

O PARADIGMA DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL APLICADO À TRIPARTIÇÃO DE PODERES NO BRASIL

Resumo: O presente estudo tem por objetivo demonstrar como a Democracia Constitucional é aplicada à tripartição de Poderes no Brasil. Transcorrendo pelo estudo bibliográfico e histórico da formação da sociedade e do conceito tripartite de Poderes, busca-se uma alavanca para o entendimento do modo como a Democracia e o Constitucionalismo afetam a Nação e o Estado brasileiro. Outrossim, analisam-se os paradigmas contemporâneos presentes no país, e como a separação funcional dos Poderes reflete esses problemas, vinculados à positivação do Direito como um produto da política. Além disso, cabe também uma análise da atuação do Supremo Tribunal Federal de forma ativista e seus efeitos após a redemocratização do país com a Constituição Federal de 1988, como a judicialização e o efeito *backlash*.

Palavras-chave: Democracia Constitucional; Tripartição de Poderes; Ativismo Judicial; *Backlash*.

Sumário: 1. INTRODUÇÃO. 2. A SEPARAÇÃO DOS PODERES. 2.1. Contexto Histórico. 2.2. A visão de Montesquieu. 2.3. Contexto histórico brasileiro. 3. O PARADIGMA DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL. 3.1. A positivação do produto (político). 3.2. A redemocratização do país com a promulgação da CF/88. 3.3. A sobrecarga do Poder Judiciário como instância decisória (judicialização). 3.4. O ativismo judicial e o efeito *backlash*. 4. CONCLUSÃO. 5. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A priori, é essencial a construção de um entendimento em relação à formação histórica da sociedade e do início da divisão funcional dos Poderes, a fim de compreender como a tripartição de Poderes brasileira transparece os efeitos dos paradigmas da Democracia Constitucional.

Sedimentadas as preposições iniciais, associa-se a positivação do Direito como um produto político, e, assim, complementa-se o raciocínio para a plena compreensão do ônus causado à sociedade diante das consequências da inerência política no Poder Judiciário brasileiro.

Ademais, o conceito de Democracia Constitucional torna-se paradigmático com os estudos sobre o período posterior à promulgação da Constituição Federal de 1988. Além disso, esse paradigma é desenvolvido na abordagem da judicialização e do efeito *backlash*, causados pela participação ativa do Supremo Tribunal Federal em pautas dos outros Poderes.

O início da sociedade afeta diretamente os embates políticos da contemporaneidade? A Democracia Constitucional é plena? Os três Poderes são garantidos no Brasil? O Poder Judiciário brasileiro está sobrecarregado? Como a sobrecarga afeta a sociedade? A política afeta a separação de Poderes? O efeito *backlash* é consequência histórica de um Judiciário politicamente carregado? O Brasil cumpre a funcionalidade garantida a cada Poder?

Assim, esses são alguns tópicos que serão abordados na presente pesquisa científica.

2. A SEPARAÇÃO DOS PODERES

2. CONTEXTO HISTÓRICO

Durante os tempos primórdios até o decorrer da contemporaneidade, há um questionamento quanto à vida em sociedade e às relações humanas. Nesse viés, é nítido que a convivência social traz diversos benefícios aos indivíduos que dela participam, e simultaneamente, contribui para a existência de limitações diretamente relacionadas com a liberdade humana (DALLARI, 2016, p. 21). Por essa razão, através dos séculos, surge a necessidade de efetivar teorias que sustentem as causas que motivam os indivíduos a se agruparem e a conviverem de forma social.

Em tempos remotos, Aristóteles (1991, p. 9) concluiu que “o homem é naturalmente um animal político”. Outrossim, para o filósofo grego, a associação dos irracionais é consequência do instinto, proveniente da falta de um senso racional. Assim sendo, a conclusão aristotélica confirma a ideia de uma sociedade natural, visto que, para o filósofo, o homem é um ser social por natureza, em virtude de possuir o discernimento do bem e do mal, do justo e do injusto.

Em contrapartida, em oposição à teoria naturalista aristotélica, muitos autores de influência histórica sustentam a ideia de que a sociedade é organizada mediante um acordo de vontade entre os indivíduos, ou seja, um contrato hipotético, razão pela qual são classificados como contratualistas. Nessa perspectiva, o ponto comum entre

os adeptos de tal teoria é a negativa do impulso associativo natural, ou seja, somente a vontade humana justifica a existência de uma sociedade, e, assim, traz uma influência fundamental nas formas de organização social e no próprio relacionamento dos indivíduos dentro do grupo (DALLARI, 2016, p. 24).

O filósofo britânico John Locke foi um dos contratualistas mais influentes no campo de estudos da Filosofia Política. O contratualismo de Locke se desenvolveu perante a ideia de que o ser humano, como um ser racional e naturalmente social, tem o poder e o direito de agir em nome de si mesmo ou em defesa de outrem.

Conforme John Locke (1994, p. 84),:

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

Portanto, não é significativa a ideia de que Locke pleiteasse permissivamente as ações humanas.

Entretanto, o homem natural de Locke não era invariavelmente "bom", ou seja, o ímpeto de destruição era inerente à condição humana. Desse modo, o direito de coerção estava condicionado a todos os indivíduos, sendo necessária a construção de um contrato social para mediar os conflitos e garantir as liberdades individuais.

Outrossim, seguindo a concepção contratualista, Montesquieu aprimorou o conceito de contrato social com as leis naturais que regem a raça humana e que levam o homem a optar pela vida em sociedade. São as seguintes: a) o desejo de paz; b) o sentimento das necessidades, essencialmente a busca por alimentos; c) a atração natural entre os sexos opostos; d) o desejo de viver em sociedade. Por conseguinte, após essas leis consolidarem a organização social, os indivíduos se fortalecem e a igualdade natural que existia entre eles desaparece. Dessa forma, instala-se um estado de guerra (DALLARI, 2016, p. 27).

Ainda nessa conjuntura, tratando-se de que a convivência provém de um imperativo natural do ser humano, visto que o homem é essencialmente um ser social, a evolução moral, intelectual e econômica é consequência da interação contínua com um grupo social. Porém, é necessária uma certa ordem como pressuposto

fundamental da vida em sociedade. Ou seja, uma propensão de como os indivíduos devem conduzir suas ações (ALARCÓN, 2014, p. 36-57).

Portanto, a vida em sociedade, previamente motivada, enseja a necessidade de uma ordenação. Não há como compreender o Direito apenas como um conjunto normativo. É necessário entendê-lo amplamente como expressão dos valores sociais e a cultura de cada sociedade, a qual, consensualmente, estabeleceu-o em determinado período histórico (PEGORARO, 2021, p. 15).

Contudo, a existência do Direito nas sociedades consiste, embora não somente, em um agrupamento de normas jurídicas de regulamentação de condutas e solução de conflitos. Existe, à vista disso, uma necessidade de coexistirem órgãos de manutenção, aplicadores e ordenadores de tais normas. Ou seja, é nítida a inevitabilidade de uma força estatal para regulamentá-las e controlar ativamente a organização social.

Porém, devido à inerência de um estado natural humano e à instauração de um estado de guerra, há a possibilidade de concentração de funções regulamentadoras da ordem em somente um indivíduo, ou em um grupo deles.

Historicamente, Aristóteles esboçou o conceito de uma divisão tripartite de Poderes como solução para evitar um Estado tirano. Para o filósofo, "o governo é o exercício do Poder supremo do Estado" (ARISTÓTELES, 1991, p. 93). Também define que cabe ao legislador acomodá-los, da forma mais prudente, e, assim, a governabilidade da sociedade será bem-sucedida.

O objetivo de tal separação é a moderação do poder político e a garantia da liberdade. Reconduzindo à Antiguidade Greco-Romana, o domínio está atrelado ao nome de Aristóteles, e, posteriormente, à ideia de uma limitação do Poder, por meio da distribuição de Poderes, que se concretiza na sociedade estamental da Idade Média.

No século XVII, surge "uma primeira sistematização doutrinária da separação de Poderes". Baseado no Estado inglês do período histórico, Locke indica órgãos de Poder que exercem funções essenciais (DALLARI, 2015, p. 215). Isso posto, garante que há três poderes: o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Federativo. Contudo, tais Poderes convergem em apenas dois: Poder Federativo e Poder Executivo. O Poder Federativo tem competência no âmbito do interesse público externo e a competência do Poder Executivo é a da execução das leis internas (LOCKE, 1994, p. 171). Não obstante, esses dois Poderes estão "quase sempre

unidos”. Outrossim, mesmo que os Poderes Executivo e Federativo sejam distintos em si, “dificilmente devem ser separados e colocados ao mesmo tempo nas mãos de pessoas distintas”, pois “submeter a força pública a comandos diferentes” traria como resultado “desordem e ruína” (LOCKE, 1994, p. 171-172).

Conforme José Afonso da Silva (2022, p. 111), o princípio da separação de poderes:

Teve objetivação positiva nas Constituições das ex-colônias inglesas da América, concretizando-se em definitivo na Constituição dos Estados Unidos de 17.9.1787. Tornou-se, com a Revolução Francesa, um dogma constitucional, a ponto de o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 declarar que não teria constituição a sociedade que não assegurasse a separação de poderes, tal a compreensão de que ela constitui técnica de extrema relevância para a garantia dos Direitos do Homem, como ainda é.

Desse modo, a intenção de enfraquecer o Estado somada à forma limitadora constitucional exigiu a separação de Poderes como dogma do Estado Moderno, e até mesmo impossibilitou a existência de uma democracia sem tal tripartição. Tal premissa pode ser confirmada ao se observar que, na Declaração de Direitos da Virgínia, em 1776, inclui-se no parágrafo 5º “que os poderes executivo e legislativo do Estado deverão ser separados e distintos do Poder Judiciário” (DALLARI, 2015, p. 2016).

Destarte, é visível a essencialidade da manutenção da ordem social a partir da divisão dos Poderes, visto que a formação da sociedade necessita de normas regulamentadoras, no caso, o Direito. Sendo assim, pela inerência do impulso destrutivo à condição de existência humana, o Direito aplicado aos casos concretos tende a precisar de limitações funcionais para evitar que a desordem se instale no meio social.

2.2. A visão de Montesquieu

O pensador iluminista Montesquieu consagrou o conceito da tripartição de Poderes em sua obra “O Espírito das Leis” durante o século XVII.

O filósofo francês classificou o governo entre republicano, monárquico e despótico. Em relação ao governo republicano, o poder soberano é do povo (democracia) ou de uma parte dele (aristocracia). Já no monárquico, somente um indivíduo governa por leis fundamentais fixas e estabelecidas. Por fim, despotismo

trata-se de um governo em que somente um exerce a soberania, sem leis, e satisfazendo suas próprias vontades (MONTESQUIEU, 2000, p. 19-26).

Ademais, o autor afirmou a “existência de funções intrinsecamente diversas e inconfundíveis, mesmo quando confiadas a um só órgão” (DALLARI, 2015, p. 2016). E, assim, em sua obra, Montesquieu subdivide o Estado em três Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário. Essa divisão ocorre para que cada Poder possua sua função, e, dessa forma, limite e impeça o abuso dos demais. Destaca-se ainda que: “Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado dos Poderes Legislativo e Executivo. Se estivesse unido ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor” (MONTESQUIEU, 2000, p. 168).

Em uma abordagem pautada na aplicação direta do Direito, a necessidade da nulidade e da invisibilidade do Poder Judiciário traz consigo uma negativa da divisão tripartite de Poderes. Como explicativa, “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 tem continuamente juízes sob os olhos; e teme-se a magistratura, e não os magistrados” (MONTESQUIEU, 2000, p. 169).

Dessa forma, não é possível verificar na obra de Montesquieu, já consagrada pelo liberalismo do período histórico, qualquer atribuição interna estatal, senão o poder de julgar e punir. Assim, o Legislativo deveria elaborar leis a serem cumpridas pelos indivíduos e só haveria qualquer intervenção do Executivo para punir em caso de descumprimento (DALLARI, 2015, p. 2016.)

Desse modo: “Dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de alguma forma, nulo. Só sobram dois; e, como precisam de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo legislativo que é composta por nobres é muito adequada para produzir esse efeito” (MONTESQUIEU, 2000, p. 172). Contudo, Montesquieu (2000, p. 170) diferencia a necessidade de permanência dos Tribunais e dos julgamentos. Percebe-se que os Tribunais não devem ser definitivos, enquanto os julgamentos, por tratarem do “texto preciso da lei”, devem ser permanentes. Outrossim, os julgamentos devem ser concedidos cautelosamente, uma vez que “os juízes da nação são [...] seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor” (MONTESQUIEU, 1997, p. 175).

Entretanto, sobre os Poderes Executivo e Legislativo, há um sistema balanceado, buscando alcançar o equilíbrio por meio de duas prerrogativas: a de impedir, ou seja, tornar nula ou anular uma resolução; e a de estatuir, que representa que ao órgão constitucional é atribuído o poder de controlar, limitar ou contrabalançar o poder de outro (PIÇARRA, 1989, p. 111).

Todavia, para Angela Cristina Pelicioli (2006):

Fala-se muito da separação dos poderes ensinada por Montesquieu, em “O Espírito das Leis”, mas foram esquecidos ou perdidos pelo tempo o real conceito e a forma como a separação de poderes se configurava. O Poder é único e indivisível e para seu exercício era conveniente estabelecer uma divisão de competências entre os três órgãos diferentes do Estado. Montesquieu acentuou mais o equilíbrio do que a separação dos poderes.

Assim dizendo, delegando atribuições restritas ao Estado, Montesquieu se limita em apenas em garantir a liberdade individual, e, dessa forma, não trata de assegurar a eficiência estatal (DALLARI, 2016, p. 216).

Portanto, a ideia, com fim exclusivo de proteção à liberdade, mais tarde seria desenvolvida a fim de que a separação de Poderes também objetivasse um aumento da eficiência estatal, através de distribuições de funções em órgãos previamente estabelecidos e especializados. Outrossim, vale ressaltar que a teoria de Montesquieu foi acolhida e consagrada em um período histórico marcado de buscas para enfraquecer o Estado absolutista (DALLARI, 2016, p. 213).

Mesmo com isso, historicamente, a tripartição de Poderes foi idealizada com Aristóteles (1991), desenvolvida por John Locke (1994) e consagrada por Montesquieu (2000).

2.3. Contexto histórico brasileiro

Segundo José Roberto Anselmo (2018, p. 227), “o Poder consiste na imposição de uma determinada vontade sobre as demais. Não se confunde com a mera força física, porque esta suprime no seu destinatário a própria vontade, o que não significa dizer que no exercício do poder não exista coercitividade”.

Por isso, é válido apontar que existem três formas de limitar o Poder. Precipuamente, em uma divisão territorial, a qual objetiva as descentralizações, ou até o próprio federalismo. A segunda forma abrange uma circunscrição da atuação estatal, para que a liberdade do indivíduo não sofra interferência do Estado. Por último,

há a divisão funcional do Poder através da separação de Poderes (FERREIRA FILHO, 1996, p. 116).

É necessário lembrar, segundo Pegoraro, (2021, p. 35):

Que Legislativo, Executivo e Judiciário exercem funções únicas do Estado, amparadas na visão de Estado Constitucional de Direito, pois o Poder soberano é indivisível e uno, pois resulta necessariamente da própria unidade nacional que o outorga.

Portanto, não há que se falar de manifestações de vontades estatais diversas dentro de um sistema, já que a tripartição de Poderes, conforme o Constitucionalismo moderno, determina apenas a separação de tarefas do Estado.

Desse modo, o Brasil sempre abordou o princípio da separação de Poderes no seu ordenamento jurídico. A Constituição do Império adotou uma divisão quadripartida de Poderes: Poder Moderador, Legislativo, Executivo e Judiciário. (SILVA, 2022, p. 108). Todavia, com a Proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, o Poder Moderador foi suprimido e também a jurisdição administrativa, a qual, anteriormente, era atribuída ao Conselho de Estado (PEGORARO, 2021, p. 36).

O Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, adotados até os dias atuais, cumprem, respectivamente, a função de legislar, executar e julgar. Tais funções são consagradas juntamente com o princípio fundamental constitucional da divisão de Poderes.

Entretanto, a Constituição Cidadã, de 1988, manteve o princípio, mas alterou o enunciado. Com aprovação em segundo turno, a cláusula “independentes e harmônicos entre si” foi removida, já que o parlamentarismo, que se caracteriza majoritariamente pela colaboração de Poderes em vez de pela separação independente, regia o país na época. Porém, na Comissão de Redação, o professor e, até aquele momento, Dep. Michel Temer propôs a reinserção da ideia da independência e harmonia, que figura no artigo 2º da atual Constituição Federal Brasileira. É, então, adequado que essa cláusula seja postulada em um regime presidencialista, como o atual. Mas, na mesma Comissão, foi decidido que não constariam as ressalvas ao princípio contidas nas Constituições anteriores, do seguinte teor: “Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; quem for investido na função de um deles não poderá exercer a de outro” (SILVA, 2022, p. 108). Tal ressalva era desnecessária na época pela excepcional funcionalidade exercida entre os órgãos, todavia, na

contemporaneidade, evitaria crises institucionais, as quais serão descritas nos tópicos seguintes.

Nesse sentido, a Constituição Federal garantiu a “existência dos Poderes de Estado e da Instituição do Ministério Público, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades”, para que a execução das funções sejam “mecanismos de controle recíprocos” (PEGORARO, 2021, p. 34).

3. O PARADIGMA DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

A priori, Democracia Constitucional significa a institucionalização do liberalismo e dos direitos fundamentais caracterizados em um Estado de Direito. Além de uma suposta soberania popular, eleições livres e um governo majoritário, ainda existem as Supremas Cortes. Esses institutos absorvem as tensões entre a vontade da maioria (Democracia) e os direitos fundamentais, que se trata do Constitucionalismo (informação verbal)¹.

Na Democracia Constitucional contemporânea, o poder majoritário político, representado pelos agentes públicos eleitos pelo sufrágio, e as Supremas Cortes exercem também um ponto de tensão, porém este é absorvido pela institucionalização do constitucionalismo democrático. Esse, portanto, forma-se mediante o voto representativo; a Constituição Federal, que abrange os direitos fundamentais e o Poder Judiciário; e as razões deliberativas, elaboradas perante debate público e a sociedade civil (informação verbal)².

Porém, historicamente, o conceito de Democracia advém do século XVIII, implicando a concretização de valores fundamentais, como a necessidade de organização do Estado, para que a proteção daqueles valores seja efetivada. Entretanto, na contemporaneidade, tem-se visto grande dificuldade de adequação da ideia de um Estado Democrático às exigências da participação popular (DALLARI, 2015, p. 144).

¹ Palestra “Democracia, liberdade de expressão e mídias sociais”, ministrada por Luiz Roberto Barroso, na Instituição Toledo de Ensino de Bauru em novembro de 2022.

² Idem.

É imprescindível fixar, primeiramente, os princípios implícitos na própria ideia de Estado Democrático. A sua essência é a noção de governo do povo, ou seja, a supremacia da preferência pelo governo popular.

Tal ideia surgiu perante as revoluções liberais entre os séculos XVII e XVIII, sobretudo, através das afirmações dos direitos naturais da pessoa humana e a luta contra o absolutismo. Entre os movimentos político-sociais desse período, em primazia, a Revolução Inglesa consagrou, em plano teórico, na Carta Bill of Rights, os limites do poder absoluto do monarca e a afirmação dos direitos individuais, justificando-se, dessa maneira, o governo da maioria (DALLARI, 2015, p. 146).

Ademais, no final do século XVII, as colônias americanas aderiram aos princípios democráticos que atendiam aos anseios liberais dos colonos. A luta contra o absolutismo inglês teve forte influência para a posição anti-absolutista dos norte-americanos, já que estavam conquistando a independência e, somado aos valores protestantes, não admitiriam nova submissão, mesmo que de mesma descendência. Nota-se, porém, a inexistência de uma nobreza ou um Parlamento opositores do absolutismo, o que, então, influenciou diretamente para maiores anseios de um governo pelo próprio povo (DALLARI, 2015, p. 147).

O terceiro movimento foi a Revolução Francesa. Todavia, em dessemelhança de condições políticas em relação às outras revoluções, na França, além de haver oposição contra o Estado Absoluto, havia uma grande instabilidade de unidade interna. Desse modo, a ideia de nação como “centro unificador de vontades e de interesses” surgiu. Outrossim, o Estado francês era inimigo da Igreja, e, portanto, diversamente do que ocorreu na Inglaterra e nos Estados Unidos, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi abordada de forma mais universalizada, sem limitações religiosas locais (DALLARI, 2015, p. 148-149).

Consolidou-se, então, a partir de tais movimentos, a ideia de um Estado Democrático como fundamento supremo, a ponto de que nenhum sistema admita um governo que não seja democrático e que não siga os princípios de a) a supremacia da vontade popular; b) a preservação da liberdade; e c) igualdade de direitos.

Em paralelo ao Estado Democrático, o Estado Constitucional também foi enquadrado em um sistema normativo fundamental moderno, sob influência dos mesmos princípios. Contudo, mesmo com iguais objetivos básicos, há características diversas, segundo as circunstâncias de cada Estado.

Surgindo em meio ao liberalismo, foi incorporada ao constitucionalismo a ideia de liberalismo político. Dessa forma, o constitucionalismo foi mecanismo de afirmação política de novas classes econômicas em alguns Estados, nos quais teve caráter verdadeiramente revolucionário e limitador estatal. Enquanto isso, em outros, foi apenas uma expressão de anseios intelectuais, “nascidos de um romantismo político sem caráter utilitarista”, e, nesses, teve um sentido praticamente simbólico, construindo monarquias constitucionais que mascaravam o absolutismo através de um fundamento legal (DALLARI, 2015, p. 198-199).

Advém, então, o primeiro paradigma de um Estado Constitucional: o desdobramento do próprio conceito de Constituição em sentido material e em sentido formal, que traz a possibilidade de preservação de sistemas significativamente absolutistas.

Em sentido material, busca-se a própria substância do texto consagrado na Constituição, ou seja, a expressão dos valores aplicados para a formulação da norma. Já em sentido formal, aplica-se o conjunto de regras jurídicas de máxima eficácia, referentes ao funcionamento e organização do Estado.

Conseqüentemente, os governos antidemocráticos apoiam-se formalmente no texto constitucional, aplicando a hermenêutica mais favorável à legitimidade de seus atos amparada em uma Constituição, e, assim, vilipendiam os requisitos materiais que comprovariam a autenticidade da norma descrita.

Conforme Dalmo de Abreu Dallari (2015, p. 201):

Numa visão retrospectiva, verifica-se que, na realidade do século XIX, a Constituição foi símbolo de afirmação da liberdade dos povos e indivíduos. Quanto aos direitos individuais ela teve, quase em todos os Estados Constitucionais, o sentido de expressão e síntese dos direitos fundamentais, mas com eficácia jurídica limitada, pois, se ela operava eficazmente como limitadora de poderes e garantia contra a violação de direitos, carecia de força cogente para assegurar na prática a efetivação dos direitos, tendo-se generalizado, na teoria constitucional, a ideia de que as normas constitucionais relativas ao exercício dos direitos individuais, cuja efetivação dependia de ações de terceiros, fossem estes os Estados ou indivíduos, que necessitavam de complementação por lei ordinária para se tornarem judicialmente elegíveis.

Destarte, a fixação das características fundamentais de um Estado Constitucional abrange pontos de conflitos.

Primeiramente, o problema da supremacia da vontade do povo. No período republicano, o governo popular se torna ideal e simbólico aos Estados. Porém, no século seguinte, enfatizando a função do Legislativo em busca de garantir a

inexistência de governos absolutos, é desencadeado um conflito representativo. Inicialmente, o conflito foi facilmente regido, já que os conservadores e os progressistas advinham de uma classe economicamente superior. Desse modo, as diferenças de ideias não se limitavam à organização social, como, por exemplo, o regime de produção. Contudo, o industrialismo e o capitalismo individualista levaram as desigualdades para o cenário social. Assim, o sistema representativo no século XX fica fragilizado, pois a integração política e os objetivos reformadores entre as massas operárias e os representantes tradicionais não convergiam (DALLARI, 2015, p. 297-298).

Como resultado, a representatividade ficou descredibilizada mediante os conflitos frequentes, e o processo legislativo se tornou imperfeito, pela divergência entre os acordos. À vista desse contexto, concluíram que a falha está no povo incapaz de identificar as problemáticas estatais e de optar por representantes competentes. Surge, então, um novo paradigma: a participação do povo é tida como inconveniente, mas a exclusão do povo é notoriamente antidemocrática (DALLARI, 2015, p. 298).

Outrossim, há um dilema entre a supremacia da liberdade. A liberdade, como valor supremo do indivíduo, assegurou amplamente que não houvesse interferência do Estado. Porém, o regime democrático, historicamente, assegurou tal direito tão somente aos que detinham poder econômico, e afastou os indivíduos que dependiam do próprio trabalho da progressão social. Portanto, surgiu a convicção de que a liberdade, como valor supremo, inevitavelmente causava desigualdade. As injustiças eram vistas como acúmulo de falhas organizacionais e a impossibilidade de uma classe exercer plenamente o seu direito de liberdade. E, então, mais um paradigma abrange o conceito de Estado Constitucional e Democrático: a opção entre a precedência à liberdade, causando situações desiguais e injustas, e a garantia da igualdade de um todo por meio de uma organização estatal coativa, renunciando à liberdade. Ambas escolhas são divergentes aos princípios democráticos (DALLARI, 2015, p. 298-299).

Sendo assim, Jean-Jacques Rousseau, em sua obra *O Contrato Social*, Livro III, nos capítulos III e IV, definiu que: “um povo que governar sempre bem não necessitará de ser governado”, e acrescentou que jamais existiu verdadeiramente democracia, e nunca existirá.

3.1 A positivação do produto (político)

De acordo com José Afonso da Silva, o poder é um fenômeno sociocultural. Dessa maneira, é fato da vida social. “Pertencer a um grupo social é reconhecer que ele pode exigir certos atos, uma conduta conforme os fins perseguidos” (2022, p. 108).

Majoritariamente, a ordem conformadora de um grupo social, ou seja, o Direito positivo, é construída por meio de decisões políticas. Isso ocorre pelo modo como a política presencia o centro de desenvolvimento das problemáticas sociais e os meios coletivos de solução. Assim, não provém somente de um governo, ou de uma representação, e sim do poder, além das origens, distribuição e efeitos desse poder (ALARCÓN, 2014, p. 22-23 apud LEFTWICH, 1986, p. 264). Portanto,:

[...] a política pode ser analisada como um fenômeno social, que se revela como a atividade de exercício do poder ou a procura pelo acesso ao poder, com o objetivo de decidir sobre a solução dos problemas que afetam aos indivíduos em sociedade estabelecendo um modelo ou projeto de organização econômica e governamental (ALÁRCÓN, 2014, p. 24).

Assim, o Direito pode ser considerado um produto da política, objetivando a organização da vida social. Na sociedade brasileira, por exemplo, a Constituição Federal é resultante de decisões políticas, “sendo o elemento inicial de contato da política com o Direito no Estado Moderno”. É dever do “pacto fundante transformar a energia política de determinada sociedade em um poder constituído, organizando-o em Direito” (PEGORARO, 2021, p. 17 apud BARROSO, 2013, p. 418-420).

Em uma sociedade capitalista, na qual o Brasil está inserido, os modos de produção visam essencialmente ao lucro. Nesse viés, o Direito positivo “instrumentaliza o desenvolvimento das relações de mercado”, do mesmo modo que as preserva (PEGORARO, 2021, p. 18 apud GRAU, 2004, p. 36-46).

Ou seja, as relações que estruturam a sociedade caracterizam grupos sociais distintos. As relações estruturais influenciam diretamente nas decisões da política de um Estado, e, por essa razão, o Direito é positivado de forma benéfica a elas (PEGORARO, 2021, p. 18-19).

Em uma perspectiva técnico-formal, os membros de um povo selecionam as normas de comportamento social que consideram fundamentais. Essas normas se encontram na consciência de cada indivíduo e formam uma primeira Constituição, chamada de abstrata ou teórica, já que as ordens não foram externalizadas. Ato seguinte, os órgãos reconhecidos pelo Direito expressam aquelas normas como

regras jurídicas fundamentais, e dão origem à Constituição positiva (DALLARI, 2015, p. 200).

Todavia, afirma Mauro Cappelletti (1999, p. 23) que “não existe clara oposição entre interpretação e criação do Direito, já que é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de criatividade”. Por isso, a validade jurídica é politicamente decidida pelo intérprete.

Contudo, vale ressaltar a afirmação de Dalmo de Abreu Dallari (2015, p. 129):

[...] o uso do poder político, mesmo que tenha implícita a aspiração pelo máximo de eficácia, não deixa de ter presente, necessariamente, o interesse da coletividade ou dos indivíduos que a compõem. Embora seja frequente a utilização do poder político para satisfazer, antes de tudo, a vontade e os interesses do que o exercitam em nome do Estado, isso constitui uma anomalia, não devendo levar à conclusão de que o poder político é essencialmente mau.

Como conclusão, o Estado, como grupo social máximo, possui o poder político. A sociedade se submete à imposição de regras e limites do poder político que coordena todo o grupo (SILVA, 2022, p. 109). Destarte, o Direito positivo é instaurado em uma sociedade através de um conjunto de prerrogativas históricas e sociais, que expressam, por consequência, um regime político dentro do Estado. Esse regime, liderado por diversos órgãos credenciados a um Poder máximo, cria e administra todas as normas positivadas de uma forma favorável a manter as conveniências políticas que inspiraram tal positivação.

3.2. A redemocratização do país com a promulgação da CF/88

Com as modificações históricas dos ideais políticos, a mais recente Constituição Federal brasileira, de 1988, empregou o termo Estado Democrático de Direito como um selo de legitimidade e a fim de corrigir a tendência liberal e social do Estado de Direito. Entretanto, a proclamação do artigo 1º da Constituição Federal de 1988 na perspectiva de que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito confunde a “dimensão normativa (ideal)” e a “dimensão empírica” (SAMPAIO, 2013, p. 70).

Em uma interpretação debilitada, a universalidade do voto somada aos princípios do Estado de Direito, que são a legalidade, a separação de Poderes e os direitos fundamentais, basta. Porém, não é compatível com a nova designação e sua defesa é fragilizada, haja vista que não compatibiliza o garantismo do Estado Liberal

de Direito com as necessidades de uma sociedade hipercomplexa (SAMPAIO, 2013, p. 71).

A concepção do Estado Democrático de Direito deverá englobar, minimamente, um “garantismo social”, conjugado com controle de atuação estatal e dos grupos de poder, “como forma de garantia de sua própria existência” (SAMPAIO, 2013, p. 71).

Outrossim, em uma hermenêutica intermediária que não se satisfaz apenas com a universalidade do voto e os três princípios de um Estado de Direito, a legalidade, ou “juridicidade”, adiciona uma ampliação dos ensejos da participação popular nos processos institucionalizados. Ou seja, uma legitimação teleológica que não se apraz com apenas a proclamação, e sim com uma responsabilização pelos métodos e resultados de um regime republicano e pela transparência dos critérios subjetivos e arbitrários. Em especial, a separação dos Poderes enfatiza a independência do Judiciário como órgão competente para fiscalizar os atos dos demais Poderes (SAMPAIO, 2013, p. 71-72).

A mais forte das concepções ultrapassa as exigências formais da orientação intermediária. Primeiramente, muda-se o foco dos enunciados para a prática, realidade e efetividade. Ocorre uma “republicanização da democracia”. Assim, o indivíduo passa a ser o titular efetivo de direitos na vida real, e não tão somente no papel (SAMPAIO, 2013, p. 72).

Contrariamente, a conjugação entre Estado de Direito e Estado Democrático recebe críticas em relação à soberania do direito (Constituição) e à soberania popular, dividida entre constitucionalismo e democracia (SAMPAIO, 2013, p. 74). Assim sendo, José Adércio Leite Sampaio (2013, p. 74-75) conclui que:

Um pressupõe todos os poderes constituídos e, portanto, limitados pela Constituição ou pelo Direito. Não há um povo fora deles. Outro defende a primazia da vontade popular, um querer prévio a toda institucionalidade e fonte dela mesma. Essa tensão entre a política e o Direito se projeta internamente (para dentro do Direito) nos debates jurídicos entre os limites e competências dos Poderes, notadamente entre a “vontade da Constituição”, acessível ao Judiciário, e a “vontade dos representantes do povo”, manifestada nas leis.

Assim sendo, a tripartição de Poderes, consagrada na Constituição, foi compatibilizada à ideia de Estado Democrático e construiu uma “engenhosa construção doutrinária”, reconhecida como sistema de *freios e contrapesos*. Seguindo essa concepção, o Estado pratica atos denominados de gerais ou especiais. Os atos gerais são exercidos pelo Poder Legislativo e compreendem a formulação de regras

gerais e abstratas, as quais são emitidas sem saber a quem irão atingir. Desse modo, o Legislativo não atua diretamente na vida social e não tem meios para abuso de poder. Após a emissão da norma geral, o Poder Executivo tem possibilidade de atuação por meio de atos especiais. Esses estabelecem meios concretos para agir, entretanto, o Poder está igualmente impossibilitado de atuar ilimitadamente, pois está restrito pelo Legislativo. Por fim, se houver qualquer excedente de poder, o Poder Judiciário detém a ação fiscalizadora, determinando os limites de cada esfera de competência (DALLARI, 2015, p. 217).

3.3. A sobrecarga do Poder Judiciário como instância decisória (judicialização)

Conforme Pegoraro, (2010, p. 185-186):

A evolução do Judiciário, desde concepções de que o métrico do ato administrativo era inquestionável e intangível, até o seu controle em vários aspectos, incontestavelmente ocorreu. Assim, paulatinamente o Judiciário vem sendo chamado a enfrentar os desafios destes novos tempos, notadamente de concretizar a Constituição e sua principiologia por via de sua interpretação.

Para o liberalismo, o Judiciário tinha o dever de resolver os conflitos de interesse, sendo periférica a intervenção na definição de políticas públicas. Todavia, a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o entendimento principiológico das normas permitiram que o Judiciário interferisse nas demandas em que existisse uma lacuna na constitucionalidade. Outrossim, o aumento das normas, inclusive de direitos fundamentais, ampliou os assuntos de decisão reservados aos juízes. E, assim, aprofundou-se com mais seriedade a partir do controle jurisdicional nas políticas públicas, como saúde, educação e gastos orçamentários, o que aumentou ainda mais o ativismo judicial (SAMPAIO, 2013, p. 187).

Sendo assim, a constitucionalização abrangente, ou seja, a intervenção do Judiciário em matérias de processo político e legislação ordinária, ocasionou a judicialização da instância decisória (BARROSO, 2020, p. 3-4)

Então, os juízes passaram a definir pautas que caberiam aos agentes públicos que passavam por renovação eleitoral. Além da judicialização da política ser um “tiro fatal na democracia”, também gera crise de eficiência, já que possibilita um “protagonismo político” a quem não possui preparo, principalmente na gestão de políticas públicas. Nesse viés, os membros do Judiciário tendem a tomar decisões

política e economicamente menos eficazes devido à menor quantidade e qualidade de informações (SAMPAIO, 2013, p. 187).

Entre os riscos da sobrecarga do Judiciário e a consequente judicialização, é possível destacar o risco para a legitimidade democrática, já que o Poder intervém substitutivamente em relação ao Legislativo e Executivo, deixando de ter natureza invalidatória (PEGORARO, 2021, p. 52).

Desse modo, o risco para a democracia é iminente. “A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo” (BARROSO, 2020, p. 12).

Ademais, a hipertrofia judicial traz o risco da politização da justiça. O Judiciário, atuando além das prerrogativas dispostas e interferindo no âmbito Legislativo e Executivo, acomete a execução de políticas que advêm dos órgãos eleitos por um processo democrático. Assim, deve se limitar ao âmbito judicial para que não haja um atentado democrático, em função de que o Supremo Tribunal Federal seja o governante (PEGORARO, 2021, p. 54-55.)

Em síntese, conforme Faria (2016):

Não se podem relegar, porém, os problemas de que uma valorização excessiva do papel contramajoritário da Corte e do ativismo judicial de seus integrantes acarreta. Um deles é o risco da judicialização da vida política, que corrói o equilíbrio entre os Poderes e estimula o Legislativo a aprovar emendas constitucionais que restringem a discricionariedade dos juízes. Além disso, como a Constituição consagra um extenso rol de princípios, a dúvida é saber qual prevalecerá quando houver um choque entre eles. Como cada ministro do STF é uma cabeça, não havendo construção orgânica de uma decisão no plenário, isso poderá causar polêmicas que disseminam incerteza jurídica, em vez de reforçar a segurança do Direito. Basta lembrar a atuação de ministros que primam pelo protagonismo compulsivo, agindo de modo volúvel ao sabor dos acontecimentos e imaginando-se como reformadores sociais.

Portanto, é visível que a sobrecarga do Poder Judiciário como instância decisória é consequência de uma hipertrofia da atuação do Supremo Tribunal Federal no âmbito, principalmente, de políticas públicas, e, como consequência, tem-se o acometimento da democracia perante o risco da legitimidade democrática de diligência do Judiciário. Em virtude disso, a supremacia da Constituição Federal e a garantia da tripartição funcional de poderes é acometida, atingindo, dessa forma, o Estado Democrático de Direito.

Ademais, a politização da justiça perante as decisões tomadas por integrantes não elegíveis por meio do sufrágio e o ativismo judicial também são inerentes a esse problema.

3.4. O ativismo judicial e o efeito *backlash*

Ao longo do tempo, é notável que “ganha maior destaque e repercussão das decisões judiciais oriundas do Supremo Tribunal Federal (STF)”, o qual atua e decide em diversos âmbitos que não lhe competem, principalmente em relação aos direitos fundamentais (PEGORARO, 2021, p. 59).

O ativismo judicial aceita diversos alcances, distinguidos brevemente por Sampaio (2013, p. 188):

a) *motivacionais*: as decisões judiciais são tomadas mais com base em entendimentos pessoais ou políticos do que segundo as normas jurídicas em vigor; b) as *consequenciais*: definidas pelo impacto jurídico das decisões. São ativistas aquelas que declaram leis inconstitucionais, revogam precedentes da Corte ou adotam uma interpretação constitucional minoritária. A frequência dessas decisões imprime o caráter ativista ou contido a um dado colegiado., c) as *funcionais ou políticas*: definidas pelo critério geral de invasão das competências dos poderes políticos, principalmente, por meio de revisão ou substituição das decisões tomadas por esses poderes, criando, com isso, “dificuldades contramajoritárias” ou “antidemocráticas”, e d) as *propositivas ou criadoras*: a indicarem uma atitude ativa, proativa ou criadora dos juízes que confundiria o processo de aplicação com a elaboração do direito, sobretudo, a pretexto de exame das políticas públicas, notadamente aquelas reputadas discriminatórias (legislação judicial).

A acepção motivacional é a mais visível, no entanto. O ativismo judicial motivacional é expresso por meio de uma interpretação jurídica não regulamentada nos “métodos hermenêuticos tradicionais, típicos do positivismo legalista”. Ou seja, em geral, vale-se contra as intenções do constituinte ou do legislador ordinário, de modo a “desafiar a interpretação constitucional, declarando-lhes a inconstitucionalidade por ação, total ou parcial, com ou sem redução de texto, mesmo se não fosse claro ou chapado vício legal”. Em relação ao administrador, imputa-se uma omissão e uma imposição de condutas que restaurem a constitucionalidade violada (SAMPAIO, 2013, p. 189).

Ademais, é comum associarem o ativismo judicial ao progressismo dos juízes, principalmente no âmbito dos direitos fundamentais. “O juiz ativista seria uma espécie de guardião dos direitos e instrumento de transformação social emancipadora, inclusive descobrindo direitos implícitos”. Porém, o ativismo desperta formas

reacionárias opositoras à ampliação dos direitos fundamentais e da redução das aflições sociais. São ativistas, porque assumem desafiar, de modo aparente e pouco relacionado às suas competências, as decisões políticas estatais. Contudo, “são retrógrados, porque impedem a normatividade plena de direitos, notadamente daqueles relativos à promoção da igualdade e dos que, ainda que não expressos, atendam às necessidades básicas dos indivíduos” (SAMPAIO, 2013, p. 190).

Sendo assim, para definir o que é ou não ativismo, é necessário distinguir qual teoria de Constituição está sendo adotada. Outrossim, a separação dos Poderes também acolhe significados distintos, segundo o posicionamento adotado. O mesmo acontece para definir o que seja atitude conservadora ou progressista (SAMPAIO, 2013, p. 191).

Conforme Sampaio (2013, p. 191-192), o Supremo Tribunal Federal, historicamente, passou por altos e baixos. “Mais baixos do que altos, na verdade. Anda por baixo, quando se submete aos outros dois poderes. Ou a eles é muito deferente. Anda por cima, quando desafia as ameaças advindas dos ramos políticos e violações constitucionais”. Durante a República Velha, o Tribunal estava razoavelmente controlado. Exceto quando não teve forças para encarar a Revolução de 1930 e nem imaginava enfrentar o golpe de Getúlio Vargas sete anos depois. Assim, a Constituição não era além de um instrumento retórico, muito mais do que jurídico. Por isso, no “caso Maria Prestes”, o Tribunal “lavou as mãos” perante o Executivo decidir expulsá-la do Brasil. Na mesma tendência, “não teve forças – ou vontade” para enfrentar o Golpe Militar de 1964. Contudo, em exceção, “impediu a condenação de governadores e um ex-Presidente da República, sem o devido processo constitucional com a prerrogativa de foro com o afastamento da competência da Justiça Militar. Os expurgos que foram feitos ao Tribunal demonstravam a potestade da política sobre o direito”

De fato, o Tribunal assumiu uma postura formalista, atendo-se à aplicação das normas infraconstitucionais. Um Tribunal politicamente morto significou um Tribunal do *statu quo*, conservador, portanto. E cego ao que ocorria no submundo do regime militar. Com a promulgação do novo texto constitucional, o Tribunal tateou em busca de uma identidade. Velhas e novas orientações se conjugaram no novo ambiente constitucional, de modo que não seria inexato chamar a essa fase de “fase de transição”. O direito é assim mesmo, age mais lentamente aos processos de alteração política (SAMPAIO, 2013, p. 192).

Nesse período transitório, o Tribunal assumiu abordagens em âmbitos da política criminal, julgando constitucional a lei de crimes hediondos; edição e reedição

de medidas provisórias como competência exclusiva do Congresso; revisão da jurisprudência sobre o garantismo processual penal; proteção constitucional dos sigilos legais, entre outros (SAMPAIO, 2013, p. 193-194).

Todavia, com a virada da década, e do século, o Supremo Tribunal Federal, com a mudança de seus componentes, assumiu ativamente os quadros dos Poderes, e até mesmo dentro do Judiciário. O “ativismo” foi mais incisivo no âmbito dos direitos prestacionais e garantismo processual penal. Essa fase, denominada de ativista, conta com decisões em um contexto de abstratização do controle de constitucionalidade; de uma hermenêutica multidirecional por meio de uma interpretação principiológica (desapego ao originalismo); de um controle mais efetivo das medidas provisórias em relação aos pressupostos constitucionais, dentre outras formas de decisões diretamente ativas aos outros Poderes e aos direitos fundamentais (SAMPAIO, 2013, p. 195-196).

Entretanto, o recorrente ativismo judicial e a judicialização ocasionam uma corrente denominada de efeito *backlash*.

Backlash é a reação adversa exprimida pela sociedade contra decisões advindas do STF sobre temas controversos ou polarizados ideologicamente. O efeito surgiu nos Estados Unidos, através do caso *Furman vs. Estado da Georgia*, em 1972, em que a Corte decidiu que a pena de morte era incompatível com a oitava emenda da Constituição norte-americana, a qual garante que penas cruéis e incomuns são proibidas. Como consequência, diversos grupos favoráveis à pena se organizaram e se manifestaram de forma política e ideológica, de modo que, nas eleições seguintes, aumentaram o número de seus representantes nas esferas de poder (PEGORARO, 2021 apud. MORAES, 2018).

No contexto brasileiro, existe uma jurisdição constitucional mais atuante. Por exemplo, as recentes decisões do STF garantindo o direito de aborto à gestante em caso de anencefalia (ADPF 54); a autorização para pesquisas com células-tronco (ADI 3510); o direito à manifestação pelas chamadas “marchas da maconha” (ADPF 187), dentre outras (PEGORARO, 2021, p. 65 apud CAPONI, 2018).

O fenômeno pode ser reconhecido no Brasil mais significativamente conforme a ampliação do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal.

Apenas a título exemplificativo, podemos observar notoriamente o efeito *backlash* em reação a duas análises feitas pelo STF. Com o julgamento da ADPF – 54, julgada em 2012, da relatoria do Ex. Sr. Ministro Marco Aurélio Mello, foi suprida, pela vida do ativismo judicial, uma lacuna legislativa,

autorizando o aborto em casos de gestação de anencéfalos. “Após essa decisão os grupos contrários ao aborto reorganizaram suas estratégias ideológicas, ampliaram seu ativismo político, e passaram a defender de forma mais incisiva posturas que visam barrar no legislativo quaisquer medidas que possam flexibilizar a interrupção ilícita da gestação (PEGORARO, 2021, p. 68 apud MORAES, 2018).

Segundo George Marmelstein (2020), o *backlash* funciona de forma que o Judiciário profere uma decisão liberal em defesa dos direitos fundamentais, e, assim, uma onda de discursos conservadores com apelo emocional atinge a sociedade. Ato seguinte, a crítica massiva é capaz de alterar as escolhas eleitorais de grande parte da população, e, desse modo, candidatos aderem ao discurso conservador para garantir maior espaço político. Ao vencer as eleições, o grupo conservador consegue aprovar medidas que sigam o seu ponto de vista, e conseqüentemente, o Poder Judiciário sofre mudanças ideológicas por meio da indicação política de membros do órgão. Por fim, existe a hipótese de surgir um retrocesso jurídico, capaz de piorar uma situação normativa, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados.

Ainda, conforme Marmelstein (2020), o efeito *backlash* “pode gerar dúvidas sobre os reais benefícios da jurisdição constitucional na luta pela implementação de direitos fundamentais”.

Portanto, o ativismo judicial, como forma ampliativa de interpretar a Constituição, associado à participação do Judiciário na concretização das garantias dos direitos fundamentais, com maior interferência politizada e pessoal no âmbito do Poder Executivo e Legislativo, torna o Supremo Tribunal Federal vulnerável para suportar as reações sociais, mediante o inconformismo ideológico.

4. CONCLUSÃO

Como conclusão, nota-se como a manutenção da ordem é necessária, a partir da tripartição dos Poderes, desde os tempos primórdios da formação da sociedade. Sempre existiu a necessidade de normas regulamentadoras, refletidas no Direito, já que o impulso destrutivo e caótico humano é inerente à sua existência. Assim, torna-se imprescindível que o Direito aplicado aos casos concretos possua limitações funcionais, a fim de evitar uma possível desordem entre os indivíduos que configuram o meio social.

Entretanto, a ideia de dividir os Poderes, com a finalidade primária de proteger a liberdade individual, foi ampliada de modo com que tal separação fosse essencial

para a eficiência do Estado, por meio da divisão de funcionalidades entre os órgãos especializados. Porém, o Legislativo, Executivo e Judiciário não deixam de integrar um Poder soberano e indivisível.

No viés da Democracia Constitucional, existem paradigmas que assombram o conceito ideal. Dentre eles, o desdobramento de interpretação constitucional entre sentido formal e material. Com isso, surgem lacunas que podem preservar sistemas absolutistas, o que contraria o ideal de Montesquieu acerca da proteção das liberdades da tripartição de Poderes, mediante a hermenêutica entre a expressão dos valores aplicados para a formulação das normas e o conjunto de regras jurídicas de máxima eficácia referentes à organização estatal.

Ademais, é paradigmático o modo como a liberdade, enquanto valor supremo individual, sustentou o afastamento da interferência estatal. Todavia, é visto que, historicamente, a participação no funcionamento do Estado era, majoritariamente, dos detentores do poder econômico, e assim, distanciou os indivíduos que eram dependentes do seu próprio trabalho da evolução social. Dessa forma, é convicto um embate entre a primazia da liberdade, tendo como consequência eventos desiguais e injustos, e a garantia da igualdade, por meio de uma organização coativa estatal. Portanto, o paradigma que assombra a liberdade é assegurado por um embate divergente aos princípios democráticos.

Em aplicação das normas previstas às funções dos Poderes, o Direito foi positivado de modo que as prerrogativas históricas e políticas sustentem toda a sua normatividade.

Sendo assim, com a nova Constituição Federal de 1988, a separação de Poderes designou o Poder Judiciário como aplicador do Direito. Contudo, o órgão de instância decisória tornou-se hipertrofiado pela sobrecarga de decisões pautadas em âmbitos de políticas públicas e orçamentárias, causando a denominada judicialização.

Com a judicialização, os juízes passam a proferir decisões referentes às pautas a serem tratadas por outros Poderes. É um abalo na Democracia Constitucional brasileira, além de gerar uma crise de eficiência, já que torna possível um protagonismo, no âmbito político, de agentes que não estão substancialmente preparados, principalmente nas questões de políticas públicas. Nesse viés, o Tribunal tende a decidir de forma menos eficaz, tratando-se de política e economia, devido à menor quantidade e qualidade de informações.

Como consequência, tem-se o acometimento da democracia, visto que a legitimidade democrática e a tripartição dos Poderes são relativizadas diante das diligências do Judiciário divergentes da função originária.

Ainda sobre a fragilidade da Democracia Constitucional no Brasil, são cada vez mais recorrentes os casos de ativismo judicial presentes nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. É importante ressaltar que, para retratar uma situação ativista, é preciso distinguir em que hermenêutica constitucional foi baseada a decisão. Isso também é aplicado para definir a ideologia que o Judiciário apresenta, entre progressismo e conservadorismo.

Como uma forma de ampliar os preceitos da Constituição, o ativismo judicial é uma prerrogativa para a interferência do Poder Judiciário em assuntos que deveriam ser tratados pelo Executivo ou Legislativo, muitas vezes omisso, e, assim, há uma desmoralização das decisões e das pautas trazidas pelo STF na sociedade, uma vez que, como são indicados politicamente, assumem um papel político e ideológico em cada posicionamento decisivo.

Por conseguinte, é esperado o efeito *backlash*. Parte da sociedade fica insatisfeita com a colocação do Tribunal e reage ativamente no meio social, causando um inconformismo nos indivíduos, e, também, proporcionando aos agentes públicos elegíveis que sustentem os posicionamentos reativos, para que aumentem o número de eleitores. Em virtude disso, com o sucesso eleitoral, o número de agentes com certo posicionamento político e ideológico cresce no âmbito estatal, e segue-se a indicação de juízes ao Tribunal e insatisfazendo a sociedade.

Portanto, a Democracia Constitucional no Brasil é paradigmática quando se trata da tripartição dos Poderes. A divisão funcional criada, primeiramente, para garantir as liberdades individuais, torna-se fragilizada com a atuação do Judiciário. O Poder que, substancialmente, deveria aplicar o Direito, ficou vulnerável às normas positivadas, oriundas da política e da história do país. Sendo assim, a redemocratização do país, a partir de 1988, abriu margens para que os paradigmas encostados na Democracia Constitucional fossem visíveis no Estado e na sociedade brasileira. É desse modo que a judicialização e o ativismo judicial estão tão presentes no Supremo Tribunal Federal, já que as lacunas constitucionais permitem a interferência dos juízes em pautas originárias dos outros Poderes, e até mesmo a proferirem decisões baseadas em seu próprio ativismo motivacional político e ideológico.

Como resultado, tem-se uma sociedade insatisfeita com a instabilidade do Poder Judiciário, e o efeito *backlash* se instala no Brasil. É um ciclo. Primeiro, a fragilidade da Democracia Constitucional garante ao Tribunal que decida de forma ativista. Obviamente, uma parte da sociedade reage adversamente e inspira os elegíveis. Esses, ganhando as eleições, indicam novos juízes e perpetuam dentro do Estado novas ideologias. E, assim, a parte contrária da sociedade reage da mesma forma. A Democracia Constitucional aplicada à tripartição de Poderes no Brasil dá margens a um ciclo de insatisfação da população interminável.

5. REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Ciência política, Estado e Direito Público - Uma Introdução ao Direito Público da Contemporaneidade*. 2 ed. São Paulo: Verbatim, 2014.

ANSELMO, José Roberto. *Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Spessotto, 2018.

ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Martins Fontes, 1991

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em:

<https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5498/2009_barroso_judicializacao_ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 21 dez. 2022.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FARIA, José Eduardo. *O papel contramajoritário do STF. Como impedir que alguns ministros se comportem como Simão Bacamarte...?* O Estado de São Paulo, 28 de julho de 2016. Disponível em: <<https://www.estadao.com.br/opiniaao/o-papel-contramajoritario-do-stf/>>. Aceso em: 21 dez. 2022.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Petrópolis: Vozes, 1994.

MARMELSTEIN, George. Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas à atuação judicial. Disponível em:

<<https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>> Acesso em: 12 jan. 2023.

MONTESQUIEU. *Vida e obra*. São Paulo: Nova Cultural, 1997. Os pensadores.

_____. *O espírito das leis*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PEGORARO, Luiz Nunes. *O Backlash Diante do Ativismo Judicial*. Bauru, SP: Spessoto, 2021.

_____. *Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos Discricionários*. Campinas: Servanda, 2010.

PELICIOLI, Angela Cristina. *A Atualidade da Reflexão da Separação de Poderes*. a. 43. n. 169. jan./mar. 2006. Brasília. Disponível em:

<<https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes>> 43 > 169 > ril_v43_n169_p21.pdf . Acesso em: 08 dez. 2022.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. *O contrato social*. São Paulo: Cultrix, 1971.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 44 ed. São Paulo: Malheiros, 2022.