro do cenário republicano.

Cada poder realiza as suas atividades típicas, tendo sua organização fixada pela CF/88 e sendo cláusula pétrea qualquer tentativa de supressão da divisão de poderes. Montesquieu (2007, p. 149) idealizou a divisão destas atividades da seguinte forma:

Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos (MONTESQUIEU, 2007).

2.1. Poder Executivo

A função típica do Poder Executivo é a de executar a chefia do governo e chefiar a administração pública. A administração pública compreende atividades de gerência da receita pública, governando o povo e administrando a máquina pública conforme os interesses da sociedade.

O Poder Executivo está presente nas três esferas do governo: federação, estados e municípios. A representação do executivo se dá nessas esferas respectivamente pelo presidente da república, governador e prefeito.

2.2 . Poder Legislativo

O Poder Legislativo possui como função típica a legislatura, esta que compreende todo o processo de criação, aprovação e correção das leis dentro do Estado brasileiro. Além do processo legislativo, também incumbe ao Poder Legislativo a fiscalização contábil do país, aprovando e fiscalizando os orçamentos públicos.

Seus representantes, assim como no Executivo, também se fazem presentes nas três esferas governamentais, sendo os deputados federais e senadores, deputados estaduais e vereadores.

2.3.Poder Judiciário

O Judiciário possui como função típica, o exercício da jurisdição. Jurisdição é o poder-dever de aplicar a lei ao caso concreto, julgando e interpretando o Direito a ser aplicado na busca da solução de conflitos.

Diferente dos outros dois poderes, o Judiciário é o único que possui apenas representantes nas esferas federais e estaduais, sendo os juízes federais, ministros dos tribunais superiores e os juízes estaduais.

2.4. Funções atípicas

Além de todas as funções típicas dos poderes que foram expostas, a fim de se equalizar as relações de poder, cada esfera executa também algumas funções atípicas, que compreendem atividades estranhas à atuação normal de cada um deles.

3. SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS (*CHECKS AND BALANCES*)

A idéia da separação de poderes é entendida como a maneira de se evitar o absolutismo, ou seja, evitar que haja concentração absoluta do poder nas mãos de um só governante, o que o tornaria um déspota. Os pressupostos de independência e harmonia entre esses poderes também são fundamentais para se complementar a idéia de um funcionamento equilibrado desse regime tripartite.

Não é, contudo, completamente rígida e absoluta a idéia da separação dos poderes, sendo que são aceitas, pontualmente, interferências recíprocas de um poder no outro. Essas intervenções são legitimadas pela Constituição Federal e tratadas pela doutrina como o “Sistema de freios e contrapesos”

Esse sistema de mútuas interferências é criado de maneira estratégica e tem grande importância no Estado, já que, é com ele que um poder pode frear a atuação de outro, quando irregular, fazendo assim com que todo órgão respeite a Constituição e não atue aquém ou além de suas competências.

Cada um dos poderes possui as suas funções típicas, que é quando a sua atuação é conforme o fim ao qual foi designado. Mas, além destas,

também existem as funções atípicas, que são essas interferências nos demais poderes, a fim de se garantir que a atuação do outro órgão seja pautada nos preceitos Constitucionais e sem abusos. Dentre essas interferências, merecem destaque:

- Medida Provisória: É uma forma de o Presidente da República (chefe do executivo), exercer uma função estranha ao Poder Executivo, qual seja: criação de normas, de maneira unilateral, que possuem força de lei.

A função de legislar, conforme já explicado, pertence ao Poder Legislativo, entretanto a Constituição em seu art. 62 autoriza esta interferência. Segundo o documento, “em caso de relevância e urgência, o presidente da república poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional” (BRASIL, 1988). Ou seja, a principal função da medida provisória é assegurar a celeridade de questões de urgência e relevância.

- Comissão Parlamentar de Inquérito: também conhecidas como CPIs, essas comissões são constituídas no Congresso Nacional para a instrução e julgamento de atos irregulares do Poder Executivo. Através das CPIs, os legisladores exercem a função de julgadores do Executivo, podendo julgar crimes de responsabilidade cometidos por membros do Executivo, incluindo o presidente da república.

Conforme o artigo 49, X da Constituição, é da competência exclusiva do Congresso Nacional “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta” (BRASIL, 1988).

- Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Súmulas Vinculantes: as ADIs são ações judiciais, de competência para julgamento exclusivo do Supremo Tribunal Federal, que tratam de

casos em que os direitos dos cidadãos são violados em razão de uma omissão dos legisladores ou até do próprio Executivo.

Segundo o art. 3 da Constituição (1988), as Sumulas Vinculantes são enunciados, de criação exclusiva do STF e com força vinculante a todos os tribunais inferiores, que buscam sintetizar entendimentos jurisprudenciais do STF.

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei (BRASIL, 1988).

Além destas três formas destacadas acima, existem outras hipóteses de interferências mútuas entre os poderes da República. É possível perceber que todas essas interferências são devidamente legitimadas pela Constituição, não sendo invasões de um poder ao outro.

O sistema de freios e contrapesos é utilizado na maioria dos Estados ao redor do mundo, sendo considerado um excelente método de se controlar ações arbitrárias de um poder sobre a sociedade.

4.O PROTAGONISMO JUDICIAL DO STF

Os tribunais superiores e, em especial o STF, cada vez mais vêm decidindo sobre assuntos que deveriam ser objeto de deliberação por parte do Poder Legislativo. Não é de hoje que são vistas diversas notícias, constantemente envolvendo o Poder Judiciário como uma instância protagonista, decidindo sobre temas de grande repercussão social. É preciso também entender que essas decisões não surgem simplesmente a partir de uma vaidade dos magistrados ou por puro prazer em julgar, mas sim, na maioria das vezes, é possível vislumbrar que há uma enorme morosidade por parte do Poder Legislativo em dispor sobre determinados assuntos de sua

competência, o que acaba por obrigar, em tese, o Judiciário a agir suprindo essas lacunas.

Um exemplo atual de morosidade legislativa é a ausência de regulamentação do art. 37, VII da Constituição. Este artigo, que foi incluído na Constituição Federal com a Emenda Constitucional nº 19 de 1998, perdurou por mais de 9 anos sem regulamentação por parte do legislativo. Conforme tal determinação, “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica” (BRASIL, 1988).

A lei específica a que se refere o artigo, que é um pressuposto de aplicabilidade desta norma constitucional, em verdade jamais fora editada pelo Congresso Nacional. Foi necessário que em outubro de 2007 o STF, por meio de um Mandado de Injunção, decidisse por aplicar a regulamentação do direito de greve dos empregados celetistas aos servidores públicos, suprindo assim a lacuna existente. *In verbis*:

MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 5º, LXXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA VEICULADA PELO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL [ART. 9º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89 À GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. PARÂMETROS CONCERNENTES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS DEFINIDOS POR ESTA CORTE. CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO ANTERIOR QUANTO À SUBSTÂNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE SOCIAL. INSUBSISTÊNCIA DO ARGUMENTO SEGUNDO O QUAL DAR-SE-IA OFENSA À INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES [ART. 20 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL] E À SEPARAÇÃO DOS PODERES [art. 60, § 4o, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. INCUMBE AO PODER JUDICIÁRIO PRODUZIR A NORMA SUFICIENTE PARA TORNAR VIÁVEL O EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS, CONSAGRADO NO ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O acesso de entidades de classe à via do mandado de injunção coletivo é processualmente admissível, desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano. 2. A Constituição do Brasil reconhece expressamente possam os servidores públicos civis exercer o direito de greve --- artigo 37, inciso VII. A Lei n. 7.783/89 dispõe sobre o exercício do direito

de greve dos trabalhadores em geral, afirmado pelo artigo 9º da Constituição do Brasil. Ato normativo de início inaplicável aos servidores públicos civis. 3. O preceito veiculado pelo artigo 37, inciso VII, da CB/88 exige a edição de ato normativo que integre sua eficácia. Reclama-se, para fins de plena incidência do preceito, atuação legislativa que dê concreção ao comando positivado no texto da Constituição. 4. Reconhecimento, por esta Corte, em diversas oportunidades, de omissão do Congresso Nacional no que respeita ao dever, que lhe incumbe, de dar concreção ao preceito constitucional. Precedentes. 5. Diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia. 6. A greve, poder de fato, é a arma mais eficaz de que dispõem os trabalhadores visando à conquista de melhores condições de vida. Sua auto-aplicabilidade é inquestionável; trata-se de direito fundamental de caráter instrumental. 7. A Constituição, ao dispor sobre os trabalhadores em geral, não prevê limitação do direito de greve: a eles compete decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dela defender. Por isso a lei não pode restringi-lo, senão protegê-lo, sendo constitucionalmente admissíveis todos os tipos de greve. 8. Na relação estatutária do emprego público não se manifesta tensão entre trabalho e capital, tal como se realiza no campo da exploração da atividade econômica pelos particulares. Neste, o exercício do poder de fato, a greve, coloca em risco os interesses egoísticos do sujeito detentor de capital --- indivíduo ou empresa --- que, em face dela, suporta, em tese, potencial ou efetivamente redução de sua capacidade de acumulação de capital. Verifica-se, então, oposição direta entre os interesses dos trabalhadores e os interesses dos capitalistas. Como a greve pode conduzir à diminuição de ganhos do titular de capital, os trabalhadores podem em tese vir a obter, efetiva ou potencialmente, algumas vantagens mercê do seu exercício. O mesmo não se dá na relação estatutária, no âmbito da qual, em tese, aos interesses dos trabalhadores não correspondem, antagonicamente, interesses individuais, senão o interesse social. A greve no serviço público não compromete, diretamente, interesses egoísticos do detentor de capital, mas sim os interesses dos cidadãos que necessitam da prestação do serviço público. 9. A norma veiculada pelo artigo 37, VII, da Constituição do Brasil reclama regulamentação, a fim de que seja adequadamente assegurada a coesão social. 10. A regulamentação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos há de ser peculiar, mesmo porque "serviços ou atividades essenciais" e "necessidades inadiáveis da coletividade" não se superpõem a "serviços públicos"; e vice-versa. 11. Daí porque não deve ser aplicado ao exercício do direito de greve no âmbito da Administração tão-somente o disposto na Lei n. 7.783/89. A esta Corte impõe-se traçar os parâmetros atinentes a esse exercício. 12. O que deve ser regulado, na hipótese dos autos, é a coerência entre o exercício do direito de greve pelo servidor público e as condições necessárias à coesão e interdependência social, que a prestação continuada dos serviços públicos assegura. 13. O argumento de que a Corte estaria então a legislar --- o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2º da Constituição do Brasil] e a

separação dos poderes [art. 60, § 4o, III] --- é insubsistente. 14. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. 15. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. 16. Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil. (STF - MI: 712 PA, Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 25/10/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-03 PP-00384)

Pode-se perceber que o Legislativo permaneceu, portanto, por nove anos sem editar a matéria. Descaso por parte deste? Diante deste cenário, o STF acaba atuando como um último salvador, respondendo à sociedade que se vê a mercê do da lentidão legislativa e suspira por socorro.

São diversas as jurisprudências atuais do STF que demonstram o caráter ativista da Suprema Corte. Dentre essas, destaca-se também o julgamento das hipóteses de fidelidade partidária, onde o STF julgou aplicando diretamente a Constituição, decidindo que a vaga no Congresso não pertence apenas ao candidato eleito, mas sim, ao partido político. Cumpre ressaltar que esta hipótese de perda de mandato não consta na constituição, tampouco em legislação infraconstitucional. Gerando assim, uma invasão à competência do Poder Legislativo.

Conforme Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ELEITORAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. DESFILIAÇÃO. PERDA DE MANDATO. ARTS. 14, § 3º, V E 55, I A VI DA CONSTITUIÇÃO. CONHECIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA, RESSALVADO ENTENDIMENTO DO RELATOR. SUBSTITUIÇÃO DO DEPUTADO FEDERAL QUE MUDA DE PARTIDO PELO SUPLENTE DA LEGENDA ANTERIOR. ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA QUE NEGOU POSSE AOS SUPLENTES. CONSULTA, AO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, QUE DECIDIU PELA MANUTENÇÃO DAS VAGAS OBTIDAS PELO SISTEMA PROPORCIONAL EM FAVOR DOS PARTIDOS POLÍTICOS E COLIGAÇÕES. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MARCO TEMPORAL A PARTIR DO QUAL A FIDELIDADE PARTIDÁRIA DEVE SER OBSERVADA [27.3.07]. EXCEÇÕES DEFINIDAS E EXAMINADAS PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL.

DEFILIAÇÃO OCORRIDA ANTES DA RESPOSTA À CONSULTA AO TSE. ORDEM DENEGADA.

1. Mandado de segurança conhecido, ressalvado entendimento do Relator, no sentido de que as hipóteses de perda de mandato parlamentar, taxativamente previstas no texto constitucional, reclamam decisão do Plenário ou da Mesa Diretora, não do Presidente da Casa, isoladamente e com fundamento em decisão do Tribunal Superior Eleitoral. 2. A permanência do parlamentar no partido político pelo qual se elegeu é imprescindível para a manutenção da representatividade partidária do próprio mandato. Daí a alteração da jurisprudência do Tribunal, a fim de que a fidelidade do parlamentar perdure após a posse no cargo eletivo. 3. O instituto da fidelidade partidária, vinculando o candidato eleito ao partido, passou a vigorar a partir da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n. 1.398, em 27 de março de 2007. 4. O abandono de legenda enseja a extinção do mandato do parlamentar, ressalvadas situações específicas, tais como mudanças na ideologia do partido ou perseguições políticas, a serem definidas e apreciadas caso a caso pelo Tribunal Superior Eleitoral. 5. Os parlamentares litisconsortes passivos no presente mandado de segurança mudaram de partido antes da resposta do Tribunal Superior Eleitoral. Ordem denegada (BRASIL, STF. MANDADO DE SEGURANÇA Nº 26602/DF – DISTRITO FEDERAL. RELATOR: MINISTRO EROS GRAU, 2007).

Outro exemplo de julgamento diretamente baseado em princípios constitucionais é a decisão de vedação ao nepotismo. Nesta decisão se verifica que a Suprema Corte decidiu diretamente baseada nos princípios da moralidade e impessoalidade, criando inclusive uma vedação não prevista em lei, acabando por assim invadir uma competência própria do Poder Legislativo

SÚMULA VINCULANTE 13. A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal (BRASIL, 2008).

Também cabe mencionar os casos de decisões do Poder Judiciário obrigando o Poder Executivo a fornecer medicamentos e realizar terapias medicas. Conforme ementa a seguir:

“MEDICAMENTOS. FORNECIMENTO. DEVER
CONSTITUCIONAL. DIREITO FUNDAMENTAL.

HIPOSSUFICIÊNCIA DA PARTE. MEDICAMENTO REGISTRADO NA ANVISA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES DO STF. ASTREINTES. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO STJ. RECURSO CONHECIDO E NEGADO. SENTENÇA MANTIDA.”(e DOC 9, p. 10)

Outro exemplo que merece destaque, principalmente por se tratar de uma inovação do Supremo Tribunal Federal em matéria penal, criando uma nova conduta criminosa dentro da Lei de Racismo. Essa inovação se deu ao incluir condutas típicas de preconceito de orientação sexual (homofobia), dentro do rol dos crimes raciais.

A decisão foi proferida no dia 13 de junho de 2019, pelo Plenário do Supremo, onde ficou reconhecido, por 8 votos a 3, que ataques e ofensas à comunidade LGBT serão considerados crimes raciais. Os ministros Celso de Mello, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes votaram pelo enquadramento da homofobia e também da transfobia na Lei de Racismo.

Não cabe, dentro do tema proposto neste trabalho, discutir a importância ou não da criminalização das condutas, contudo, o Supremo Tribunal Federal, como órgão julgador máximo do ordenamento jurídico brasileiro não possui capacidade legislativa, tampouco legitimidade para criar novos tipos penais, matéria reservada estritamente à lei.

Em se tratando de leis penais, principalmente quanto à criação de novos tipos penais, é pacificado o entendimento de que a matéria é reservada à lei, e não à jurisprudência. Sendo vedado, em nosso ordenamento jurídico, qualquer modalidade de analogia “in malam partem”

O Poder Legislativo atualmente padece de graves problemas que são de conhecimento de toda a população. Dentre estes, cumpre ressaltar dois, de grande relevância para o assunto este trabalho: a) crise de representatividade; b) descaso e morosidade dos legisladores.

A crise de representatividade vivida hoje é uma grande impulsionadora do ativismo judicial existente. A idéia de democracia está intimamente ligada

com a idéia de representação, afinal, no Brasil a democracia é exercida pelos representantes eleitos pela população. Segundo o art. 1º do parágrafo único da Constituição de 1988, “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988).

Esta relação de representatividade entre o povo, que é o detentor do poder, e seus mandatários, tem sofrido uma enorme crise, principalmente nos últimos anos. Os principais escândalos que retratam essa realidade iniciaram no ano de 2005, chamados de “Mensalão” e “Petrolão”.

Sinteticamente, para não se imergir em discussões de teor político e ideológico, o “Mensalão” pode ser entendido como um escândalo político em que os parlamentares (representantes da população) não agiam conforme os interesses da sociedade, mas sim, agiam conforme os interesses da classe empresarial e política que lhes fornecia uma espécie de “mesada”, um valor pago mensalmente para que todos os projetos propostos pela classe pagante fossem aprovados, independente de representarem ou não o interesse da sociedade.

Com isso, a sociedade se viu desamparada, sem representantes legítimos no Congresso Nacional, fazendo com que o Judiciário fosse cada vez mais buscado como o representante da população, impulsionando ainda mais o protagonismo do STF em relação às demais instituições.

O descaso e a morosidade também são grandes problemas. Conforme já mencionado, um exemplo dessa morosidade extrema é a ausência de regulamentação, por parte do legislador, do inciso VII do art. 37 da CF/88.

Essa mora legislativa também é responsável pelo crescimento deste protagonismo judicial. A não regulamentação de determinados preceitos legais acaba por impedir o exercício de direitos fundamentais, fazendo cada vez mais com que os indivíduos busquem pelo judiciário a fim de garantirem seus direitos, que deveriam ser devidamente regulados pelo legislador.

A partir deste cenário atual de inércia, o Poder Judiciário tem sido visto como uma última saída. A principal crítica a essa atuação do juiz é a respeito da ilegitimidade deste para criar o Direito.

A atividade legislativa precisa ser exercida pelo poder competente para isto, e, conforme já mencionado, o órgão legítimo para a legislatura a nível nacional é o Congresso Nacional. Os deputados federais e senadores são eleitos pelo povo, para governar para o povo. Diferente dos juízes, que são servidores sem vínculo com os eleitores e que devem julgar conforme a lei.

O que se percebe é um Judiciário que cada vez mais desencanta a democracia, atrelado cada vez mais à política e afastando-se da técnica jurisdicional. Conforme o professor Conrado Hubner Mendes, em artigo escrito a Folha de São Paulo diz, uma decisão do Supremo pode demorar 20 horas ou 20 anos, a depender do interesse em decidir ou não. Trinta anos após a promulgação da Constituição de 1988, vemos um Supremo totalmente desenfreado e que acaba por atentar contra a democracia.

Entretanto, diante desse grave momento vivido, regado a inércias legislativas, escândalos de corrupção, ausência de representatividade verdade, o que acaba colocando em risco a própria democracia. Conforme anota o ministro Luis Roberto Barroso, 2014, o ativismo judicial deixa de ser uma parte do problema e se torna uma parte da solução.

O ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes (BARROSO, 2014).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modelo da tripartição de poderes, proposto por Montesquieu (2007, p 149), foi pensado como a melhor maneira de se controlar o exercício do poder soberano, repartir em três independentes esferas e, assim, possibilitar que não

ocorram arbitrariedades por parte de um ou outro. Além do mais, a concentração una de poder fornece espaço para que os tiranos cheguem ao poder e controlem toda a sociedade.

A democracia, na sua forma de exercício ideal, pressupõe a participação popular nas decisões do poder público. Dentre os três poderes da República, o clamor popular e a opinião pública têm o seu espaço assegurado, principalmente, dentro das discussões dos poderes Legislativo e Executivo, já que nestes, os membros são eleitos diretamente pelo povo.

Contudo, os responsáveis pela representação popular no Congresso, Câmara e Assembléias Legislativas, têm hoje uma verdadeira aversão à população e sua vontade. De tal forma que essa relação entre eleitor (povo) e políticos, se tornou cada vez mais de desconfiança e menos de representatividade.

Diante desse cenário, a sociedade, cada vez mais descrente, passou a recorrer para um poder que não fosse composto por membros eleitos e tivesse competência de julgar e atender aos clamores populares, na busca de uma melhor representatividade. Assim inicia o protagonismo do Poder Judiciário, sobretudo do STF.

Essa situação, apesar de ser vista como uma saída para que se resolvam determinados problemas, não é a ideal. Quando o judiciário atua indo além de suas competências, ainda que com a intenção inicial de atender ao clamor popular, ele acaba por violar um pressuposto constitucional, que é o da independência entre os poderes, além de também aceitar, tacitamente, que um poder invada as competências de outro, se julgar necessário.

O protagonismo judicial vivido hoje, ainda em passos iniciais, conforme o ministro Luis Roberto Barroso 2014, bem esclarece: “não é uma parte do problema, mas sim, uma parte da solução” (BARROSO, 2014).

O Supremo Tribunal Federal, neste cenário de descredito do Poder Legislativo e de ativismo judicial, tem se tornado o órgão com a maior visibilidade nacional, maior até que o Congresso Nacional, que é, originariamente, a casa do povo.

O órgão judicial constitucional deve sempre buscar se atentar ao seu papel de julgador, buscando evitar exercer a função de criador do Direito.

Não é à toa que a tarefa legislativa incumbe ao Congresso Nacional. Seus membros são eleitos democraticamente pela população através das eleições, sendo, portanto, os verdadeiros representantes da população.

Já o Supremo Tribunal Federal é um órgão composto por onze ministros que são nomeados diretamente pelo Presidente da República com a aprovação do Congresso. Os ministros do STF, apesar de possuírem notável saber jurídico, não possuem a proximidade com a população que os Senadores e Deputados precisam ter.

O papel de protagonista exercido pelo STF tem a sua face positiva, porém, também possui a sua face negativa.

Este papel protagonista, portanto, deve ser visto com muito rigor e atenção, já que, se o judiciário é a última esfera usada pela população para recorrer aos seus anseios, se este cometer abusos e excessos, quem irá os fiscalizar? Rui Barbosa já dizia “a pior ditadura é a ditadura do Poder Judiciário. Contra ela, não há a quem recorrer”.

Portanto, mesmo sendo visto como uma parte da solução, esse protagonismo judicial é um remédio que pode ter efeitos futuros graves, além dos imaginados. O que se precisa, verdadeiramente, chama-se: reforma política.

REFERÊNCIAS

FERREIRA, Mirela Maganini. **Resumo Expandido: Ativismo e Protagonismo Judicial**. Disponível em:

<<http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/490>> Acesso em: 25 abr. 2019

VICHINSKESKI, Anderson Teixeira. **Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política**. São Paulo, Revista Direito GV, 2012.

BARROSO. Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em:
http://www.ie.ufrj.br/intranet/ie/userintranet/hpp/arquivos/251020155550_Debate2Textos.pdf. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em:<<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

CAMPOS, Alexandre de Azevedo. **Limites e possibilidades do protagonismo judicial**. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2009-jul-06/limites-possibilidades-protagonismo-judicial-omissao-legislativa?pagina=6>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

LISBOA, Alan Ricardo Fogliarini. Revisitando Montesquieu: uma análise contemporânea da teoria da separação dos poderes. In:_____ **Âmbito jurídico**, Rio Grande, XI, n. 52, abr 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2670>. Acesso em: 2 mar. 2019.

MONTESQUIEU, Barão de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 57p.

OLIVEIRA, Ramon dos Santos. **Montesquieu e a tripartição dos poderes**. Disponível em:<<http://pensamentoextemporaneo.com.br/?p=1508>>. Acesso em: 2 mar. 2019.

STRECK, Lênio Luiz. **O protagonismo judicial e a máxima: "enquanto houver bambu, vai flecha"**. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2017->

jul-06/senso-incomum-protagonismo-judicial-maxima-enquanto-houver-bambu-flecha>. Acesso em: 2 mar. 2019.

_____. O que é isto – decido conforme minha consciência? 4^aed. **Revista Porto Alegre**: Livraria do Advogado Editora, 2013.

MENDES, Conrado Hubner. **Na prática, ministros do STF agriem a democracia**. Disponível em:

<<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>> Acesso em: 20 abr. 2019