



João Monteiro: ativismo judicial e separação de poderes no Brasil

Nas repúblicas presidencialistas existe uma separação bem marcante dos Poderes Executivo e Legislativo porque a chefia de governo e a chefia de Estado restam consolidadas na pessoa do presidente. Em contraposição com o monarca, o presidente é eleito para um mandato e responde por seus atos, tanto é que existe a figura do *impeachment*, um processo político decorrente da prática pelo presidente de certas condutas classificadas como crimes de responsabilidade.

No presidencialismo, a separação de Poderes conduz a uma solução em que, no normal exercício das competências, um poder limita o outro. Entretanto, como existe uma separação de Poderes, dependendo do tipo de controvérsia entre os Poderes Executivo e Legislativo, a solução vai ficar na dependência da intervenção do Poder Judiciário.

Na concepção tradicional baseada na teoria formulada por Montesquieu, a atuação do Estado manifesta-se em três funções básicas^[1]: (i) estabelecer, por meio da manifestação concordante de dois órgãos, normas gerais e obrigatórias a todos os integrantes da comunidade, codificadas de modo abstrato e impessoal (função do Poder Legislativo — bicameral); (ii) executar essas normas, tidas como manifestações da vontade do Estado (função do Poder Executivo); (iii) resolver, por intermédio da jurisdição, eventuais conflitos entre os diferentes componentes da comunidade (função do Poder Judiciário).

Para acontecer o exercício dessas funções básicas, a doutrina de Montesquieu coloca dois postulados: (i) cada uma das funções básicas do Estado (Poderes) tem de ser exercida por titulares diferentes, não podendo ocorrer concentração numa só pessoa ou órgão; (ii) todas as três funções (Poderes) devem ter âmbito de competência próprio e específico, ficando vinculados entre si, reciprocamente, através de meios de ação também recíprocos.

Há, então, um afastamento da separação rígida de Poderes, estabelecendo um conjunto com elementos ativos de entrelaçamento, numa dinâmica combinação de Poderes, sem pretender colocar os Poderes em situação de mútuo isolamento, mas conectados e articulados. Neste ponto, é preciso desfazer um mito simplificador da teoria de Montesquieu, porque muito diferente do que vulgarmente divulgado, os Poderes não foram dispostos como rigorosamente separados, conforme se verá a seguir.

No desenvolver de sua teoria, Montesquieu, para controlar os três Poderes, neutralizou a atuação do Judiciário em si mesmo e propôs que o Executivo e o Legislativo se neutralizassem reciprocamente por meio de um sistema de controle intraorgânico e interorgânico, o que decorria pelo compartilhamento das faculdades de estatuir (*faculté de statuer*) — “direito de ordenar por si mesmo, ou de corrigir o que foi ordenado por outrem” — e de impedir ou vetar (*faculté d’empêcher*) — “direito de anular uma resolução tomada por outrem”^[2].

A neutralização do Poder Judiciário seria proporcionada internamente e por duas vertentes. A primeira é que os tribunais (não fixos) seriam compostos de jurados ocasionais, escolhidos dentre o povo, para desempenhar a função enquanto a necessidade o solicitasse e mecanicamente. A segunda é que, embora separado orgânica e funcionalmente dos Poderes Legislativo e Executivo, o Poder Judiciário tinha uma função meramente mecânica, restrita a aplicar lógico-silogisticamente o texto legal, sem qualquer poder criativo. Essa rigidez não durou muito, porque 55 anos depois o julgamento do caso *Marbury v. Madison* (1803) mudaria completamente esse panorama, ao identificar e usar a possibilidade de pronunciar a



inconstitucionalidade das leis por meio do veto judicial[3].

A neutralização recíproca dos Poderes Executivo e Legislativo era implementada pela forma em que dispostas as faculdades de estatuir e vetar. Na concepção de duas câmaras legislativas, cada uma delas era dotada autonomamente da faculdade de impedir, o exercício da faculdade de estatuir somente poderia acontecer se houvesse coincidência de vontades das duas. Entre os Poderes Executivo e Legislativo há um controle interorgânico na medida em que, mesmo concordantes as duas câmaras legislativas em estatuir, o Poder Executivo, detentor da faculdade de impedir, pode vetar a vontade legislativa. Assim, dada a conjugação das faculdades de estatuir e vetar, os Poderes Legislativo e Executivo se controlam mutuamente.

No Brasil, desde o advento da Constituição de 1891, incorporando a doutrina do *judicial control*, existe dispositivo atribuindo competência ao STF para, mediante recurso, atuar “quando se contestar a validade de leis ou de actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do Tribunal do Estado considerar validos esses actos, ou essas leis impugnadas” (artigo 59, parágrafo 1º, b). Então, se por um lado, não é novidade o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos pelo Poder Judiciário, por outro, só mais recentemente, e num movimento que vem crescendo desde o término da Segunda Guerra Mundial, o STF vem dando contornos mais incisivos ao mérito de suas decisões nessa seara.

No especial caso do presidencialismo brasileiro, há um problema adicional em relação ao parlamentarismo porque as eleições para o Executivo são desvinculadas das do Legislativo. No parlamentarismo, o Executivo — primeiro ministro e membros do gabinete — emerge da correlação de forças existentes no parlamento, dentre os partidos e os representantes eleitos pelo povo. No presidencialismo, a eleição do presidente pelo povo e sem vinculação direta com os demais representantes, somado ao fato de que com o pluripartidarismo há uma constelação de legendas, o presidente, na qualidade de chefe do Poder Executivo, vê-se obrigado a costurar apoios, o que ganhou o nome um tanto pejorativo de “presidencialismo de coalizão”. Esta sistemática de governar pode gerar relações espúrias entre os Poderes Executivo e Legislativo, eventualmente, levando a situações não raro difíceis de superar quando da votação de alguma matéria complexa ou desgastante dos parlamentares diante do povo.

Quanto à separação de Poderes em contraste com o ativismo judicial, o foco estará no avanço do Poder Judiciário para cima de competências expressamente asseguradas para os outros dois Poderes, alterando e rompendo a engenharia constitucional traçada pela Constituição Federal.

Se o Poder Judiciário sai da neutralidade na avaliação das leis e passa a ter um comportamento positivo, há que, de alguma forma, incluí-lo no cardápio das limitações recíprocas enfrentados pelos Poderes Legislativo e Executivo na feitura das leis. Lembrar que a atividade legislativa do Estado é a cristalização da soberania popular e sofre os mais variados meios de controle recíprocos para tentar, tanto quanto possível, evitar erro. O ativismo judicial, decorrente do desbalanceamento funcional da divisão de Poderes, pode sucumbir à “descida escorregadia” e enveredar para a justificação ou produção de atos e decisões cujos efeitos nem sempre podem ser benéficos para a sociedade.

Existe uma diferença muito grande entre dizer “a prática ‘A’ é inconstitucional” e dizer ativamente “a prática ‘A’ é inconstitucional e a prática ‘B’ é constitucional nos seguintes termos”. Primeiro, porque na feitura da lei há situações políticas a serem discutidas publicamente e superadas no seio do Poder Legislativo, e, em seguida, a submissão ao crivo do presidente da República, na



solenidade da sanção, faz restar no texto que entra em vigor uma das múltiplas opções no universo de escolha do legislador, alcançado em meio à universalidade das vontades em confronto. Outro ponto é que a opção legislativa que resta consagrada pelo legislador convencional é escolhida depois de submetida a todos os constrangimentos orçamentários previstos na Constituição e na lei, sendo que algumas iniciativas, exatamente por isso, são privativas do presidente da República. Um terceiro ponto é que fica imensamente vulnerado o princípio constitucional do devido processo legal, na medida em que as declarações de inconstitucionalidade pelos processos concentrado e difuso têm partes diferentes, pedidos diferentes e alcances diferentes por força da Constituição. Quarto: a violação à separação de Poderes sobra muito evidente, pelo menos no caso brasileiro, porque uma decisão judicialmente ativista que “tenha força de lei” não vai à sanção do presidente da República nem a qualquer outro crivo, o que é um absurdo na medida em que tal sempre acontece no rigoroso processo legislativo previsto pela Constituição Federal para a elaboração de lei pelo Poder Legislativo e acaba não existindo para a decisão judicial que invade competência de outro Poder.

Não param por aí as complexidades decorrentes do ativismo. Já houve caso de fiscalização prévia de projetos de atos normativos tal qual apresentados. Muito grave porque não se pode excluir a possibilidade lógica de que, durante os debates, que têm lugar durante o processo legislativo, de ser a inconstitucionalidade extirpada ou mesmo superada. E não se pode defender que tais debates públicos, no seio da sociedade e do Estado, não sejam extremamente enriquecedores. Debates públicos que têm lugar durante a discussão de certos projetos podem apontar para os representantes do povo quão sensível e impactante é a lida com certos assuntos.

Então, não é impossível ingressar no terreno do abuso legiferante e alcançar situações jurídicas indesejadas, senão incorretas e violadoras de bens jurídicos intangíveis ao legislador, até porque, em tese e até agora, não há crivo por outro Poder acerca das decisões do Poder Judiciário.

A escalada vem firme. O STF, na Reclamação 4.335/AC, entendeu por fazer letra morta de um dispositivo constitucional, o inciso X, do artigo 52, da Constituição Federal, instrumento expressamente previsto lei maior para possibilitar a verificação política das decisões de inconstitucionalidade tomadas pelo Poder Judiciário em sede de controle difuso. No fundo, a pretensão do STF parece simples: dar efeito *erga omnes* a uma decisão tomada em sede de controle concreto e incidental de constitucionalidade e, acenando com mutação constitucional, suprimir a atribuição conferida pela Constituição ao Senado para equilibrar a promovida pelo *judicial review* em seu campo de atuação^[4].



Verifique-se o ocorrido no julgamento da reunião das ADIs 3.999/DF e 4.086/DF, impugnando a constitucionalidade da Resolução 22.610/2007 do TSE, que disciplina a perda e o processo de perda de cargo eletivo por infidelidade partidária sem justa causa. Note-se, primeiramente, que a menção ao inciso XVII da Lei 4.737/65 (Código Eleitoral) estabelece como competência privativa do TSE: “tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral”. Evidentemente, a menção no dispositivo à legislação eleitoral é estrita e não pode ser generalizada. No preâmbulo da resolução, constata-se que foi tomada depois de o STF haver decidido dois mandados de segurança, indicando que houve controle de constitucionalidade pela via incidental, e logo a seguir vem o *caput* do artigo 1º prevendo uma hipótese de perda de mandato eletivo — infidelidade partidária sem justa causa — que não está contemplada na Constituição Federal nem na legislação ordinária. Pois bem, o STF vem e resolve numa decisão duplamente ativista[5].

O mérito da decisão pode não ser despropositado, as razões podem ter sido as mais nobres, as melhores intenções e a finalidade pode vir a atender os mais sinceros anseios populares, porém, ao STF não cabe fazer reforma político-eleitoral que está e deve ficar para o corpo de representantes eleitos pelo povo para legislar, pois em voga a teoria da soberania popular. O salto dado pelo STF sacudiu firmemente a estrutura do Estado Democrático de Direito brasileiro e mal serviu à divisão de Poderes imprimida na Constituição Federal.

Generalizando possibilidades hipotéticas, o STF poderá legislar amplamente, instalando no país um quadro juridicamente muito mais instável do que se possa imaginar, porque leis poderão ser feitas sem debate público, sem aprovação pelos representantes do povo nas Casas Legislativas e sem sanção, por um “colégio legislativo” de 11 pessoas não eleitas pelo povo. Isso, no limite, permite fazer letra morta da repartição de Poderes que a Constituição Federal prevê em detrimento da cidadania e da dignidade da pessoa humana, a teor do preconizado no artigo 1º da Constituição.

Mesmo que o Poder Legislativo, a reboque das decisões do STF, legisle incorporando as exatas alterações jurisprudenciais ativistas, há um problema grave posto: violação ao princípio da separação dos Poderes, ainda que acomodada *a posteriori* pelo Poder Legislativo. Mas as coisas não param por aí. Dado o fato concreto de casos acontecendo num crescendo quantitativo e qualitativo (até crime está sendo incorporado ao Direito brasileiro por decisão judicial), as situações podem evoluir para proporções difíceis de conciliar, na medida em que aprofunde a violação ao princípio da separação dos Poderes, criando clivagens que, uma hora ou outra, terão de ser, sistematicamente, equacionadas e resolvidas, porque não se pode esquecer nunca que, em tese, o ativismo judicial é, em si, uma prática não contemplada na Constituição Federal.

O juiz, externo ao interesse das partes, decide e justifica, no sentido de dar os fundamentos de fato e de direito pelos quais decidiu em favor de uma das partes, compondo assim, tecnicamente, a lide. Quando toma posição ativa, o juiz adota uma atitude inesperada e tem de se valer de um processo psicológico muito diverso, porque não decide a lide para as partes nos limites em que proposta. Essa posição inesperada deságua numa decisão que vai além do mérito da causa posta. Daí por diante, o juiz tem de passar a defender o mérito de algo que a rigor não foi pleiteado pelas partes, deixando de agir na concepção do juiz previsto na Constituição, calcada na teoria da tripartição dos Poderes. Ao assim fazer, o juiz sai da equidistância das partes iniciais — autor e réu — e passa a ser uma terceira parte, agora com posição autônoma a ser ativamente defendida, forçando uma metamorfose funcional que só se sabe de onde veio — exercício da jurisdição, assegurada pela lei e desenhada conforme a repartição constitucional de Poderes —, mas sem dar aos jurisdicionados segurança jurídica acerca de onde irá



parar nem chegar.

O ativismo judicial não é um avanço, é mais um “atalho” que exorbita a divisão de Poderes estabelecida pela Constituição Federal, logo inconstitucional porque do julgamento ativista resulta uma solução pela qual o órgão julgador afasta-se e substitui a legislação vigente, alcançando uma resposta diferente da que se poderia esperar de um juiz.

A tripartição de Poderes, tal como prevista na Constituição Federal, não contém uma sistemática de controle no plano político das decisões do Poder Judiciário, porque antes as competências tradicionais do juiz ficavam restritas a aplicar a lei, e não a criá-la. A se aprofundar a tendência, a que se tem chamado de ativismo judicial, será necessário refletir como, no plano do Estado Democrático do Direito, controlar também as decisões ativistas tomadas pelo Poder Judiciário.

[1] Reinaldo Dias, *Ciência Política*, p. 128.

[2] Hélio Pinheiro Pinto, *Juristocracia: o STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial*, p. 38.

[3] Hélio Pinheiro Pinto, *Juristocracia: o STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial*, p. 39.

[4] Georges Abboud e Rafael Tomaz de Oliveira, *O Supremo Tribunal Federal e a nova separação de poderes: entre a interpretação da Constituição e as modificações na engenharia constitucional*, Revista de Processo, vol. 233/2014, p. 9.

[5] Georges Abboud e Rafael Tomaz de Oliveira, *O Supremo Tribunal Federal e a nova separação de poderes: entre a interpretação da Constituição e as modificações na engenharia constitucional*, Revista de Processo, vol. 233/2014, p. 11.

Date Created

28/07/2019