



**UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA**  
***LUÍS DE CAMÕES***

**DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**MESTRADO EM DIREITO**  
**ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**SOBERANIA DO PARLAMENTO OU SOBERANIA DOS TRIBUNAIS – ASPECTOS  
SUBJETIVOS E OBJETIVOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.**

Artigo apresentado como exigência parcial para obtenção do Grau de Mestrado em Direito na  
disciplina “Direito Constitucional Avançado”

Professor: Doutor Pedro Gonçalo Tavares Trovão do Rosário

Aluno: Pedro Campana Neme

**LISBOA**

**Outubro de 2018**

## **SUMÁRIO**

### **INTRODUÇÃO**

1. Os Direitos Fundamentais – Aspectos objetivos e subjetivos – Análise conceitual
    - 1.1. Aspectos objetivos e subjetivos dos Direitos Fundamentais – Conceitos e consequências jurídicas
    - 1.2. Aspectos objetivos dos Direitos Fundamentais – Relacionamento com o ativismo judicial
  2. A teoria da separação dos poderes – do Filósofo ao Barão
    - 2.1. O pensamento de Locke
      - 2.1.1. Algumas consequências da teoria política de Locke
    - 2.2. O pensamento do Barão de Montesquieu
      - 2.2.1 Efeitos da teoria do Barão de Montesquieu
    - 2.3 Positivação da separação dos poderes em Portugal e no Brasil – Limitação da atuação
      - 2.3.1 Limites da capacidade da atuação
  3. O ativismo judicial como algoz da independência entre os poderes
- CONCLUSÃO – A questão da soberania do Parlamento ou do Judiciário

## **RESUMO**

O presente trabalho busca analisar a questão de eventual soberania do poder judiciário sobre o legislativo, e vice-versa. Amparamos suposta sobreposição do judiciário atual em relação ao parlamento em razão da figura do ativismo judicial, que tem sido o fenômeno que aparentemente permitiu ao juiz a assunção de poderes de elaboração de comandos abstratos, impessoais e genéricos. O exercício dessa forma de atuar pelo julgador normalmente vem sendo justificado na busca de efetivação dos direitos fundamentais, que, em sua faceta objetiva obriga atuação colaborativa de todos os poderes para garantir um patamar mínimo essencial à população. Tal fato nos obriga, também, a esclarecer, modestamente, as bases teóricas e práticas do sistema de divisão de poderes que vigora em grande parte dos regimes constitucionais democráticos nas nações civilizadas.

## ***ABSTRACT***

The purpose of this article is to analyze the question of eventual sovereignty of the judiciary over the legislative branch, as well as the opposite. The article sustains the supposed overlap of the current judiciary in relation to the parliament due to the judicial activism figure, which has been the phenomenon that apparently allowed the judge to assume powers in elaborating abstract, impersonal and generic commands. The practice of this deliberation by the judge is usually justified in the search for effective fundamental rights, which, in its objective facet, requires a collaborative action of all the powers to guarantee a minimum base level for the population. This also compels us to clarify the theoretical and practical basis of the power division system that is in force in most of the democratic constitutional regimes of civilized nations.

## **INTRODUÇÃO**

O tema proposto no título do estudo envolve, seguramente, uma das grandes dificuldades enfrentadas pelas nações civilizadas desde que eleito como melhor estrutura para o alcance da democracia o sistema de tripartição de poderes independentes sistematizado por Montesquieu<sup>1</sup>. Como se destrinchará adiante, é da essência dos governos atuais o atingimento e manutenção da independência dos três poderes republicanos.

O estudo dos direitos fundamentais pode nos transmitir a noção superficial de que, em busca de um bem maior (a concretização do bem estar social), os poderes da república podem ser legitimados a uma postura demasiado ativa e inclusive dissociada de suas funções e atribuições originais e orgânicas. É com essa interpretação que algumas nações (umas mais que outras) têm demovido a faixa limítrofe que marca a autoridade e independência de um poder da república em relação a outro.

O objeto do presente trabalho, como se depreende da leitura do título, cinge-se à análise da postura do Legislativo e do Judiciário que, não sem razão, normalmente são os que mais lançam mão de ações que transbordam os limites constitucionalmente fixados. Especialmente

---

<sup>1</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de – O espírito das leis. Há alguns autores, a exemplo de Carl Schmitt, que atribuem a paternidade da proposição sistematizada de um princípio de separação de poderes a Bolingbroke, apesar de reconhecerem que foram publicadas em escritos esparsos.

o poder judiciário, mediante o fenômeno do ativismo judiciário, supostamente legitimado pela bandeira da proteção de Direitos Fundamentais.

É importante que se diga que as ações eventualmente questionadas sob a premissa acima acenada nunca deixam de ser acompanhadas de larga fundamentação pelo poder violador da independência, já que são os próprios Direitos Fundamentais que parecem amparar este aparente ímpeto subversivo.

Isso porque, o estudo dos Direitos Fundamentais, brevemente apresentado em subtópico específico adiante, permite analisar desse feixe de direitos sob o aspecto subjetivo e o objetivo. O subjetivo diz respeito às garantias destinadas ao indivíduo, ao passo em que o objetivo fixa valores mínimos e fundamentais da sociedade, criando a obrigação ativa para todos os poderes da República.

É levantando esta bandeira que o Poder Judiciário passa a se colocar na sociedade de maneira ativa para além dos seus limites de atuação constitucionalmente estabelecidos. O ativismo judicial, nesse teor, tem esteio precisamente no aspecto objetivo dos Direitos Fundamentais.

Este trabalho, nesse teor, objetiva demonstrar os efeitos que o ativismo judicial, aparentemente legitimado pelos Direitos Fundamentais em sua acepção objetiva produz, não apenas na ordem jurídica, mas na organização estrutural da República, assim compreendida de forma global – na medida em que desvirtua invariavelmente a teoria da tripartição dos poderes internalizada no ordenamento constitucional de diversas nações.

### **1. Os Direitos Fundamentais. Aspectos objetivos e subjetivos. Análise conceitual.**

Desde já, deve-se expor que o objetivo do texto, nessa parte, é conduzir o leitor ao momento em que a invocação de aplicação de Direito Fundamental passa a ser o evento autorizador do famigerado ativismo judicial, responsável pelo rompimento (mesmo que parcial) do pacto de divisão dos poderes.

Pois bem. Antes de se imergir no âmago do tema, no aspecto sugerido neste título, convém desenhar breve síntese conceitual que a doutrina tratou de atribuir a esta classe de direitos.

Os Direitos Fundamentais foram gestados a partir de fatos sociais decorrentes de arbitrariedades injustas e injustificadas perpetradas por Governantes absolutistas e despóticos. Como se sabe, o autoritarismo exacerbado permitia ao Estado ser protagonista de intervenções contundentes na vida privada<sup>2</sup>. A resposta jurídico-social, exteriorizada fundamentalmente pelo movimento revolucionário francês, trouxe a lume os Direitos Fundamentais de primeira geração, que consubstanciam as liberdades públicas<sup>3</sup>. O movimento consistiu na positivação de direito de oposição e resistência<sup>4</sup>.

Com a vigência do princípio da liberdade, a sociedade passa a se organizar com forte redução da capacidade interventiva do Governante nas relações privadas. A força do contrato inicia, então, uma fase de prestígio acentuada, período em que se vivenciou um ordenamento jurídico basicamente amparado na máxima *pacta sunt servanda*<sup>5</sup>, que tem como consequência o axioma *quid it contractuel dit juste*<sup>6</sup>.

Progredindo na história, pode-se afirmar que a (aparente) situação de liberdade plena redundou em caos social, já que se reprimou ao momento civilizatório em que a força (econômica e política) prevalecia e ditava, unilateralmente, todas as relações jurídicas. Nesse contexto, deve-se emprestar principal destaque às relações laborais<sup>7</sup>, que, com a Revolução Industrial foram o principal motivo de insurgência social quanto à necessidade de certa intervenção estatal novamente<sup>8</sup>.

Nascem, pois, os Direitos Fundamentais de segunda dimensão, que se traduzem nos direitos econômicos, sociais e culturais<sup>9</sup>, e que impõem ao Estado uma obrigação, desta vez, positiva. Surge, nesse contexto, pela primeira vez, a noção de intervenção obrigatória do Estado para que se concretizem os planos sociais do Constituinte.

---

<sup>2</sup> Os direitos fundamentais de primeira geração, em razão do seu fato social gerador ser a mitigação da liberdade privada, visam garantir toda a forma de manifestação individual em contraponto à posição estatal. O intuito desse feixe de direitos é fundamentalmente reduzir a capacidade intervencionista (interna) antes encontrada no Estado Absoluto. Em razão disso, seus principais efeitos concretos se concentram em garantir a liberdade individual através de imputação de ações negativas ao Estado.

<sup>3</sup> MORAIS, Alexandre – Direito Constitucional. p. 31.

<sup>4</sup> BONAVIDES, Paulo – Curso de Direito Constitucional. p. 563-564.

<sup>5</sup> Trata-se do estado do “*laissez faire, laissez passer*”, responsável por momento de fortes disparidades sociais.

<sup>6</sup> ABRANTES, José João – Contrato de Trabalho e direitos fundamentais. p. 32.

<sup>7</sup> Por ocasião da revolução industrial inglesa, os empregadores fabris optavam pela contratação quase exclusiva de mulheres e crianças. Nesse período, a média de vida dos trabalhadores foi reduzida de maneira drástica e a tutela estatal passa a ser motivo de anseio da justiça (social).

<sup>8</sup> FERNANDES, António José – Direitos Humanos e Cidadania Europeia. p. 42-43.

<sup>9</sup> LENZA, Pedro – Direito Constitucional Esquematizado. p. 1142.

Pode-se concluir que o conceito do ativismo estatal (da forma em que empregado atualmente) advém das exigências justificadas pela pauta do Estado Social. E, nesse sentido, deve ser visto com bons olhos.

A doutrina atual prosseguiu no estudo das classificações dos Direitos Fundamentais em demais *dimensões*, as quais se deixa de lado no presente trabalho por não guardarem relação direta com o seu objeto.

### **1.1 Aspectos objetivos e subjetivos dos Direitos Fundamentais. Conceitos e consequências jurídicas.**

A par das *dimensões* em que se classificam os Direitos Fundamentais, a doutrina constitucionalista os subdivide em dois **aspectos**, no que tange aos seus efeitos, quais sejam, o objetivo e o subjetivo<sup>10</sup>.

Os Direitos Fundamentais lidos sob a ótica **subjetiva** dizem respeito aos Direitos direcionados ao sujeito de direito que lhe teve concedidas as garantias de proteção contra as intervenções do Estado, bem como a possibilidade de exigência de prestações positivas. Essa perspectiva subjetiva é didaticamente percebida da exposição supra concernente à primeira e segunda dimensão dos Direitos Fundamentais. É desse aspecto subjetivo que deflui também a possibilidade de sua exigência pelo particular em juízo, como pondera Ingo Sarlet<sup>11</sup>.

A propósito, vale salientar que o início (histórico) do reconhecimento jurídico dos Direitos Fundamentais criou um ordenamento que somente os enxergava na perspectiva subjetiva<sup>12</sup>, o que se justifica quando se constata que a liberdade e os direitos individuais eram o provimento Constitucional que ostentavam, à época, a maior premência de implementação.

---

<sup>10</sup> SAMPAIO, Marcos. A função social dos direitos fundamentais. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9142#\\_edn19](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9142#_edn19).

<sup>11</sup> SARLET, Ingo Wolfgang – A eficácia dos direitos fundamentais. p. 180.

<sup>12</sup> MARCO, Cristhian de Marco; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara – A dimensão objetiva dos direitos fundamentais e sua relevância para a efetivação da cidadania em países periféricos. p. 50.

Posteriormente, a comunidade jurídica passou a enxergar nos Direitos Fundamentais uma perspectiva **objetiva**, que teve como fato gerador a eficácia irradiante dos Direitos<sup>13</sup>. Trata-se de uma teoria fortemente reconhecida na Doutrina e Jurisprudência, segundo a qual os Direitos Fundamentais irradiam seus efeitos também para todos os Poderes da República no desempenho de suas funções.

Há quem defenda que o conceito de *constituição jurídica*, de Konrad Hesse<sup>14</sup>, que emprestou à Carta Magna maior força normativa para influenciar a realidade social, calçou doutrinariamente o *aspecto objetivo* dos Direitos Fundamentais.

Através desse aspecto objetivo, conclui-se que os Direitos Fundamentais ostentam os seus efeitos irradiantes, que propagam os seus valores por todo o ordenamento jurídico, fato que passa a impor uma nova leitura de todo o direito positivo<sup>15</sup>, segundo a qual deve-se compatibilizá-lo com as diretrizes encartadas nas normas fundamentais<sup>16</sup>.

## **1.2 Aspectos objetivos dos Direitos Fundamentais. Relacionamento com o ativismo judicial.**

Nesse panorama, percebe-se que o aspecto objetivo dos Direitos Fundamentais demanda do Poder Público (visto como um todo) um dever geral de proteção social. A doutrina especializada anuncia, em razão disso, a Teoria dos deveres estatais de proteção, que preconiza a necessidade de uma **postura ativa** de tutela do estado em relação aos particulares que possam ter violado Direito Fundamental por ameaça de terceiros<sup>17</sup>.

É da natureza do Poder Executivo atuar implementando sistemas de governo de forma a atender aos anseios da sociedade. Da mesma forma, é da natureza do Legislativo a produção de leis e demais atos normativos secundários na medida em que se apresentam os problemas

---

<sup>13</sup> LENZA, Pedro – Op. cit. p. 1151.

<sup>14</sup> HESSE, Konrad – A força normativa da constituição.

<sup>15</sup> A nova leitura proposta exige regra interpretativa que permita uma sustentação de cláusulas e conceitos jurídicos fundamentais indeterminados (de baixa densidade normativa), ainda que previstos em documentos infraconstitucionais. Esse esforço interpretativo se dá com o objetivo de viabilização também de aplicação dos Direitos Fundamentais em relações privadas horizontais.

<sup>16</sup> NETO, Luiz Octaviano Rabelo - A dimensão objetiva dos direitos fundamentais como fundamento para vinculação dos particulares. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/20376/a-dimensao-objetiva-dos-direitos-fundamentais-como-fundamento-para-vinculacao-dos-particulares>.

<sup>17</sup> NETO Luiz Octaviano Rabelo, Idem. Op. Cit.

sociais, políticos e econômicos. O ativismo na forma de trabalhar é da essência da própria função destes dois poderes da República.

O mesmo já não se pode afirmar do Poder Judiciário, cuja atuação preponderante, a jurisdição, tem como característica fundamental a inércia, que exige a sua provocação prévia pelo jurisdicionado. Em função disso, devem-se ponderar sempre com extrema cautela as teorias que aparentemente transferem ao Judiciário certa possibilidade de agir sem provocação, fora dos limites da provocação, ou além dos limites de sua competência orgânica.

Para os limites fixados no título deste estudo, urge registrar que o **ativismo do Judiciário** tem sido a maior causa de críticas por parte de positivistas e, da mesma forma, é o fator precípua que tem feito emergir a discussão sobre soberania dos Tribunais quando confrontada com a do Parlamento, já que o ativismo desenfreado tem provocado diversas incursões, inconstitucionais, de Tribunais nas competências legislativas<sup>18</sup>.

A ferramenta prática de que se valem os interpretes e aplicadores da Lei reside, neste aspecto, consiste especificamente no princípio da proporcionalidade. No conflito entre a aplicabilidade de dois princípios fundamentais (como se percebe no caso aqui tratado) o princípio da proporcionalidade deve entrar em cena.

Quando o Poder Judiciário invade a competência material legislativa, está a violar princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito e isso deve ser sempre analisado de forma refratária e, naturalmente, cautelosa. Mas também não poderia o Judiciário deixar de concretizar a aplicabilidade de direitos fundamentais, e para essa difícil tarefa é que o princípio da proporcionalidade se mostra eficaz. É, para a finalidade abordada neste estudo, um princípio que passa a agir como “mediador” no caso de aparente simbiose legal ou principiológica.

Mesmo para alguns que defendem a postura mais ativa por parte do Poder Judiciário, o princípio da proporcionalidade deve servir como lastro para que a decisão judicial utilize-se (ao menos) de normas já existentes no ordenamento, como espécie acréscimo

---

<sup>18</sup> A questão do ativismo judiciário representa o ponto nevrálgico do presente estudo, na medida em que é o fator de desestabilização da separação dos poderes no ponto de vista do Judiciário, pelo que se conclui que é o defeito de atuação que pode, em tese aloca-lo em degrau superior ao do Legislativo. A questão deve, por isso, e será, tratada de forma mais aprofundada em capítulo específico.



argumentativo<sup>19</sup>. Não poderia, o princípio da proporcionalidade, atuar como fundamento que conceda ao julgador “carta branca” para avançar em nítida competência legislativa.

Interessante acórdão oriundo da 2ª Secção do Tribunal Constitucional Português<sup>20</sup> não julgou inconstitucionais os preceitos dos artigos 3.º, n.º 3, alínea a), e 4.º do Decreto-Lei n.º 103/2006, de 7 de Junho, que prevêem a cobrança duma taxa de regulação. A interpretação se lastreou precipuamente na análise do princípio da proporcionalidade para manter no mundo normativo a possibilidade de cobrança de Taxa de Regulação específica pela Entidade Reguladora para a Comunicação Social.

## **2. A teoria da separação dos poderes. Do filósofo ao Barão.**

A resposta à questão sobre a soberania de tribunais ou do parlamento envolve, além da premissa fixada no bojo do capítulo anterior, uma exposição sobre os limites constitucionais e institucionais impostos para a atuação finalística do Poder Legislativo e, principalmente, do Poder Judiciário.

Foi na imortal doutrina de Aristóteles que a noção de descentralização de poder foi brandida pela primeira vez na história do Direito, e claramente não nos contornos fixados atualmente.

O filósofo ensinou que a organização política ateniense era marcada por um governo composto por um Conselho (do Senado ou do Areópago), Magistrados (administradores) e os tribunais. A composição do Conselho era oligárquica, que tinha como principal parâmetro de escolha a riqueza. A escolha dos magistrados era aristocrática, baseada em méritos do candidato. Os tribunais, por sua vez, eram compostos por homens livres. A prevalência da vontade da assembleia era definida pelo posicionamento da maioria.<sup>21</sup>

Além disso, depreende-se de forma bastante clara das ideias aristotélicas que o governo era um governo de leis, e não de homens<sup>22</sup>. Aristóteles sugeria a noção de que o fato de as leis

---

<sup>19</sup> NOTARO, Camila a Antunes – A Proporcionalidade em Robert Alexy e o Ativismo Judicial no Estado Democrático Brasileiro.

<sup>20</sup> Acórdão de número 365/2008 publicado no Diário da República n.º 155/2008, Série II de 2008-08-12.

<sup>21</sup> SOUZA JUNIOR, Antonio Umberto – O Supremo tribunal federal e as questões políticas. p. 28.

<sup>22</sup> ARISTÓTELES – A política. p. 114.

serem criadas pela vontade de multidões não afasta a suposição de que seria melhor a lei ditada por um governante.

Adiante em seu estudo, o pensador inaugura a percepção de que há três poderes fundamentais em todo governo. Idealiza que o primeiro poder delibera sobre “os negócios do Estado”; o segundo é composto pelas magistraturas e poderes constituídos (dos quais o Estado deve se valer para agir e satisfazer suas atribuições; o terceiro, diz Aristóteles, refere-se aos cargos jurisdicionais<sup>23</sup>.

A exposição de tais ideias, numa época demasiadamente distante, prenunciava seguramente um fundamento muito abalizado do que veio a ressurgir futuramente como o princípio da separação dos poderes.

Avançando na história da civilização, após o tempo de Aristóteles, iniciava-se a era do império romano, civilização marcada por notáveis avanços na área jurídica, mas, por outro lado, nem tanto na área da política<sup>24</sup>. No início da vida imperial, na época dos governos dos Reis, Roma parece ter conseguido manter o poder descentralizado das mãos do governante.

O próprio Montesquieu abordou o assunto no *Espírito das Leis*, acentuando que o Rei tinha a incumbência de comandar o exército e julgava os assuntos criminais e civis, bem como convocava o Senado. O senado, expõe Montesquieu, tinha forte autoridade e seus membros várias vezes eram chamados para julgar ao lado do Rei. Ao povo era concedida a possibilidade de eleição dos magistrados, de aprovar leis, e, eventualmente (com a permissão do rei) até declarar guerra e paz<sup>25</sup>.

Todavia, essa noção de descentralização de poder em Roma não acompanhou a trajetória do Império de forma contínua e perene. Após a expulsão dos Reis, Octávio tornou-se o primeiro imperador Romano. Já nesse momento centralizou o poder: nomeou os senadores, afastou-se da sujeição da lei e comandou o exército. Com o declínio paulatino de Roma<sup>26</sup>, o poder passou a se concentrar de forma cada vez mais acentuada nas mãos do imperador, que passa a

---

<sup>23</sup> ARISTÓTELES, Idem. Op. Cit. p. 127

<sup>24</sup> SOUZA JUNIOR, Antonio Umberto – Op. cit. p. 32

<sup>25</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de – Op. cit. p. 182.

<sup>26</sup> Que se deixa de aprofundar por se tratar de matéria que se desvia dos limites deste trabalho.

governar de forma descontrolada e absoluta – fator que fragiliza o império, quando sucumbe definitivamente com as invasões bárbaras<sup>27</sup>.

E justamente com o fim do império romano, deflagra-se o início da Idade Média, período no qual novamente se percebe a tendência de reunião de todos os poderes e atribuições estatais na figura do monarca. No fim da Idade Moderna, os regimes absolutistas passaram a ser mais contestados por pensadores e por movimentos sociais. Aliás, o marco temporal final de tal período histórico coincide com a revolução francesa de 14 de julho de 1789.

Trata-se, o fim da Idade Moderna, de ambiente propício à apresentação de novas ideias e formas de governo que buscassem retirar do Estado o monopólio dos poderes governamentais. É nesse contexto que os pensadores do assunto iniciam a produção dos principais trabalhos conhecidos voltados à análise jurídico-política do Estado, dentre os quais deve-se destacar John Locke e o Barão de Montesquieu (pela relação que as suas conclusões guardam com o tema deste trabalho).

## **2.1 O pensamento de Locke.**

Já se anunciou no curso deste artigo que a paternidade da sistematização do princípio da separação dos poderes é conferida primordialmente a John Locke e ao Barão de Montesquieu. Neste primeiro subtópico, fiquemos apenas nas ideias propostas por Locke.

A teoria político-social de John Locke se fixa de maneira bem arraigada na premissa de que o estado natural do ser humano é pautado pelo instinto de liberdade, igualdade e independência, virtudes que não lhe podem ser subtraídas sem seu consentimento. Afirma o autor que uma pessoa não pode ser colocada sob o poder político alheio, o que só se justificaria mediante ação consentida de integrar uma sociedade política. A ideia de Locke procura sempre reforçar a noção de que esse referido consentimento, que retira a liberdade natural da pessoa, somente se dá com o movimento de reunião coletiva com o objetivo de criação da vida comunitária<sup>28</sup>.

A passagem da pessoa do meio natural para a integração na sociedade civil constitui o contrato social, que fundamenta a existência legítima de um governo. Essa constatação

---

<sup>27</sup> SOUZA JUNIOR, Antonio Umberto – Op. cit. p. 33

<sup>28</sup> LOCKE, John – Dois tratados sobre o governo. p. 468.

ampara a conclusão de que é apenas a vontade da maioria da comunidade que pode guiar as suas deliberações, como um bloco social conjunto e definido<sup>29</sup>. Assevera que a partir da aderência do indivíduo ao corpo político, aquele passa a se obrigar, diante da sociedade, às manifestações de vontade da maioria, já que do contrário, o pacto original que o incluiu na coletividade perderia totalmente o significado<sup>30</sup>.

Outro valor a ser enaltecido por Locke é a proteção da propriedade, conceito do qual se desenlaçam, na opinião do pensador, a vida a liberdade e os bens do homem. A proteção da propriedade seria a contrapartida que o Estado fornece ao homem, que para integrá-lo, abdica de sua liberdade para observar a vontade da maioria (leis). A segurança patrimonial, exigida da sociedade política, consubstancia, portanto, primordial cláusula obrigacional do contrato social “firmado” com o homem<sup>31</sup>.

É interessante ver como Locke amarra à sua premissa fundamental consequências exigidas, inclusive nos padrões contemporâneos, para o correto funcionamento político de qualquer sociedade. Deflui como corolário de sua exposição inicial a noção de que o Estado rege-se pela vontade da maioria, que deve zelar pela segurança da propriedade, da vida e da liberdade daqueles que partilham a mesma sociedade política.

Em nome da defesa da propriedade, a sociedade política assume, pois, o poder de punir transgressões cometidas pelos seus membros. Assume também o poder de estabelecer quais serão as punições deverão ser destinadas às transgressões<sup>32</sup>. Além disso, esclarece Locke que o poder de punir pode se voltar a alguém que não figure no grupo político, mas que tenha causado dano a um integrante – poder de guerra e paz<sup>33</sup>. Neste contexto, Locke anuncia o fundamento dos poderes legislativo e executivo.<sup>34</sup>

---

<sup>29</sup> Sobre a questão, Rousseau registra que “Quando se propõe uma lei na assembleia do povo, o que se lhe pergunta não é precisamente se aprovam a proposta ou se a rejeitam, mas se ela está ou não de acordo com a vontade geral que é a deles; cada qual, dando seu sufrágio, dá seu parecer, e do cálculo dos votos extrai-se a declaração da vontade geral. Quanto, pois, o parecer contrário ao meu prevalece, isto só prova que eu me enganei e que aquilo que eu imaginava ser a vontade geral não o era”. RUSSEAU, Jean Jaques – O contrato social. p. 129.130.

<sup>30</sup> LOCKE, John – Op. cit. p. 470.

<sup>31</sup> LOCKE, John – Op. cit. p. 458.

<sup>32</sup> Capacidade legislativa.

<sup>33</sup> LOCKE, John – Op. cit. p. 459.

<sup>34</sup> “Temos aqui a origem dos poderes legislativo e executivo da sociedade civil, que julgam segundo as leis vigentes, em que medida devem ser punidos os delitos cometidos no seio do corpo político e também determinam, mediante julgamentos ocasionais baseados nas atuais circunstâncias presentes no fato, em que

Com efeito, chama atenção a importância que esse autor dá ao fato de que a escolha deliberada do indivíduo em integrar uma sociedade civil lhe retira da “jurisdição” do *poder executivo da lei da natureza*, subsumindo-o, por consequência, aos poderes da comunidade<sup>35</sup>. Tal constatação permitiu-lhe concluir que é essencial que a sociedade política<sup>36</sup> constitua um juiz, investido de autoridade suficiente para poder reparar os danos gerados pelo convívio social.

### 2.1.1 Algumas conclusões da teoria política de Locke.

O sistema de governo proposto na teoria abordada, com certa influência do momento social inglês da época<sup>37</sup>, dividiu a sociedade civil em três poderes: o legislativo (a quem se incumbiu a responsabilidade de elaboração de leis), o executivo (comandante da administração) e o federativo (responsável por tarefas diplomáticas). Os julgadores seriam integrantes do poder legislativo ou pessoas por ele indicadas<sup>38</sup>

O estudo de Locke não parece ser muito denso na conceituação do seu poder federativo, mas deixa bastante clara a necessidade de se cindir em mais de uma pessoa (órgão) a titularidade dos poderes legislativo e executivo. Teceu crítica severa ao regime da monarquia absoluta, que, aliás, não poderia, na concepção do autor, se classificar como uma forma de governo civil<sup>39</sup>. Fica bastante alertado que a reunião do legislativo e executivo concentrada nas mãos do governante extirpa qualquer possibilidade de existir juiz com capacidade de equidade e imparcialidade<sup>40</sup>.

---

medida as injúrias externas deverão ser vingadas; e em ambos os casos empregam a força integral de todos os membros quando houver necessidade”. Idem. Op. Cit. p. 460.

<sup>35</sup> LOCKE, John – Op. cit. p. 459

<sup>36</sup> Também referida como *sociedade civil* no texto de Locke.

<sup>37</sup> JUNIOR, Antonio Umberto Souza – Op. cit. p. 35.

<sup>38</sup> “juiz este que é o legislativo ou os magistrados por ele nomeados”. LOCKE, John – Op. cit. p. 459

<sup>39</sup> Idem. Op. Cit. p. 461.

<sup>40</sup> Como se pode perceber, o destaque de Locke à individualização dos poderes (legislativo e executivo) e à necessidade de seu exercício por pessoas distintas fixa algumas bases da teoria hoje vigente, cuja separação dos poderes, com relação ao órgão aplicador, tem sido objeto de estudo por grande parte de cientistas políticos e constitucionalistas.

De fato, a necessidade de separação dos poderes executivo e legislativo<sup>41</sup>, ao lado de sua própria identificação, parece ter sido um dos importantes legados de Locke em sua obra *Dois tratados sobre o governo*, considerando a dose de utilização de suas ideias na organização estrutural de grande parte das nações civilizadas. É brilhante o seu desenvolvimento teórico sobre a questão da titularidade e distribuição do poder.

Na visão de Locke, de certo, o poder legislativo parece situar-se em patamar de importância superior quando comparado com o executivo. Isso porque, recorde-se, as funções legiferante e jurisdicional<sup>42</sup> eram objeto de exercício concentrado e exclusivo do poder legislativo. E, além disso, deve-se recordar que o governo Inglês da época consistia num regime monárquico submisso ao parlamento.

Em termos gerais, foram essas as oficiosas lições de John Locke sobre o poder do estado.

## **2.2 O pensamento do Barão de Montesquieu.**

Montesquieu, no campo doutrinário, idealizou um regime político utópico que era sustentado por uma tríade de poderes devidamente identificados e individualizados. Esse esquema de divisão de poderes era composto pelo poder legislativo, segundo o qual o magistrado deve criar as leis (temporárias ou definitivas); o poder executivo das coisas, que permite ao príncipe fazer a paz ou guerra, receber embaixadas e prevenir invasões; e o poder executivo que depende do direito civil (chamado também de poder de julgar pelo autor), que teria a função de permitir ao seu titular o julgamento de crimes e decidir conflitos entre os particulares<sup>43</sup>

Os ideais do Barão são marcados por uma forte necessidade de separação radical dos poderes<sup>44</sup>, não obstante sugerir em determinados excertos do texto a necessidade de

---

<sup>41</sup> Na mesma linha, Rousseau afirmou que “não convém que quem redija as leis as execute, nem que o corpo do povo desvie sua atenção dos desígnios gerais para concentrá-la nos objetivos particulares”. RUSSEAU, Jean Jaques – O contrato social. p. 82.

<sup>42</sup> É digno de nota que a função jurisdicional não foi precisamente objeto da análise de John Locke, não obstante a teoria eleger a necessidade de imparcialidade do julgador como um dos principais argumentos para o extermínio do poder monolítico.

<sup>43</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. Op. cit. p. 167-168.

<sup>44</sup> Assevera Montesquieu, demonstrando a necessidade de separação da titularidade dos poderes, que “Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não

funcionarem de maneira harmonizada, ou, como adjetivada pelo autor, “concertadamente”<sup>45</sup> (propondo algumas regras de interação entre os poderes).

Como se percebe, o principal avanço da teoria de Montesquieu não foi precisamente a identificação dos poderes estatais, já que isso teria sido (ainda que de forma menos esclarecedora e aprofundada) nos estudos de Aristóteles. Foi justamente partindo da premissa herdada de Aristóteles, que o Barão pode concluir que as funções estatais deveriam se apresentar de maneira independente e autônoma, apesar de intimamente interligadas. O trabalho de Montesquieu refuta com veemência a possibilidade de poder monolítico<sup>46</sup>.

É digno de nota que o estudo de Montesquieu apresenta também diversos exemplos<sup>47</sup> que hoje lastreiam a teoria do sistemas de freios e contrapesos, incorporado, por quase a totalidade dos ordenamentos constitucionais das nações civilizadas, como um mecanismo de manutenção da divisão harmônica entre os poderes.

Ao proceder ao registro das possibilidades de intervenção (limitadora) entre os poderes estatais, pode-se perceber que Montesquieu, aparentemente, assenta em degrau de superioridade o poder legislativo, inclusive concedendo-o a possibilidade de fiscalizar a maneira pela qual os seus atos normativos estariam sendo executados. A par disso, atribui o

---

existe liberdade; porque se pode temer o que o mesmo monarca ou mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou querelas entre os particulares”, Montesquieu, Charles de Secondat, Baron de – Op. cit. p. 168.

<sup>45</sup> De maneira didática, o autor explica que “Esses três poderes deveriam formar um repouso ou uma inação. Mas, como, pelo movimento necessário das coisas eles são obrigados a avançar, serão obrigados a avançar concertadamente”. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de – Op. cit. p. 166.

<sup>46</sup> LENZA, Pedro – Op. cit. p. 585.

<sup>47</sup> Sem a pretensão de esgotar os exemplos apresentados pelo Doutrinador, vale registrar o seguinte excerto em que fica clara a necessidade de um poder atuar de forma a eventualmente frear outro: “Se o poder executivo não tiver o direito de limitar as iniciativas do corpo do legislativo, este será despótico; pois, como ele poderá outorgar-se todo o poder que puder imaginar, anulará os outros poderes. Mas não é preciso que o poder legislativo tenha reciprocamente a faculdade de limitar o poder executivo. Pois, sendo a execução limitada por natureza, é inútil limitá-la: além do que o poder executivo exerce-se sempre sobre coisas momentâneas. E o poder dos tribunos de Roma era vicioso, enquanto não somente limitava a legislação como também a própria execução, que causava grandes males. Mas, se, num Estado livre, o poder legislativo não deve ter o direito de frear o poder executivo, tem o direito e deve ter a faculdade de examinar de que maneira as leis que criou foram executadas; e é esta a vantagem que possui este governo sobre os de Creta e da Lacedemônia, onde os cosmos e os éforos não prestavam contas de sua administração”. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de – Op. cit. p. 173.174.

autor ao poder executivo o dever de eventualmente limitar a atuação do poder legislativo, afirmando a possibilidade de despotismo e autoritarismo no caso de ausência de limites.

As divergências com a doutrina de Locke são visíveis.

De fato, a atuação legiferante de forma ilimitada tem o condão de emprestar ao legislador um controle e um poder potencialmente muito desenfreado e com grandes possibilidades de alterar o rumo de qualquer governo. Qualquer nação de tradição jurídica romano-germânica pode vir a ser mais facilmente controlado por atos normativos, motivo pelo qual nesses casos se acentua a necessidade de controle legislativo sugerida por Montesquieu.

Já a atividade jurisdicional, segundo a doutrina de Montesquieu, deveria ser, eventualmente, transferida para a Câmara Alta do Parlamento, quando o objeto do julgamento guardava relação com causas políticas, pedidos de anistia e litígios envolvendo nobres<sup>48</sup>.

A doutrina de Montesquieu não emprestou ao poder de julgar a importância e autoridade de que o judiciário costuma gozar atualmente. Ao revés, após a apresentação do seu triângulo de poderes, o autor chega a afirmar que o poder de julgar é, de certa forma, nulo<sup>49</sup>, já que os juízes seriam apenas a boca da lei, constituído por profissionais inanimados.

Ao asseverar que os julgadores são “a boca que pronuncia as palavras da lei”<sup>50</sup>, o autor justifica, doutrinariamente, a transferência da atividade jurisdicional que demandar certo exercício hermenêutico ao próprio legislativo (Câmara Alta), até porque a atividade judicante, na ótica do doutrinador, não deveria ser confiada a um confiada a uma certa profissão, nem a um corpo permanente<sup>51</sup>.

Certamente, não foi o Judiciário devidamente reconhecido e enaltecido na doutrina de Montesquieu.

---

<sup>48</sup> SOUZA JUNIOR, Antonio Umberto – Op. cit. p. 42.

<sup>49</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de – Op. cit. p. 172.

<sup>50</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de – Op. cit. p. 175.

<sup>51</sup> Assevera Montesquieu, sobre a atividade judicante, que “O poder de julgar não deve ser dado a um senado permanente, mas deve ser exercido por pessoas tiradas do seio do povo em certos momentos do ano, da maneira prescrita pela lei, para formar um tribunal que só dure o tempo que a necessidade requer. Dessa forma, o poder de julgar, tão terrível entre os homens, como não está ligado nem a certo estado, nem a certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo. Não se têm continuamente juízes sob os olhos; e teme-se a magistratura, e não os magistrados. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de – Op. cit. p. 169.



### 2.2.1 Efeitos da teoria do Barão de Montesquieu.

Da forma como se apresentou acima, a base teórica das ideias de Montesquieu, teve como principal objetivo apresentar-se em forte contraponto ao absolutismo vivenciado em peso por diversas nações da época. E, de fato, o *Espírito das Leis* foi, mesmo que parcialmente, documento inspirador de importantes marcos revolucionários sociais da era moderna, como, por exemplo, as revoluções americana e francesa<sup>52</sup>.

O marco regulamentador (reconhecedor) da teoria que Montesquieu aprofundou e sistematizou foi a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, que, em seu artigo 16 erigiu, de forma explícita e inequívoca, a doutrina da separação de poderes como postulado de existência de qualquer constituição: “*Toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição*”<sup>53</sup>.

Esse marco normativo tornou a noção de separação dos poderes um verdadeiro dogma constitucional.

A Declaração de Direitos Virgínia, de 1776, documento que foi produto revolução americana<sup>54</sup>, também consagrou a doutrina da separação dos poderes, conquanto não ter sido de forma tão explícita como o supra transcrito artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Importa, para os fins deste capítulo, transcrever o conteúdo do artigo 5º, que clarifica a noção de divisão dos três poderes como obrigatória: “*O poder legislativo e o poder executivo do estado devem ser distintos e separados da autoridade judiciária; e a fim de que também eles de suportar os encargos do povo e deles participar possa ser reprimido todo o desejo de opressão dos membros dos dois primeiros devem estes em tempo determinado, voltar a vida*”

---

<sup>52</sup> LENZA, Pedro – Op. cit. p. 585.

<sup>53</sup> LENZA, Pedro – Op. cit. p. 586.

<sup>54</sup> O documento americano claramente foi inspirado nos ideais revolucionários iluministas franceses, o teor de seus dispositivos permite tal conclusão de forma bastante facilitada.

*privada, reentrar no corpo da comunidade de onde foram originariamente tirados; os lugares vagos deverão ser preenchidos pôr eleições, freqüentes, certas e regulares*<sup>55</sup>”.

Como brevemente exposto anteriormente, o desenho do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) também foi produto da inteligência do Barão de Montesquieu, segundo o qual o ordenamento jurídico deve propiciar aos poderes a legitimidade para atuar de forma a rechaçar os excessos cometidos por um ou outro poder. Tudo com o objetivo de se respeitar o postulado da separação e divisão dos poderes. Tal mecanismo expressa os controles recíprocos, que efetivamente evitam os abusos de poder<sup>56</sup>.

Os ordenamentos jurídicos atuais consagram inúmeros exemplos desse controle recíproco:

No caso da Constituição Brasileira, por exemplo, o artigo 52, I<sup>57</sup>, estabelece a possibilidade do Senado Federal julgar e processar o Chefe do Executivo Federal por crimes de responsabilidade. O Chefe do Executivo tem legitimidade para sancionar ou vetar projetos de lei aprovados pelo poder legislativo (artigo 66, §1º)<sup>58</sup>.

Outro importante exemplo brasileiro de intervenção legítima de um poder no funcionamento de outro se refere ao artigo 101, parágrafo único da Constituição, segundo o qual incumbe ao Presidente da República a nomeação dos juízes (Ministros) do Supremo Tribunal Federal, e, mesmo assim, após a aprovação do nome pelo Senado Federal<sup>59</sup>. Ademais, a Constituição Brasileira transfere ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de declarar inconstitucional os atos normativos editados, logicamente, pelo poder legislativo (artigo 102, I, “a”)<sup>60</sup>.

---

<sup>55</sup> Encontrado em [https://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o\\_de\\_Direitos\\_de\\_Virg%C3%ADnia](https://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_de_Direitos_de_Virg%C3%ADnia), acessado em 30 de abril de 2018.

<sup>56</sup> LENZA, Pedro – Op. cit. p. 585.

<sup>57</sup> Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles.

<sup>58</sup> Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

<sup>59</sup> Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

<sup>60</sup> 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.

No caso português, por sua vez, o Constituinte atribuiu à Assembleia da República a escolha de dez dos treze julgadores do Tribunal Constitucional<sup>61</sup>, além de nomear o Provedor de Justiça<sup>62</sup> e promover processo de acusação contra o Presidente da República<sup>63</sup>.

Fato é que o enaltecido sistema de freios e contrapesos na doutrina de Montesquieu serve como importante ferramenta para que se atinja e se mantenha o equilíbrio harmônico na forma de estruturação dos poderes estatais que idealizou. E, em razão disso, é que a efetivação de tal sistema tem sido objeto de severos esforços criativos por parte dos legisladores constituintes.

O principal desafio do constituinte na implementação desse sistema parece ser residir na dosimetria da força interventiva de um poder sobre o outro, de modo a atingir o objetivo de colocar cada qual dentro de suas atribuições finalísticas, sem propiciar a usurpação de competência fundamental. Da mesma forma, deve-se evitar, salvo no plano acadêmico-doutrinário, colocar um poder em patamar de soberania quando comparado com os outros dois.

Tal discussão apenas pode revelar um certo desajuste, seja na distribuição constitucional de competências iniciais, ou, por outro lado, atuação inconstitucional por um ou outro poder do estado. Nenhuma das hipóteses aponta para a saúde do esquema sistematizado por Montesquieu.

### **2.3 Positivção da separação dos poderes em Portugal e no Brasil. Limitação da atuação.**

Em prosseguimento ao raciocínio exposto no tópico antecedente, convém ilustrar que a Constituição Brasileira vigente, promulgada em outubro de 1988, alçou como seu princípio fundamental a necessidade de separação dos poderes. Logo em seu artigo 2º dispõe a Carta

---

<sup>61</sup> Artigo 163, h, da CF: “Compete à Assembleia da República, relativamente a outros órgãos: h) Eleger, por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções, dez juízes do Tribunal Constitucional, o Provedor de Justiça, o Presidente do Conselho Económico e Social, sete vogais do Conselho Superior da Magistratura, os membros da entidade de regulação da comunicação social, e de outros órgãos constitucionais cuja designação, nos termos da lei, seja cometida à Assembleia da República”.

<sup>62</sup> Artigo 23º, 3, da CR: “O Provedor de Justiça é um órgão independente, sendo o seu titular designado pela Assembleia da República, pelo tempo que a lei determinar.”.

<sup>63</sup> Artigo 130º, 1 e 2, da CR: “Por crimes praticados no exercício das suas funções, o Presidente da República responde perante o Supremo Tribunal de Justiça.

A iniciativa do processo cabe à Assembleia da República, mediante proposta de um quinto e deliberação aprovada por maioria de dois terços dos Deputados em efetividade de funções.

Constitucional do Brasil que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

É importante notar que esse princípio sempre foi tido como fundamental pelo ordenamento brasileiro. Como assevera José Afonso da Silva<sup>64</sup>, a Constituição do Império já consagrava a cisão de poderes numa maneira quadripartite<sup>65</sup>, que calcava a estrutura estatal sobre o Legislativo, Judiciário, Executivo e também o poder Moderador. Curioso destacar que essa constituição imperial já partia da premissa de que a separação dos poderes seria a fórmula de estrutura do estado que melhor viabilizava a capacidade de se garantirem os Direitos dos Cidadãos que uma Constituição poderia oferecer<sup>66</sup>.

As Constituições que se seguiram<sup>67</sup> passaram a adotar a teoria da tripartição proposta pelo Barão de Montesquieu, fundamentando o estado Brasileiro nos poderes Legislativo, Judiciário e Executivo – tal qual a Lei Maior que hoje vige.

Em Portugal a história constitucional não foi muito dissonante<sup>68</sup>. Todas as Constituições Portuguesas, à exceção da Ditatorial, de 1933, estabeleceram a estruturação do estado português nos poderes Judicial, Legislativo e Executivo. Já a Constituição Política da Monarquia Portuguesa, que inaugurou a ordem monárquica-constitucional no país, cuidou de estabelecer de forma clara a divisão dos três poderes, bem como a titularidade de seu exercício dentro da organização do governo<sup>69</sup>.

---

<sup>64</sup> SILVA, José Afonso – Curso de direito constitucional positivo. p. 108.

<sup>65</sup> A Constituição Imperial Brasileira, outorgada por Dom Pedro I, em 25 de março de 1824, em seu artigo 10º, assim ditava: “Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial”.

<sup>66</sup> Artigo 9º da Constituição Imperial Brasileira: “A Divisão, e harmonia dos Poderes Políticos é o principio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição oferece”.

<sup>67</sup> Merece especial destaque a Constituição Ditatorial, de 1937, que apenas faz menção, de forma esparsa, à existência dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, mas não chega a expor em dispositivo específico as relações entre os poderes do Estado.

<sup>68</sup> BIELSCHOWSKY, Raoni - O Poder Judiciário na doutrina da separação dos poderes: Um quadro comparativo entre a ordem brasileira e a ordem portuguesa. p. 279-280.

<sup>69</sup> Artigo 29 da CRP de 1822: “O Governo da Nação Portuguesa é a Monarquia Constitucional hereditária, com leis fundamentais, que regulem o exercício dos três poderes políticos”. Artigo 30º da CRP de 1822: “Estes poderes são legislativo, executivo e judicial. O primeiro reside nas Cortes com dependência da sanção do Rei (arts. 110º, 111º e 112º). O segundo está no Rei e nos Secretários de Estado, que o exercitam debaixo da autoridade do mesmo Rei. O terceiro está nos Juizes. Cada um destes poderes é de tal maneira independente, que um não poderá arrogar a si as atribuições do outro”.

Interessante notar que a Constituição de 1826, segunda Carta Maior Portuguesa, foi outorgada por Dom Pedro IV (Dom Pedro I do Brasil) tal qual a Constituição Imperial Brasileira de 1824. Em razão disso, trata-se essa Carta Portuguesa, de uma Constituição que praticamente teve repetido o dispositivo brasileiro que sustenta a nação em quatro poderes<sup>70</sup>.

Atualmente, na República Portuguesa, vigora a Constituição de 1976, e, nos termos de seu artigo 2º, o Estado Democrático de Direito Português, dentre outros princípios, baseia-se na separação e interdependência dos poderes<sup>71</sup>. Da leitura do dispositivo referido constata-se inegável o fato de que Portugal permanece-se a se valer da teoria de Montesquieu para a estruturação de sua República.

Como se percebe, não há como se afastar a constatação de que a doutrina de Aristóteles, rememorada por John Locke e aperfeiçoada e sistematizada por Montesquieu, consistiu num dos principais marcos teóricos que fundamentaram a evolução jus-social no que se refere à forma de estruturação do Estado moderno.

Sem tal criação teórica, com a riqueza de detalhes que a acompanhou, possivelmente não seria viável vivermos no estágio de evolução em que vivemos, ou, pior ainda, talvez não tivéssemos conseguido nos desvencilhar do ultrajante controle exercido por governos autocráticos e despóticos<sup>72</sup>.

### **2.3.1 Limites da capacidade de atuação.**

Nos tempos de hoje, fora da comunidade jurídica, não parece tanto usual pararmos para nos convencer sobre qual seria o limite de atuação de cada poder da República. Também não é muito comum sequer observarmos qual seria a atividade principal e preponderante dos

---

<sup>70</sup> Art. 10º - “A divisão e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efectivas as garantias, que a Constituição oferece”. Art. 11º - “Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Reino de Portugal são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial”.

<sup>71</sup> Artigo 2º: Estado de direito democrático

A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.

<sup>72</sup> Importante rememorar, como exposto no início deste estudo, que os Direitos Fundamentais (e Humanos) tiveram seu reconhecimento inaugural em razão das lutas sociais e revolucionárias travadas contra a forma de governo absolutista, fato que amplia de forma severa os benefícios indiretos da teoria da tripartição de poderes.

poderes estatais, individualmente analisados. É um assunto sobre o qual muitos conseguem conversar sem um conhecimento muito diferenciado (fora do meio acadêmico e profissional do direito, claro).

É que o modelo da tripartição passou a ser parte não só da estrutura do estado, mas também um conceito quase que pré-concebido por grande parte dos indivíduos. Todos têm uma noção, ainda que mezinha, sobre qual é a atividade exercida no Parlamento, no Judiciário e no Executivo. Da mesma forma, todos muitos já ouviram falar que um poder não deve atuar de forma a violar a competência funcional de outro.

Isso, de certo modo, revela o sucesso da teoria da tripartição dos poderes, mas, por outro lado, acentua a necessidade de se revisitarem novamente as bases doutrinárias e constitucionais sobre a divisão dos poderes e os seus limites de atuação. Estas últimas, sim, deveriam ser de conhecimento geral, de forma a permitir maior fiscalização social sobre a atuação da República.

Pois bem. José Afonso da Silva faz importante distinção entre a conceituação de “funções do poder” e “separação de poderes”. Apesar de reconhecer uma conexão necessária entre as expressões, ensina o doutrinador brasileiro que a “distinção de funções” consiste na especialização de tarefas estatais, sem contudo considerar os órgãos que a exteriorizam. Já a “separação de poder” constitui na destinação de cada função governamental a órgãos ou pessoas distintas que, à exceção do Judiciário, carregam exatamente o nome das funções que exercem<sup>73</sup>.

É interessante o ensinamento desse doutrinador ao registrar que a separação dos poderes deve obedecer a dois elementos: a especialização funcional (cada órgão deve ser especializado para o exercício de sua função primordial) e a independência orgânica (o órgão deve ser independente de outros do ponto de vista subordinativo)<sup>74</sup>.

O conceito de independência estanque de poderes foi devidamente relativizado nas Constituições atuais, que, como se viu passaram a expor o tema de forma a se atingir a independência harmônica entre os poderes governamentais. No direito constitucional

---

<sup>73</sup> SILVA, José Afonso – Op. cit. p. 110.

<sup>74</sup> SILVA, José Afonso – Op. cit. p. 111.

moderno, há inclusive quem prefira fundamentar o instituto com uma ideia de “colaboração de poderes”<sup>75</sup>.

Nesse contexto, em linhas gerais, incumbe, precipuamente, ao poder legislativo sua natural habilidade de elaborar atos normativos de caráter abstrato, genérico e impessoal. Ao poder executivo cabe o exercício da prática de atos de chefia de Estado, chefia de Governo e atos de administração. Ao poder judiciário cabe a exteriorização da função jurisdicional, que consiste em pronunciar o direito num caso concreto que lhe seja colocado à análise, de forma a resolver conflitos de interesse com a aplicação da lei<sup>76</sup>.

Sobre o assunto é interessante perceber a noção exposta por Hamilton, que expõe de forma memorável as funções que devem ser exercidas por cada poder, bem como o grau de importância que eles lhe revelam, não obstante sua reflexão parecer colocar o Judiciário em um degrau de menor importância pela natureza de suas atribuições<sup>77</sup>.

De forma específica, as divisões dos poderes são encontradas normalmente nos textos da constituição de cada nação que se valha do regime de separação de poderes como fórmula de sua estruturação. Muitas vezes essas regras limitadoras se traduzem nas normas de competência funcional e material de cada tribunal, de normas expositoras de processo legislativo e as que dizem respeito à forma de atuação do Presidente da República. São conceitos que decorrem de um dogma supraconstitucional, mas que dão origem, pois, a diversas normas que cuidam da atribuição de cada órgão do estado.

O que firma, no direito positivo interno, a divisão dos poderes é a vontade do legislador constituinte originário. A violação da parcela de competência fixada é, portanto, violação da constituição, mesmo que entendida simplesmente em seu aspecto formal e positivo.

---

<sup>75</sup> SILVA, José Afonso – Op. cit. p. 111.

<sup>76</sup> LENZA, Pedro – Op. cit. p. 589.

<sup>77</sup> Hamilton defende que “Todo aquele que considerar atentamente os diferentes poderes perceberá que, num governo em que eles estão separados, o Judiciário, pela natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso para os direitos políticos da Constituição., por ser o menos capaz de transgredi-los ou viola-los. O executivo não só dispensa as honras como segura a espada da comunidade. O legislativo não só controla a bolsa como prescreve as regras pelas quais os deveres e direitos de todos os cidadãos serão regulados. O judiciário, em contrapartida, não tem nenhuma influência nem sobre a espada nem sobre a bolsa; nenhum controle sobre a força nem sobre a riqueza da sociedade, e não pode tomar nenhuma resolução ativa. Pode-se dizer que não tem, estritamente, força nem vontade, mas tão-somente julgamento, estando em última instância na dependência do auxílio do braço executivo até para a eficácia de seus julgamentos”. *Apud* JUNIOR, Antonio Umberto – Op. cit. p. 59.

Vale o registro de que a pretensão deste artigo não se destina ao esgotamento das bases teóricas da separação dos poderes, bem como à alusão de todos os limites materiais do campo de atuação de cada poder estatal. A intenção que sustentou a exposição anterior limita-se a anunciar, em termos gerais, os principais fundamentos históricos e doutrinários que ampararam a elaboração e adoção constitucional da teoria da separação de poderes. Além disso, é importante levar em conta os limites abstratos de atuação que fixaram a parcela de competência funcional de cada poder governamental, expostos de forma modesta nestes tópicos que compuseram nosso trabalho.

### **3. O ativismo judicial como algoz da independência dos poderes.**

Uma vez fixadas as premissas fundamentais apresentadas, convém destacar agora a figura do ativismo do poder judiciário, distorção que assola de maneira negativa grande parte dos países em que os poderes estatais são exercidos de forma descentralizada.

Depreende-se do tópico introdutório em que se tratou dos Direitos Fundamentais, que a perspectiva objetiva deste feixe de direitos transfere ao Estado, entendido num sentido global, a responsabilidade de garantir um patamar civilizatório mínimo consistente no reconhecimento dos Direitos Fundamentais. De fato, não há como se posicionar em sentido contrário à esta aparente legitimação de postura ativa e independente.

É com fulcro nesse aparente permissivo que todos os poderes governamentais passam a se posicionar ativamente para propiciar a implementação prática das premissas fundamentais à população. A esse comportamento ativo, principalmente quando exercido de maneira desenfreada e ilimitada, dá-se o nome de ativismo.

Essa figura, quando analisada sobre a ótica do poder judiciário, não raro, é empregada de forma a sugerir conotação negativa e sempre em tom crítico, indicando incursões de juízes em competências que não lhe foram destinadas constitucionalmente, mas essencialmente ao parlamentar<sup>78</sup>.

---

<sup>78</sup> Esclarece Elival da Silva Ramos que “Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do



Com efeito, um problema aparece quando se analisa forma de agir do Judiciário, que tem como postulado elementar de funcionamento (da jurisdição) a inércia, segundo a qual qualquer manifestação depende de provocação do jurisdicionado, e, ainda assim, apenas quando forem obedecidas as regras procedimentais que estruturam o direito processual de cada nação.

Ora, considerando que é da essência do poder judiciário somente agir mediante provocação, qualquer traço de ativismo em sua maneira de atuar deve, a toda evidência, ser visto de maneira ponderada e cuidadosa (para não dizer refratária), mesmo que seja para atender o nobre motivo de implementar Direitos Fundamentais (em sua faceta objetiva).

Não se pode encarar de maneira positiva o desvirtuamento do exercício da função jurisdicional quando este ultrapassa os limites de sua competência, reconhecida nas Constituições após o esforço incansável de pensadores importantes do direito, cujo reconhecimento se deu à custa, inclusive, de revoluções extremamente dramáticas. E, vale repisar, para isso não tem relevância nenhuma o motivo dessa subversão (por mais importante que aparente ser), que não é fator que possa legitimar a invasão jurisdicional no espectro legislativo.

Reconhecer a legitimidade constitucional em certas manifestações ativistas de tribunais implica em admitir como válida a possibilidade de o Judiciário atuar como efetivo legislador positivo, transformando-se em Parlamento, e colocando-se indevidamente como protagonista de situações que a própria Constituição não lhe permitiu<sup>79</sup>.

A propósito, para este estudo deve-se entender que uma postura conservadora deve sim permear a atuação judicante. O termo “conservador” quando destinado a adjetivar ações de tribunais não pode, em nenhuma hipótese, ser encarado em qualquer perspectiva pejorativa, já que é da essência do órgão que garante a aplicação das leis, justamente conservá-las. Não

---

exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes”. *Apud* DIAS, Lucas Ventura Carvalho - *Ativismo Judicial: Efetivação de normas constitucionais ou ameaça ao princípio da separação dos Poderes*. p. 111 (artigo publicado em Revista de Direito – Associação nacional dos advogados da caixa econômica federal)

<sup>79</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva – O ativismo judicial e a ordem constitucional. p. 23-24. Publicado na Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC n. 18 – jul./dez. 2011).

pode qualquer tribunal deixar de ser conservador (nesse contexto) de modo a alterar a norma legal, pois, caso assim funcione, a Corte necessariamente desvia-se de sua função precípua de guardiã da lei.

E, na hipótese de anacronismo ou desatualização de determinado ato legal, também não é função do Judiciário alterá-la mediante exercício hermenêutico<sup>80</sup>, contexto no qual torna-se exigível do poder legislativo, tão só, sua postura ativa para que este, legitimado a tanto, altere as leis de acordo com o novo contorno social agora imposto – revogando-a ou substituindo-a por outra norma socialmente atual.

Nesse prisma, Portugal aparenta estar num caminho mais adequado que o Brasil, como se depreende de alguns exemplos recordados no tópico adiante.

Em se tratando de um poder que age somente mediante a provocação dos aflitos, não pode o órgão detentor da capacidade julgadora assumir também a postura de legislador, sob pena de se propiciar, em caráter direto, severa insegurança jurídica na forma de uma sociedade se relacionar, e, indiretamente, a destruição do esquema de separação de poderes cujas consequências negativas em caso de desestabilização já foram cuidadosamente alertadas por Locke e Rousseau<sup>81</sup>.

### **3.1 Exemplos de ativismo judicial.**

O sistema judicial para o qual o Brasil caminhou, atrelado à sua forma de governo, não torna difícil a tarefa de listar alguns exemplos bastante contundentes de ativismo na forma de sua atuação. O ideal é começar por um dos grandes fenômenos que dão arrimo à atuação dos membros do judiciário em suas incursões por competências parlamentares, as súmulas de jurisprudência.

---

<sup>80</sup> Sobre o assunto, diz Ives Gandra da Silva Martins que: “Reconheço que os tempos são outros e os magistrados que hoje compõem a Corte – todos muito mais jovens do que eu - não se sentem mais jungidos à função exclusiva de asseguradores da lei, mas de seus verdadeiros produtores, sempre que, a seu ver, o Congresso Nacional tenha sido omissos. Op. cit. p. 24.

<sup>81</sup> Vide capítulo 2.1.1.

Não se trata, contudo, de figura nova no mundo jurídico brasileiro, pois desde a época em que fora vinculado ao Reino Português, com as ordenações Filipinas, já existia o fenômeno dos “assentos da casa de suplicação”<sup>82</sup>.

As súmulas de tribunais constituem a cristalização de sua jurisprudência, e assim, deveriam apenas servir de norte para demais julgadores que se depararem com a matéria “sumulada”. Trata-se de um instituto que, por representar uma tendência jurisprudencial, deveria sempre decorrer diretamente de um ato legal com forte densidade normativa. Todavia, não é o que se percebe do breve estudo dessa figura jurídica brasileira.

Em primeiro lugar, deve-se apresentar a conceituação das chamadas Súmulas Vinculantes, de autoria exclusiva do Supremo Tribunal Federal do Brasil, que, como o nome anuncia, têm sua força obrigatória garantida constitucionalmente<sup>83</sup> e imposta aos membros do judiciário e da administração pública (poder executivo).

Atualmente já há 56 desses verbetes vigorando no Brasil, que, de acordo com o seu teor, revelam a sua natureza abstrata e genérica, fato que torna difícil disfarçar sua aparência de ato normativo. Aliás, em função dessa competência (constitucional), o STF Brasileiro foi atribuído de verdadeira função normativa, decorrente de um inédito poder normativo.

Insta registrar o teor de alguma dessas súmulas vinculantes, donde se depreende de forma contundente o caráter impessoal, abstrato e genérico, e portanto equiparável ao ato legal:

Súmula Vinculante nº 4: Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.

Súmula Vinculante nº 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

---

<sup>82</sup> LENZA, Pedro – Op. cit. p. 948.

<sup>83</sup> Art. 103-A. 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. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

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.

Súmula Vinculante nº 22: A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04.

A toda evidência, são verdadeiros comandos normativos, seja quando envolvem direito material ou processual, não obstante serem de elaboração e publicação por órgão integrante do poder judiciário<sup>84</sup>.

Outro bom exemplo do direito brasileiro que ilustra um ativismo judicial exacerbado se traduz nas súmulas de jurisprudência da Corte de Cúpula da Justiça do Trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho. Importante salientar que a Consolidação das Leis do Trabalho é demasiada antiga (datada de 1943<sup>85</sup>), fato que impulsionou esta Corte da Justiça do Trabalho a efetivamente normatizar inúmeros eventos da relação empregatícia por meio de edição de verbetes (Súmulas de jurisprudência, Orientações Jurisprudenciais e Precedentes Normativos).

Por exemplo, o TST já editou 463 Súmulas e 617 Orientações Jurisprudenciais (apesar de algumas terem sido canceladas e cindidas com outras). Essa quantidade de verbetes ultrapassa o número de dispositivos que os brasileiros encontram em sua própria lei trabalhista, e não raras vezes, desvirtuam o próprio sentido do texto legal, ostentando, aos olhos dos tribunais uma força normativa superior à da lei.

O grande problema enfrentado consiste justamente nesse fenômeno de que a Súmula de jurisprudência nem sempre é apenas uma interpretação fiel do texto legal, já que em algumas situações ela cria direitos que o próprio legislador não imaginou. Vale dizer, a própria Constituição não atribuiu tal função aos membros do judiciário.

---

<sup>84</sup> A figura da “repercussão geral” do direito brasileiro, apesar de ser inteligente medida de contingenciamento de uma enorme quantidade de processos, não deixa de ser uma medida que coloca o judiciário como protagonista na exteriorização de decisões abstratas e impessoais com força de lei.

<sup>85</sup> Importante ressaltar que a CLT foi bastante atualizada com a Reforma Trabalhista de 2017.

Cumpra apresentar alguns exemplos desses verbetes do TST:

Súmula nº 102: III - Ao bancário exercente de cargo de confiança previsto no artigo 224, § 2º, da CLT são devidas as 7ª e 8ª horas, como extras, no período em que se verificar o pagamento a menor da gratificação de 1/3. (ex-OJ nº 288 da SBDI-1 - DJ 11.08.2003).

Súmula nº 229: Por aplicação analógica do art. 244, § 2º, da CLT, as horas de sobreaviso dos eletricitários são remuneradas à base de 1/3 sobre a totalidade das parcelas de natureza salarial.

Súmula nº 372: I - Percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira

Súmula nº 291: A supressão total ou parcial, pelo empregador, de serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos 1 (um) ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor de 1 (um) mês das horas suprimidas, total ou parcialmente, para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviço acima da jornada normal. O cálculo observará a média das horas suplementares nos últimos 12 (doze) meses anteriores à mudança, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão.

Súmula nº 443: Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

Súmula nº 338: Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir.

Súmula nº 277<sup>86</sup>: As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.

As súmulas do TST mencionadas acima, com mero intuito exemplificativo, como se percebe, são diretrizes que chegam a envolver regras de direito material que não têm esteio direto em nenhum ato normativo emanado pelo poder legislativo.

Além disso, vale a pena realçar que o Supremo Tribunal Federal brasileiro, se deparou com discussão envolvendo o conceito de “entidade familiar” constitucionalmente fixado no artigo 226 da Constituição do Brasil, ao reconhecer a possibilidade de união civil de pessoas do mesmo sexo. Nesse caso, o STF entendeu que a opção sexual não poderia ser fator de descaracterização do conceito de família.

Não se está aqui a defender uma ou outra posição quanto à fervorosa discussão envolvida neste julgamento, mas tão somente se está a acentuar que o conceito formal de família, pela Constituição do Brasil deve ser delineado pela “união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento<sup>87</sup>”.

Em função desse impedimento constitucional, a mutação perpetrada pelo STF consubstancia, sim, postura irrefutavelmente ativista, quando, ao certo, deveria caber tal mudança de posicionamento exclusivo do parlamento – por mais nobre que a causa meritória aparente ser.

Foi justamente por isso, que a Corte Constitucional da França entendeu que “por serem as relações entre um homem e uma mulher diferentes daquelas entre dois homens ou duas mulheres, somente ao Legislativo caberia estabelecer a equiparação, e não ao Judiciário<sup>88</sup>”.

Em Portugal, a questão não foi muito diferente da França, pois seu Tribunal Constitucional não declarou a inconstitucionalidade do artigo então vigente 1.577º do Código Civil, que ditava que os casamentos seriam celebrados entre pessoas de sexo diferente com intuito de

---

<sup>86</sup> É digno de nota que este verbete encontra-se suspenso por decisão do Supremo Tribunal Federal, o que revela, ao menos em caráter indiciário, forte tendência de cancelamento por não ter amparo em ato legal específico de densa normatividade.

<sup>87</sup> Artigo 226, §§ 3º e 5º, da CF/88.

<sup>88</sup> MARTINS, Ives Gandra - Op. cit. p. 24.

constituir família. A Corte Constitucional Portuguesa não reconheceu vício de inconstitucionalidade material do referido artigo, sendo certo que Portugal apenas passou a reconhecer a possibilidade de casamento homossexual com o advento da Lei 9-XI/2010<sup>89</sup>.

Com esteio nos parâmetros de atuação jurisdicional sugeridos no bojo deste trabalho, não parece desacertada a decisão tomada por Portugal, já que, como visto, é a atuação legislativa que deve entrar em cena para a solução desta espécie de celeuma, e não a jurisdicional – sob pena de ser reputada ativista.

Ainda sobre Portugal, é interessante notar que o Código Civil, em seu artigo 2º, assim como no Brasil, também estabelecia a figura dos “assentos” jurisprudenciais, instituto que possibilitava aos tribunais emitir comandos com força obrigatória e vinculante<sup>90</sup>.

Tal qual a Súmula Vinculante brasileira, os “assentos” portugueses também retratavam atos judiciais, mas com forte caráter de abstratividade e generalismo, equiparando-se a um ato normativo legislativo qualquer.

Logo, de maneira extremamente responsável, essa figura foi extirpada do ordenamento jurídico português, como já se percebia de manifestação do Tribunal Constitucional: “[...] já em pleno período, mas em data anterior a promulgação da constituição de 1822, por “deliberação tomada em Mesa”, considerou “não poder estar, depois da nova ordem das cousas, tomar Assentos sobre a inteligência de qualquer Lei, sem uma nova Delegação do Poder Legislativo” e por pertencem “à competência privativa e própria do Poder Legislativo” que na vigência da Ordenação residia nos reis, mas, porque, “as cousas estão mudadas” e tal poder foi reassumido pela Nação em toda a sua plenitude e integridade, deixou a Casa da Suplicação de dispôr de competência para “tomar Assentos”, devendo as partes e os Juizes nos casos duvidosos recorrer ao mesmo Poder.” (PORTUGAL, 1993)”<sup>91</sup>.

---

<sup>89</sup> CHAVES, Marianna - O casamento homoafetivo e a vedação à adoção por casais do mesmo sexo em Portugal. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/19746/o-casamento-homoafetivo-e-a-vedacao-a-adocao-por-casais-do-mesmo-sexo-em-portugal> (acessado em 30/04/2018).

<sup>90</sup> ARTIGO 2º (Assentos) Nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral.

<sup>91</sup> LIMA, Diones dos Santos - O enfraquecimento do princípio da igualdade processual após a implementação da súmula vinculante. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7174](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7174) (acessado em 30/04/2018).

O entendimento manifestado pela Alta Corte Portuguesa teve como grande impulsionador a necessidade de respeito à parcela de competência funcional que lhe deve ser destinada pelo princípio constitucional de separação de poderes. E, de fato, é mais coerente com esse princípio confiar a produção de comandos normativos ao Parlamento.

Entender-se em outro sentido, como acontece no Brasil, permite situação em que o Poder Judiciário passa a ter o controle de parte de criação também do próprio direito que deveria apenas julgar. Isso, indevidamente, dá carta branca ao juiz para exercer a todo o vapor sua capacidade criativa de forma a apresentar ineditamente institutos jurídicos à sociedade civil.

Já alertava Locke, “Pois, supondo-se que ele enfeixe tudo, tanto o poder legislativo como o executivo, unicamente em si próprio, não existirá nenhum juiz nem haverá apelo algum possível para qualquer pessoa, capaz de decidir com equidade, imparcialidade e autoridade<sup>92</sup>”.

#### **4. CONCLUSÃO. A questão da soberania do parlamento ou judiciário.**

Após a percepção das ideias teóricas expostas sobre a separação de poderes, bem como os exemplos práticos de transgressão desse teorema, afigura-se lógica a conclusão de que não parece ideal construir o sistema governamental de modo a colocar um poder da república em situação de subordinação a outro.

É consectária dos fundamentos de Montesquieu (principalmente) a constatação de que o funcionamento dos poderes deve se dar de forma unificada por um liame de cooperação e harmonia entre eles. O sistema de freios e contrapesos consubstancia, de maneira consistente, esse elo de ligação em que se acentua a necessidade de exercício limitado à função preponderante.

O ativismo judicial, aparentemente lastreado nos Direitos Fundamentais em sua faceta objetiva, tem se apresentado em alguns países como forte fator desestabilizador de funcionamento harmônico e independente entre os poderes, alçando o poder judiciário a um patamar de soberania quando comparado com o poder parlamentar.

---

<sup>92</sup> LOCKE, John – Op. cit. p. 461-462.



Interessante notar que os principais idealizadores do esquema de separação de poderes não haviam conferido ao judiciário uma importância demasiada, fundamentando tal fato na suposta improbabilidade de potencialidade lesiva na atuação jurisdicional. Talvez essa “falta de atenção” tenha propiciado o ambiente em que o poder judiciário pudesse vir a assumir parte de funções destinadas exclusivamente ao poder de legislar, segundo os exemplos apresentados acima.

Fato é que, um funcionamento perfeito e teórico, da maneira utópica idealizada por Locke e Montesquieu, demandava maior esforço limitador à atuação do poder parlamentar, porquanto esse, supostamente, tenderia a ser soberano. Entretanto, a soberania deve sempre ser galgada pelo Estado, e os seus poderes devem ser enxergados de forma igual e equiparada.

Quanto mais o “concerto” for executado de forma harmônica, mais enaltecida fica a soberania do próprio Estado. Lado outro, qualquer pretensão de sobreposição (ou soberania) de um poder em relação ao outro, arranha a própria democracia, constatação que deve fazer rechaçar-se ao máximo o conceito de soberania de um dos poderes estatais.

### **FONTES BIBLIOGRÁFICAS.**

ABRANTES, José João – **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. 1º ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1330-3.

BIELSCHOWSKY, Raoni – **O Poder Judiciário na doutrina da separação dos poderes: Um quadro comparativo entre a ordem brasileira e a ordem portuguesa**. [Em linha]. [sn], [sd]. [Consult. 29 abr. 2018]. ([http://www.academia.edu/6121578/O Poder Judiciário na doutrina da separação dos poderes um quadro comparativo entre a ordem brasileira e a ordem portuguesa RIL 195 out. dez 2012](http://www.academia.edu/6121578/O_Poder_Judici%C3%A1rio_na_doutrina_da_separa%C3%A7%C3%A3o_dos_poderes_um_quadro_comparativo_entre_a_ordem_brasileira_e_a_ordem_portuguesa_RIL_195_out._dez_2012)).

BONAVIDES, Paulo – **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. ISBN 978-85-392-0320-8.

CHAVES, Marianna - **O casamento homoafetivo e a vedação à adoção por casais do mesmo sexo em Portugal.** [Em linha]. [sn], [sd]. [Consult. 30 abr. 2018]. (<https://jus.com.br/artigos/19746/o-casamento-homoafetivo-e-a-vedacao-a-adocao-por-casais-do-mesmo-sexo-em-portugal>).

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DE VIRGÍNIA [Em linha]. [sn]. [Consult. 30 abr. 2018]. Disponível em [https://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o\\_de\\_Direitos\\_de\\_Virg%C3%ADnia](https://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_de_Direitos_de_Virg%C3%ADnia)

DIAS, Lucas Ventura Carvalho – **Ativismo judicial: efetivação das normas constitucionais ou ameaça ao princípio da separação dos Poderes** (revista de direito da ADVOCEF). Porto Alegre, ADVOCEF, v.1, n.12, 2011. ISSN 1909-5822.

FERNANDES, António José – **Direitos Humanos e Cidadania Europeia.** 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2004. ISBN 972-40-2287-8

JUNIOR, Antonio Umberto de Souza – **O Supremo Tribunal Federal e as questões políticas.** 1ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. ISBN 85-88680-77-7.

LENZA, Pedro – **Direito Constitucional Esquematizado.** 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN 978-85-02-62751-2.

LIMA, Diones dos Santos - **O enfraquecimento do princípio da igualdade processual após a implementação da súmula vinculante.** [Em linha]. [sn], [sd]. [Consult. 30 abr. 2018]. ([http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7174](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7174)).

LOCKE, John – **Dois tratados sobre o governo.** 1ª ed. São Paulo:: Marins Fontes, 2001. ISBN 85-336-0896-9.

MARTINS, Ives Gandra da Silva – **O ativismo judicial e a ordem constitucional. p. 23-24. Publicado na Revista Brasileira de Direito Constitucional.** RBDC n. 18 – jul./dez. 2011. [Em linha]. [sn], [sd]. [Consult. 29 abr. 2018]. (<http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-023->

[Artigo Ives Gandra da Silva Martins \(O Ativismo Judicial e a Ordem Constitucional\). pdf\).](#)

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de – **O espírito das leis**. 3ª ed. São Paulo: Marins Fontes, 2005. ISBN 85-336-2115-9.

MORAES, Alexandre de – **Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. ISBN 978-85-224-5401-3.

NETO, Luiz Octaviano Rabelo - **A dimensão objetiva dos direitos fundamentais como fundamento para vinculação dos particulares**. [Em linha]. [sn], [sd]. [Consult. 29 abr. 2018]. (<https://jus.com.br/artigos/20376/a-dimensao-objetiva-dos-direitos-fundamentais-como-fundamento-para-vinculacao-dos-particulares>).

NOTARO, Camila a Antunes – **A Proporcionalidade em Robert Alexy e o Ativismo Judicial no Estado Democrático Brasileiro**. [Em linha]. [sn], [sd]. [Consult. 01 out. 2018]. (<http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav82/artigos/ca.pdf>).

ROUSSEAU, Jean-Jaques – **O contrato social**. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. ISBN 85-336-2322-4.

SAMPAIO, Marcos – **A função social dos direitos fundamentais**. [Em linha]. [sn], [sd]. [Consult. 29 abr. 2018]. ([http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9142#\\_edn19](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9142#_edn19))

SILVA, José Afonso – **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. ISBN 978-85-392-0213-3.

## **NORMATIVAS**

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa: **Lei Constitucional n.º 01/2005**, de 12 de agosto. 4ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6809-1.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Seção I**. [Em linha]. (05-10-1988), p. 1-32. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/douconstituicao88.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/douconstituicao88.pdf).

TRIBUNAL Constitucional (Portugal) – Acórdão com o número 365, de 12 de agosto de 2008. [Em linha]. [sn], [sd]. [Consult. 5 out. 2018]. Disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/1241335/details/maximized>

TRIBUNAL Superior do Trabalho – **Súmulas e Orientações Jurisprudenciais**. [Em linha]. [sn], [sd]. [Consult. 29 abr. 2018]. Disponível em <http://tst.jus.br/web/guest/livro-de-sumulas-ojs-e-pns>.