



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

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, RAZÃO PÚBLICA E DEMOCRACIA:
POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA**

ORIENTADA: MÁRJORIE GONÇALVES PÓVOA
ORIENTADOR: PROF. MARCELO DI REZENDE BERNARDES

GOIÂNIA

2020

MÁRJORIE GONÇALVES PÓVOA

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, RAZÃO PÚBLICA E DEMOCRACIA:
POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA**

Monografia Jurídica apresentada à
disciplina Trabalho de Curso I, da Escola
de Direito e Relações Internacionais,
Curso de Direito, da Pontifícia
Universidade Católica de Goiás
(PUCGOIÁS)

Prof. Marcelo Di Rezende Bernardes

GOIÂNIA

2020

MÁRJORIE GONÇALVES PÓVOA

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, RAZÃO PÚBLICA E DEMOCRACIA:
POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA**

Data da Defesa: ____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Marcelo Di Rezende Bernardes

Nota

Examinador Convidado: Prof. Titulação e Nome Completo

Nota

Aos meus pais, Esdras e Marta Maria, por terem me incentivado e por todo o amor, carinho e compreensão em todas os momentos difíceis em que lhes pedi apoio, e aos meus amigos,

que me ajudaram nestes anos de graduação.

Agradeço a Deus por me ajudar a ultrapassar todos os obstáculos encontrados durante o curso, aos amigos e familiares que, sempre quando necessário, não mediram esforços para me ajudar, mesmo que com singelos gestos de carinho e apoio.

SUMÁRIO

RESUMO.....	7
INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO 1.....	9
TRIPARTIÇÃO DE PODER.....	9
1.1 TEORIA DE MONTESQUIEU.....	11
1.2 PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	13
1.3 TRIPARTIÇÃO NO BRASIL.....	15
CAPÍTULO 2.....	17
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	17
2.1 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	19
2.2 A PROTEÇÃO DA CARTA CONSTITUCIONAL.....	21
2.3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL.....	22
CAPÍTULO 3.....	24
DO PODER DE LEGISLATIVO.....	24
3.1 CONCEITO.....	25
3.2 PODER LEGISLATIVO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	25
3.3 PROCESSO LEGISLATIVO.....	26
CAPÍTULO 4.....	28
JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO.....	28
4.1 CONCEITO.....	28
CONCLUSÃO.....	33
CAPÍTULO 5.....	37
5.1 APÊNDICE.....	38

RESUMO

O presente artigo vai frisar e analisar o papel dos juízes das cortes superiores que compõe o Poder Judiciário do Brasil, especialmente no que se refere à POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA, tema desta monografia. fazendo uma análise no contexto histórico desse conflito, que é um fato global, que é explícito pelos deslocamentos da centralidade do poder, baseado nas normas do Estado de Direito. O escopo discorrido nesta monografia, têm como primordial foco, tratar a forma com que os magistrados estão determinando, diante de algumas “brechas” existentes na nossa constituição Federal. E buscar entender, se essas condutas podem vir a trazer prejuízos ou benefícios à sociedade brasileira como um todo, e também, ao ordenamento legislativo e jurídico do país. É imprescindível implementar uma retrospectiva para assimilar a atribuição da separação dos poderes que compõe o Estado, o marco da incumbência e propósito referentes às atribuições de cada poder, acima de tudo no que diz respeito ao papel de assegurar a proteção da população utilizando a constituição da república como matriz da proteção dos anseios do povo.

Palavras-chave: Poderes. Constituição. Supremo Tribunal Federal. Ativismo Judicial.

INTRODUÇÃO

A separação dos poderes, contínuo nas teorias de Aristóteles, Locke e Montesquieu encontra-se vigente na supremacia das constituições contemporâneas. Essa partição, permanentemente, deverá ser explorada em concordância com as metas atuais dos Estados Democráticos de Direito. Durante o tempo em que atuar-se normas rígidas no que se refere à legitimação para a prática de atos estipulados, a ineficiência de um dos poderes, será capaz de gerar um enorme malefício à sociedade, como vem ocorrendo no Brasil.

A saída aqui encontrada – e que já foi posta em vários países – tem como indispensável aspecto, o ativismo judicial, em que as resoluções de cunho geral preenche a falta de norma específica para os casos conduzidos ao Poder Judiciário, especificamente à aqueles que destinam-se a efetivar direitos fundamentais não tão expressas na Constituição Federal.

Embora as críticas auferidas ao Poder Judiciário em razão do ativismo, há que se destacar os pontos teóricos e práticos favoráveis à essa problemática, visto que os vereditos das Cortes Superiores apontados como ativistas vêm cooperando para o cancelamento da ineficácia do Poder Legislativo.

CAPÍTULO 1

SEPARAÇÃO DOS PODERES

Independente de Aristóteles ter sido considerado o primeiro filósofo a conceituar e estudar a Separação do Poderes, seu conceito acerca do tema foi baseado em relatos já existentes, como por exemplo, a obra “A República”, de Platão. Na citada obra, Platão expõe como é importante dividir funções para que o controle do Estado não fique nas mãos de uma só pessoa.

Platão certificava em sua obra, que o homem, em tese, perde a sua virtude se estiver com os poderes concentrados sobre ele, por isso, a “não separação” dos poderes seria pernicioso.

A partir da Antiguidade Clássica, especialmente com as teorias de Platão e Aristóteles, foi aceito como verdade que o Estado, independentemente do governo a que estivesse atrelado, exercia três funções essenciais: a legislativa, a judiciária e a executiva:

[...] a teoria política dos gregos era, basicamente, a reflexão a propósito da natureza da polis, dirigida como empreendimento intelectual autoconsciente, diverso - e em nível mais geral - do debate sobre matérias políticas específicas. A teoria política era, portanto, uma atividade secundária, a respeito do nível em que era tratado seu assunto.

Aristóteles dizia que os componentes do Estado eram a população, o território e a autoridade política. Propôs à teoria acerca das funções dos poderes políticos e das estruturas das autoridades. Estabeleceu, como marca de sua teoria, relação intrínseca entre política e ética. Conceituou o ser humano como animal cívico, carente de convívio social, superior a todos os outros, desde que conhecesse a lei e a justiça. O filósofo grego preceituou ainda a necessidade de se estabelecer poderes, com estruturas, objetivo e funções diferentes: deliberativa (correspondente ao Legislativo); executiva (correspondente ao Executivo) e jurisdicional (correspondente ao Judiciário). A origem da ideia da separação dos poderes repousa na definição de Aristóteles de Constituição mista:

[...] constituição mista, para Aristóteles, será aquela em que os vários grupos ou classes sociais participam do exercício do poder político, ou aquela em que o exercício da soberania ou o governo, em vez de estar nas mãos de uma única parte constitutiva da sociedade, é comum a todas.

Aristóteles já colocava como sua opinião formada que um único indivíduo para exercer o poder, além de perigoso, era também, injusto. Isso pois, uma só pessoa não poderia vir a ser capaz de prever tudo o que a lei era capaz de prever.

O filósofo Maquiavel, no Século XVI, na sua famosa obra “O Príncipe” (2007), também fez parte da formação do ideal da Separação Dos Poderes, na França, via-se três poderes distintos: Legislativo (representado pelo Parlamento); Executivo (materializado na figura do Rei); E, por fim, um Judiciário autônomo.

Segundo Dalmo Dallari:

É curioso notar que Maquiavel louva essa organização porque dava mais liberdade ao rei. Agindo em nome próprio o Judiciário poderia proteger os mais fracos, vítimas de ambições e das insolências dos poderosos, poupando o rei da necessidade de interferir nas disputas e de, em consequência, enfrentar o desagrado dos que não tivessem suas razões acolhidas.

Dessa forma, Maquiavel presumia que a Separação dos Poderes como um meio de favorecer o Rei, acreditando que ao não ter que solucionar conflitos, o Rei seria poupado de eventual deterioração da sua imagem.

Adiante, no século de XVII, nascia a chamada Revolução Constitucional da Inglaterra, denominada de “Revolução Gloriosa”, dando-se início nos anos de 1688 e 1689. O golpe de estado planejado e legitimado pelo Parlamento Inglês provocou, a assinatura de uma declaração de direitos que restringia o poder real, a Bill of Rights.

Trentin (2003, p.18), dizia:

Essa declaração de direitos estipulou que o Rei não tinha o poder de revogar as leis feitas pelo parlamento ou de impedir a sua execução e mais, proibiu a exigência de fianças excessivamente elevadas para que alguém fosse processado em liberdade, bem como a imposição de penas cruéis ou incomuns. Ao lado dessas conquistas, o Bill of Rights declarava como fundamentais o direito de liberdade de palavra, de imprensa e de reunião, o direito de não ser privado da vida, liberdade ou bens sem processo legal.

A partir de então, desenvolve-se na Inglaterra a representação de diversos interesses da sociedade inglesa. A aristocracia e o povo compartilhavam do poder junto com o rei, porém, todos eram limitados por direitos fundamentais (GIORDANI, 2003).

A respeito do tema, nas palavras de Comparato (1999, p.80-81):

O essencial do documento foi a instituição da separação de poderes, com a declaração de que o Parlamento é um órgão precipuamente encarregado de defender os súditos perante o Rei, e cujo funcionamento não pode ficar sujeito ao arbítrio deste. Ademais, o Bill of rights veio fortalecer a instituição do júri e reafirmar alguns direitos fundamentais dos cidadãos, os quais são expressos até hoje, nos termos, pelas Constituições modernas, como o direito de petição e a proibição de penas inusitadas ou cruéis.

Eram desagregados centros de poder entre a câmara, exercida pelos proprietários; e o senado, representado pela aristocracia. Desta maneira, a separação de atribuições e competências entre as instituições do governo, impedia a concentração de decisões políticas nas mãos de um único representante.

1.1 TEORIA DE MONTESQUIEU

Nas obras de Montesquieu (1689-1755) há rica e inesgotável fonte de inspiração teórica sobre limites do poder e da garantia da liberdade política, por meio

da legalidade, da separação dos poderes e da relação da lei com a liberdade, com principal ênfase na consagração de algumas garantias processuais de defesa da liberdade e do papel das forças armadas. Foi, também, significativa a influência na Declaração de 1789 e nas constituições posteriores a distinção estabelecida por Montesquieu entre liberdade política e sua relação com a Constituição e o cidadão, ou entre princípios de organização dos poderes e direitos humanos.

A liberdade política vista na Constituição não seria meramente um princípio de organização, mas um direito à participação. Montesquieu, inspirado na teoria esposada por John Locke, entende que os Poderes Legislativo, Executivo e Judicial devem ser atribuídos a pessoas diferentes, sem, contudo, pontuar rigorosa separação entre as funções. Em Montesquieu há verdadeira harmonia que enseja a atribuição conjunta e indivisível de três órgãos, quer dizer, a soberania de três órgãos políticos.

A divisão dos poderes foi consagrada como princípio formal fundamental na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (art. 16 CF) que se expressa na criação de instituições independentes e autônomas cujas funções diferenciadas objetivas o afastamento do despotismo do antigo regime e garantir a liberdade e os direitos fundamentais. Para os deputados de 1789, a separação dos poderes era um dogma, a ponto de ser positivado na Declaração o princípio de que uma sociedade que não garantisse a separação dos poderes não tinha Constituição. Percebe-se, na adoção do princípio, a influência de Montesquieu na Constituição inglesa que inclui, também, as contribuições de Rousseau.

Ao ampliar a divisão dos poderes que fora anteriormente estabelecida por Locke, Montesquieu acreditava que para afastar os governos absolutistas e evitar a produção de normas tirânicas, seria fundamental estabelecer a autonomia e os limites para cada um dos poderes, quais sejam o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

1.2 PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O princípio da separação dos poderes não foi, histórica e originariamente, um modelo binário a compreender que cada poder tem um escopo teórico fechado, delimitado e incomunicável de acordo com o seguinte conceito: ou é função executiva ou é função judiciária ou é função legislativa. Além das constituições contemporâneas atribuírem funções típicas e atípicas aos poderes constituídos, os Poderes Executivo e Judiciário têm agregado às suas competências de origem outros atributos cada vez mais crescentes.

Por conseguinte, o Poder Executivo tem incorporado, cada vez mais, a competência legislativa. Não somente a competência para editar medidas provisórias, mas, também, tem sido constante o aumento da função legislativa por meio de atos normativos infra legais originados de autarquias que têm função regulatória, a exemplo das agências reguladoras de serviços públicos concedidos e de agência de regulação da ordem financeira. Nesse sentido, a crescente intervenção dos órgãos do Poder Executivo no processo legislativo poder-se-ia denominar de ativismo dos órgãos do Poder Executivo.

Há muito tempo que no direito brasileiro os atos administrativos vêm se incorporando à ordem jurídica com nova configuração. Explico: os atos normativos 4034 infra legais emanados de autoridades administrativas têm regulado situações jurídicas não contempladas pela lei ou, em outra hipótese, nos casos de insuficiência da legislação formal. O exemplo bem significativo dessa nova tendência foi o julgamento da ação declaratória de constitucionalidade ajuizada em face da Resolução n. 07, de 18-10-2005, do Conselho Nacional de Justiça.

O ato normativo emanado do Conselho Nacional de Justiça proibiu a prática do nepotismo em todas as instâncias do Poder Judiciário, sem que houvesse lei em sentido formal que proibisse a contratação de parentes. Ainda que se argumente que a proibição do nepotismo já existia em decorrência da vedação implícita dos princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade, é

indiscutível que o ato administrativo normativo foi capaz de criar uma situação jurídica nova e, conseqüentemente, afetar direitos subjetivos, sem que, respeitasse, existisse lei em sentido formal que vedasse a prática da contratação de parentes nos cargos de livre nomeação e exoneração em que há, inclusive, permissivo constitucional.

No que tange à competência normativa do Poder Judiciário, ou na expressão utilizada por François Rigaux, “a invasão do legislativo no judiciário”, há muito tempo se reconhece que a doutrina da separação dos poderes se apresenta de uma nova maneira com a existência de uma Jurisdição Constitucional a qual é atribuída funções de controle abstrato de normas e competência para dirimir conflitos de competência entre órgãos e resolver impugnações contra leis ou decisões judiciais. Se do ponto de vista da eficiência é necessário buscar o grau ótimo de eficácia das sentenças do Tribunal Constitucional, seus limites não podem lograr êxito em razão de diferenças abissais entre direito e política.

A Jurisdição Constitucional é a justiça política no sentido de que tem que enfrentar objeto político (direito constitucional político) e seus membros são designados por instâncias políticas e suas decisões têm efeitos políticos mais ou menos amplos. Assim sendo, o direito constitucional é justificável não só em seu conjunto, senão que o próprio Tribunal Constitucional tem que se manifestar sobre a violação da Constituição nos casos que se apresentem. Entretanto, não pode deixar de atuar sob a alegação de que a decisão implicaria em judicialização.

É indispensável, em um sistema equilibrado de partilha de competências institucionais, que o Poder Judiciário possa concluir acerca da racionalidade e da razoabilidade sempre que for questionada lesão ou ameaça de lesão a direito individual ou coletivo, sob pena de permitir-se, pelo menos em tese, o arbítrio do legislador. Por último, pontua Klaus Stern que sem a judicialização da constituição é quase impossível o cometimento de violações à Constituição. Apesar de não existir cláusula geral que consagre a Justiça Constitucional, tendo em vista as amplas competências do Tribunal Constitucional Federal alemão, não há qualquer questão relevante que não possa ser apreciada pela Justiça Constitucional.

O princípio da divisão e separação de poderes, checks and balances of powers, não só tem a função de assegurar a liberdade senão também de garantir a constituição.

1.3 SEPARAÇÃO DOS PODERES NO BRASIL

Atualmente, é possível identificar nos organismos estatais existentes a tripartição dos poderes idealizada por Montesquieu. Há, portanto, o Poder Executivo, que constitui o governo de fato; o Poder Legislativo, composto pelo sistema bicameral (câmara de deputados e senados), e ainda, o Poder Judiciário. São tais poderes independentes; pois não se submetem entre si, não se curvam à vontade um do outro (SILVA, 2006); e são harmônicos, pois tem de verificar as “normas de cortesia e trato recíproco” (SILVA, 2006, p. 110). Observa-se que todos esses poderes têm suas funções que lhe são típicas, e as funções atípicas, a fim de que seja objetivada a interdependência de um em relação aos outros.

Em suma, além de exercerem a função que lhe são precípuas, como, sinteticamente, ao Executivo é governar; ao Legislativo legislar e ao Judiciário julgar, tem eles também funções atípicas, que correspondem à execução de funções inerentes à sua organização interna; como por exemplo, o Poder Executivo legislar sobre seu estatuto, etc. A doutrina da Separação dos Poderes existe para que haja um controle de um poder sobre o outro, a fim de que a ordem constitucional seja alcançada em sua plenitude.

Já dizia Montesquieu:

[...] todo homem que tem poder é levado a abusar dele. Vai até onde encontrar limites. Quem diria! A própria virtude precisa de limites. Para que

não possam abusar do poder, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. (MONTESQUIEU, 1987, p. 136).

Esta separação tripartite de poder fora adotada no Brasil como forma de sistematizar as funções estatais. Encontra-se consagrada na Constituição Federal de 1988, em seu art. 2º, onde lê-se: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

De fato, como se infere da leitura do artigo constitucional citado, os poderes que compõem a estruturação estatal brasileira são, a priori, independentes, por isso não devem se submeter uns aos outros, devendo, portanto, terem autonomia. Devem, também, serem harmônicos, comprometendo-se ambos os poderes a obedecerem a parâmetros adotados, possibilitando, assim, a coexistência entre eles.

No entanto, ao se estudar a forma como estão dispostos os poderes no Brasil, não é isso, de fato, que se observa. Há uma evidente preponderância do Poder Executivo sobre os outros poderes, exercendo este poder nos outros uma ingerência que aqui se entende como indevida. Não se percebe, aqui, uma separação dos poderes tal qual ela deveria estar disposta, posto que se concede ao Poder Executivo poderes tais que desvirtuam o propósito da doutrina estudada. O fato de este Poder ter a faculdade de legislar “excepcionalmente”, e indicar toda a composição da mais alta corte do Judiciário brasileiro o torna verdadeiramente o grande Poder da República Brasileira, comprometendo o funcionamento ideal da máquina estatal do país. Atribui-se a este fato a grande crise pela qual passa, inclusive, a democracia representativa brasileira.

Defende-se que a forma como se encontra dispostos os poderes da República acabam por favorecer clima propício para o florescimento da corrupção. Isso ocorre devido ao fato de não se observar, no Brasil, as leis da política sistematizadas por Montesquieu, leis essas que por este pensador foram elaboradas, mas que antecede à sua própria existência, devendo, portanto, serem atendidas.

Ora, conceder poderes exorbitantes ao Poder Executivo acarreta no desvirtuamento dos ocupantes das suas cadeiras. Isso ocorre, pois a eles é oportunizado “abusar” dos poderes que lhe são concedidos. Este fato possibilita, também, que sejam, tais ocupantes, alvos de pressões e influências que deveriam ser afastadas pela disposição estatal dos poderes. A solução para essa problemática é a segunda lei da política de Montesquieu, qual seja: “Para que não possam abusar do poder é necessário que, pela disposição das coisas, o Poder freie o Poder. ” (MONTESQUIEU, 1987, p. 198). É pela falta de atendimento desta segunda lei de Montesquieu que ocorre a crise da separação de poderes no Brasil.

O poder executivo não se encontra “freado”, ao contrário, é dotado de “grandes poderes” que o permitem tanto “manipular” um dos poderes da República. A primeira dessas leis é: “Todo homem que tem o poder é levado a dele abusar. ”(MONTESQUIEU, 1987, p. 198).

Quanto “usurpar funções” do outro Poder. Estes dois “defeitos”, por assim dizer, da disposição dos poderes no quadro estatal brasileiro é o alvo do presente artigo. Constitui, portanto, o seu ponto cerne, e será minudenciado adiante.

CAPÍTULO 2

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O Controle de Constitucionalidade se caracteriza como mecanismo de Guarda da Constituição. Sua evolução se confunde com o surgimento das primeiras constituições rígidas. Com elas, a nação passou a ter um documento fundamental. O povo teve, na Constituição, a anunciação de seus direitos. Por isso, surgiu o controle, a fim de se preservar os direitos do povo e garantir a sua execução ao longo do tempo, sem nenhuma interferência indevida. Para enriquecer este capítulo, tornou-se imprescindível coletar informações dos autores Barroso, Habermas,

Cabral, Cunha Júnior, Carvalho, Gonçalves, Ferreira Filho, Bulos e Cabral. Nos Estados Unidos da América, é clássica a lição do caso *Marbury vs Madison*, segundo a qual Luís Roberto Barroso enfatiza:

Marbury vs. Madison foi a primeira decisão na qual a Suprema Corte afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando aplicação das leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais. Assinala-se, por relevante, que a Constituição não conferia a ela ou a qualquer outro órgão judicial, de modo explícito, competência dessa natureza. Ao julgar o caso, a Corte procurou demonstrar que a atribuição decorreria logicamente do sistema [...]

A partir dessa decisão, foi-se construindo o modelo atual de controle de constitucionalidade. A evolução deu a Constituição ainda mais força e concretização. O Controle de Constitucionalidade possui dois momentos de incidência: antes da promulgação da proposição legislativa – preventivo – e após a promulgação da proposição legislativa – repressivo. O direito brasileiro adota o controle repressivo como regra, porém, em algumas hipóteses, tem se admitido o controle preventivo.

É aí que surge o Mandado de Segurança, para garantir ao Parlamentar que o seu direito a um devido processo legislativo constitucional permaneça inviolável. É clássico o comando do artigo 60, § 4º, da Constituição Federal, quando diz que não se admite a deliberação de Proposta de Emenda Constitucional que afronte cláusula pétreas – direitos que não podem, segundo o Constituinte, o seu núcleo essencial alterado. A única situação em que pode haver alteração é para aumentar o seu conteúdo, jamais para diminuí-lo ou extingui-lo. São matérias criadas pelo Constituinte originária e que devem permanecer no tempo indeterminadamente. As matérias internas corporis, por constituírem mérito de atos do Poder Legislativo, não são passíveis de controle pelo Poder Judiciário.

Possuem essa reserva por serem atos que dizem respeito às decisões fundamentais do Poder Legislativo. Trata-se da discricionariedade legislativa. Atos que cabem somente aos Parlamentares exercer juízo de valor sobre eles. A violação ao devido processo legislativo é a expressão que melhor define o que se admite ao Judiciário intervir na atividade legislativa. Não há intervenção em decisão fundamental do Poder Legislativo.

Não se trata de mérito, e sim de questões que dizem respeito aquilo que foi estabelecido pelo Constituinte para elaboração de normas. Quando se intervém para garantir o processo legislativo, o Poder Judiciário discutirá se a norma produzida está de acordo com as regras estabelecidas pelo Constituinte a partir do artigo 59. O Poder Judiciário não analisa o conteúdo da proposição legislativa, mas tão somente a sua forma. Nesse tipo de controle, há apenas a verificação dos requisitos formais, previstos pela Constituição para elaboração das normas.

Quando se intervém para garantir o processo legislativo, o Poder Judiciário discutirá se a norma produzida está de acordo com as regras estabelecidas pelo Constituinte a partir do artigo 59. O Poder Judiciário não analisa o conteúdo da proposição legislativa, mas tão somente a sua forma. Nesse tipo de controle, há apenas a verificação dos requisitos formais, previstos pela Constituição para elaboração das normas.

2.1 FUNDAMENTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O Controle de constitucionalidade fundamenta-se na supremacia e na rigidez da Constituição. Visa, primordialmente, preservar os fundamentos basilares do Estado de Direito e garantir a unidade do sistema, através do expurgo das normas infraconstitucionais que se apresentem incompatíveis com as regras e princípios constantes da Lei Maior.

A supremacia da Constituição importa no reconhecimento da Carta Constitucional como Lei Fundamental do Estado, elaborada pelo Poder Constituinte Originário, e expressão da vontade social, figurando como o texto inicial e fundante da ordem jurídica, dotado de posição hierárquica superior às demais normas componentes do ordenamento.

Pressupõe, assim, um sistema de escalonamento normativo, ou seja, a hierarquia das leis e a adoção de Constituição escrita e rígida, além da existência de ao menos um órgão incumbido de exercer esse controle.

A rigidez funciona como uma espécie de consagração da superioridade da norma constitucional na pirâmide normativa, e importa na impossibilidade de alteração do texto constitucional por norma ordinária, demandando um procedimento mais dificultoso para modificação do Texto Maior que somente se autoriza mediante processo legislativo especial e qualificado, limitado e regulado pela própria Constituição. Hans Kelsen classificou as normas segundo seu grau de importância, criando um sistema hierárquico de normas, na qual a Constituição encontra-se no mais alto patamar da pirâmide:

A ordem jurídica de um Estado é, assim, um sistema hierárquico de normas legais. Em forma bastante simplificada, apresenta o seguinte retrato: o nível mais baixo é composto de normas individuais criadas pelos órgãos aplicadores do direito, especialmente os tribunais. Essas normas individuais são dependentes dos estatutos, que são normas gerais criadas pelo legislador, e das regras do Direito consuetudinário, que formam o nível superior seguinte da ordem jurídica. Esses estatutos e regras de direito consuetudinário, por sua vez, dependem da Constituição, que forma o nível mais elevado da ordem jurídica considerada como sistema de normas positivas.

Esse modelo estabeleceu a noção de validade jurídica, de modo que as normas inferiores devem estar em conformidade com as de grau superior, numa espécie de hierarquia vertical.

Dessa forma, a Constituição adquiriu a capacidade de outorgar fundamentos de validade a toda e qualquer espécie de legislação a ela subordinada, tornando-se imprescindível criar um mecanismo de controle de “adequação” das normas inferiores, ou seja, um sistema capaz de verificar se a norma infraconstitucional está em conformidade com a norma constitucional.

O controle de constitucionalidade assim se justifica pela necessidade de se manter a compatibilidade da legislação de nível inferior com as normas constitucionais, que funcionam como normas supralais a garantir que a vontade do Poder Constituinte Originário não seja alterada pela vontade do legislador ordinário, preservando os valores e princípios fundamentais adotados pelo Estado, assegurando estabilidade e segurança jurídica.

A constituição, mesmo dotada de supremacia, não está imune a abusos e violações, tanto por parte do legislador ordinário como das autoridades públicas em geral, portanto exatamente por isso há o controle de constitucionalidade, para

proteger a Carta Magna. Não basta as normas constitucionais serem hierárquica e formalmente superiores às leis em geral. É necessário um instrumento para ser acionado nos casos de violação à ordem suprema do Estado. Esse instrumento é o controle de constitucionalidade.

2.2 A GUARDA DA CONSTITUIÇÃO

Se a Constituição é o documento fundamental da nação, necessária se faz a sua proteção. Dado o seu caráter supremo e destaque no topo do ordenamento jurídico, mecanismos devem ser criados para que isso seja mantido e, assim, a ordem seja preservada.

São as palavras de Luís Roberto Barroso sobre a supremacia da Constituição:

Uma das grandes descobertas do pensamento moderno foi a Constituição entendida como lei superior, vinculante até mesmo para o legislador. A supremacia da Constituição se irradia sobre todas as pessoas, públicas ou privadas, submetidas à ordem jurídica nela fundada. A Constituição, como norma fundamental do sistema jurídico, regula o modo de produção das leis e demais atos normativos e impõe balizamentos a seu conteúdo. A contrariedade a esses mandamentos deflagra os mecanismos de controle de constitucionalidade [...].

Segundo Jürgen Habermas, a concretização do direito constitucional através de um controle judicial da constitucionalidade serve, em última instância, para a clareza do direito e para a manutenção de uma ordem jurídica coerente:

Em Hans Kelsen, com sua clássica pirâmide, é fácil perceber a Constituição no topo dando significado e validade jurídica aos demais atos. Do topo da pirâmide emanam todas as regras que devem nortear o sistema jurídico. Nenhum ato inferior pode se sobrepor à Constituição.

O controle de constitucionalidade dos atos normativos surge quando se verifica que os Poderes Executivo ou Legislativo estão exorbitando no seu campo de atuação, ou infringindo as regras do Constituinte. Surge para impedir que todo ato

inconstitucional seja retirado do sistema normativo. Há várias classificações sobre o controle de Constitucionalidade. Por toda importância do direito constitucional no Brasil, pode ser afirmar que são inúmeras. As mais importantes serão abordadas a seguir.

Ensina Francisco Cabral sobre o momento em que o controle se realiza: “O controle de constitucionalidade pode ser classificado quanto à fase de sua realização e quanto à natureza do órgão que o exercita. Quando o controle se verifica na fase de elaboração do ato legislativo, o controle é prévio ou preventivo. Se ele se exerce após a promulgação, o controle é repressivo ou a posteriori. ”

2.3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

O controle de constitucionalidade no direito brasileiro constitui-se no exame de compatibilidade existente entre a lei ou ato normativo editado pelo Poder Público Legislativo ou Executivo e a Constituição Federal.

Vasco Della Giustina afirma que o controle de constitucionalidade se faz pela análise da lei ou de um ato administrativo frente à Constituição ou de algum princípio ou preceitos, afirmando-se, ou não, a possibilidade de coexistência de ambos no mesmo sistema jurídico. Isto conduz a um processo de verificação da possibilidade de conciliarem-se ambas dentro de um todo, que, como tal, deve ser harmônico e consequentemente coerente.

Neste sentido, toda a lei aprovada e sancionada pelo poder Executivo, ou até mesmo promulgada pelo Legislativo, bem como os atos normativos editados e publicados por ambos os poderes estão sujeitos ao controle de constitucionalidade, pois, caso estes não estejam de acordo com a lei maior, deverão ser excluídos do sistema jurídico, que é um todo ordenado e harmônico. A norma inconstitucional constitui-se em um corpo estranho dentro do organismo jurídico-político, e, como tal precisa ser retirado do sistema.

O sistema jurídico da Brasil parte do princípio de obediência hierárquica das normas, onde nenhuma norma infraconstitucional poderá afrontar a lei maior, neste caso a Constituição Federal. Assim pressupõe, necessariamente, a supremacia da Constituição, a existência de escalonamento normativo, ocupando a Lei Maior o ponto mais alto do sistema normativo. É nela que o legislador encontrará a forma de elaboração das leis subalternas cujo conteúdo não poderá contrariar a Constituição Federal, sob pena de abrir a possibilidade de exame constitucional da norma editada.

O controle de constitucionalidade constitui-se em mecanismo de preservação da ordem constitucional, pois a Constituição é um conjunto harmônico de normas que se manifesta a partir da unidade desse sistema normativo. A Constituição Federal, de outro lado, é a norma hierarquicamente superior no ordenamento jurídico, detendo supremacia. Esta superioridade normativa da Constituição Federal exige que todas as demais normas do ordenamento jurídico estejam em situação de compatibilidade com a Lei Maior.

José Afonso da Silva afirma que o princípio da supremacia requer todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais agora não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a Constituição. Exige mais, pois omitir a aplicação de norma constitucional, quando a Constituição assim o determina, também constitui conduta inconstitucional.

A Constituição Federal reconhece duas formas de inconstitucionalidades: a) inconstitucionalidade por ação; b) inconstitucionalidade por omissão. Ocorre a primeira quando há produção de atos legislativos que contrariem normas ou princípios constitucionais e a segunda, quando não há a ação do Legislativo ou do Executivo para produção de atos que deveriam ser tomados para aplicação das normas constitucionais (Leis Complementares).

Há três sistemas de controle de constitucionalidade: o político, o jurisdicional e o misto, sendo o primeiro caracterizado, em princípio, pelo controle prévio da constitucionalidade, ou seja, o Poder Legislativo exercendo o controle de

constitucionalidade na gestação do Projeto de Lei a fim de que este não venha nascer viciado de inconstitucionalidade, já o segundo caracteriza-se pelo controle judiciário da constitucionalidade, podendo ser difuso (declarado por qualquer tribunal ou juiz), ou concentrado (quando declarado a inconstitucionalidade pelo órgão específico para análise da constitucionalidade) e, por fim, o misto não adotado em nosso país, que se caracteriza quando a Constituição submete certas categorias de lei ao controle político e outras ao controle jurisdicional (modelo adotado pela Suíça).

Em suma a luz da Constituição vigente tem a inconstitucionalidade por ação ou por omissão, e o controle de constitucionalidade é o jurisdicional, combinando os critérios difuso e concentrado, este de competência do Supremo Tribunal Federal. Portanto temos o exercício do controle por via de exceção e por ação direta de inconstitucionalidade e ainda a ação declaratória de inconstitucionalidade. De acordo com o controle por exceção, qualquer interessado poderá suscitar a questão de inconstitucionalidade, em qualquer processo, seja de que natureza for, qualquer que seja o juízo.

Luiz Alberto Barroso defende a análise da constitucionalidade a partir do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade que adota, como regra geral, o controle judicial, cabendo aos órgãos do Poder Judiciária a palavra final e definitiva acerca da interpretação da Constituição.

No entanto, lembra o nobre jurista, que o próprio texto constitucional ou no sistema como um todo, contempla algumas hipóteses em que o Poder Executivo e o Poder Legislativo desempenham papel relevante no controle de constitucionalidade, tanto em caráter preventivo como repressivo.

CAPÍTULO 3

DO PODER DE LEGISLAR

3.1 CONCEITO

A ideia de um Parlamento como entendeu surgiu no final da Idade Média e meados da modernidade, no contexto das monarquias absolutistas, uma forma de governo em que o poder era exercido pelo Rei, dotado de poderes absolutos, daí o termo absolutismos. Contudo, veja-se:

Se é verdade que entre os Paramentos medievais e os modernos há enormes diferenças, quer se considere sua composição, seus poderes ou duração, também é verdade que, pelo menos um dos Paramentos contemporâneos, e não certamente o de menor importância, nasceu, por evolução, das instituições medievais (BOBBIO, 1998, p. 878)

Esse Parlamento a que Bobbio se refere é o Parlamento Britânico que teve um processo de ascensão a partir da Revolução Gloriosa (1688). Com a existência do Parlamento, o poder do rei começou a ficar limitado. A instituição ou aumento de tributos passou a depender da concordância com o Parlamento e com o tempo o Parlamento passou a representar também um espaço “público” de discussão. Aqui também começa a surgir o embrião da divisão dos poderes em executivo e legislativo.

3.2 PODER LEGISLATIVO NO BRASIL

Na divisão dos Poderes estabelecida pela Constituição Brasileira cabe ao Poder Legislativo, entre outras atribuições, a elaboração de leis e a fiscalização dos atos do Poder Executivo. O mais democrático e representativo dos três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), o Legislativo é formado por vereadores, deputados e senadores eleitos pelo povo.

De acordo com o artigo 44 da Constituição Federal, em nível federal, o Poder Legislativo é formado pela Câmara Federal, integrada por 513 deputados eleitos para um mandato de 4 anos; pelo Senado Federal, com 81 senadores eleitos para um mandato de 8 anos e o Tribunal de Contas da União, órgão que auxilia o Congresso Nacional nas atividades de controle e fiscalização externa.

Nos estados, o Poder Legislativo é composto pelas Assembleias Legislativas e Tribunal de Contas do Estado, e, nos municípios, pelas Câmaras Municipais e Tribunal de Contas dos Municípios.

O Poder Legislativo executa duas espécies de ações distintas entre si. As primeiras estão afetas ao exercício específico de suas funções, no caso, a formulação, a aprovação ou o veto e a publicação das regras jurídicas de sua competência. Com relação a elas, as Casas Legislativas detêm certa autonomia, na medida em que continuam vinculadas aos limites determinados pela Constituição.

3.3 PROCESSO LEGISLATIVO

A Constituição Federal traz um conjunto de normas que regulamenta a elaboração de atos normativos primários. São normas destinadas ao legislador, o qual deve seguir para a adequada produção de outras normas (fala-se em um direito público subjetivo do parlamentar a um devido processo legislativo).

Segundo o art. 59, CF, o processo legislativo compreende a formação de emendas constitucionais, leis ordinárias, leis complementares, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. O processo legislativo previsto na CF/88 é classificado como indireto, pois a produção da norma se dá através de decisões tomadas pelos representantes do povo, e não diretamente pelo povo.

A doutrina aponta três espécies de processo legislativo: ordinário, sumário e especial. O processo legislativo ordinário traz regras para a produção de lei ordinária; o processo legislativo sumário traz regras com prazos mais curtos para a produção normativa; o processo legislativo especial traz regras para as demais espécies normativas.

O processo legislativo ordinário compreende três fases: a fase introdutória, a fase constitutiva e a fase complementar. Na fase introdutória, temos a apresentação de um projeto de lei. A CF, no seu art.61, aponta os legitimados a apresentar projeto de lei: qualquer membro ou comissão da câmara, do senado ou do congresso nacional; O presidente da república, o STF e os Tribunais Superiores; o Procurador-Geral da República e os cidadãos. A regra geral é da iniciativa comum, ou seja, a legitimidade para iniciar o processo legislativo não é atribuída com exclusividade a um titular.

No entanto como exceção, a CF aponta casos de iniciativa exclusiva de um legitimado, não cabendo a outro legitimado a apresentação do projeto de lei. As hipóteses de legitimidade exclusiva são apresentadas através de rol taxativo, não cabendo interpretação extensiva. Caso um legitimado apresente o projeto de lei sobre matéria que é de competência de outro legitimado, teremos um vício de iniciativa, considerado insanável. Na fase constitutiva ocorrem a discussão, a votação, a aprovação e a sanção.

A deliberação parlamentar (discussão) do projeto de lei ocorre no Plenário e nas Comissões Permanentes. A Comissão de Constituição e Justiça irá analisar a constitucionalidade do projeto, já as Comissões Temáticas irão observar o conteúdo, emitindo parecer técnico. Em regra, a votação do projeto ocorre no Plenário de cada Casa Legislativa. Por exceção, a votação poderá ocorrer nas Comissões, se houver previsão no Regimento Interno neste sentido. O quórum mínimo para a instalação da sessão de votação é de maioria absoluta (necessária, portanto, a presença de mais da metade dos membros).

No Legislativo federal, há duas Casas legislativas, portanto, em ambas deve ocorrer a discussão e votação. O projeto discutido e aprovado em uma Casa (Casa iniciadora) seguirá para discussão e votação na outra (Casa revisora). Ao projeto inicial, a Casa revisora poderá apresentar modificações (emendas). Nesta hipótese, irá retornar para votação na Casa iniciadora apenas a parte emendada. As emendas apresentadas pela Casa revisora não poderão ser alteradas por novas emendas.

CAPÍTULO 4

ATIVISMO JUCIAL

4.1 CONCEITO

O ativismo judicial compreende-se uma escolha ou uma postura de um Juiz mais participativo na busca por uma interpretação jurídica expansiva, cuja finalidade é a de concretizar o verdadeiro valor normativo constitucional, garantindo o direito das partes de forma rápida, e atendendo às soluções dos litígios e às necessidades oriundas da lentidão ou omissão legislativa, e até mesmo executiva. Essa preponderância no exercício do magistrado justifica-se no princípio da supremacia do interesse público geral, pois a inércia deste diante da prestação estatal lenta ou omissa denega justiça à sociedade em geral.

Não se deve, entretanto, confundir o termo ativismo judicial com o instituto conhecido como judicialização, pois embora próximos, o ativismo social procura extrair ao máximo o potencial da Constituição sem, contudo, invadir o palco da criação do direito. Por sua vez, na judicialização há transferência de decisão dos poderes Executivo e Legislativo para o poder Judiciário o qual passa, normalmente, dentre temas polêmicos e controversos, a estabelecer normas de condutas a serem seguidas pelos demais poderes. Significa que, algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário.

Sobre o ativismo, Luis Roberto Barroso diz:

“A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite

que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2012, p. 6).

Vê-se, desde então, em diversas partes do mundo, a criação de várias cortes constitucionais ou supremas cortes, destacando-se em questões de grande repercussão política e social, Luiz Roberto Barroso diz:

“No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de Bush v. Gore. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por impeachment. (BARROSO, 2012).

Assim, cabe ao Juiz a tarefa de engajamento no propósito de fazer valer as disposições constitucionais, enquanto normas que são, conforme se depreende das lições de Clèmerson Merlin Clève:

[...] a Constituição, atualmente, é o grande espaço, o grande locus, onde se opera a luta jurídico-política. O processo constituinte é um processo que se desenvolve sem interrupção, inclusive após a promulgação, pelo poder constituinte, de sua obra. A luta, que se travava no seio da Assembléia Constituinte, transfere-se para o campo da prática constitucional (aplicação e interpretação). Afirmar esta ou aquela interpretação de determinado dispositivo constitucional, defender seu potencial de execução imediata ou apontar a necessidade de integração legislativa, constituem comportamentos dotados de claríssimos compromissos ideológicos que não podem sofrer desmentido.

No Brasil contemporâneo, constitui missão do operador jurídico produzir a defesa da Constituição. A Constituição brasileira, tão vilipendiada, criticada e menosprezada, merece consideração. Sim, porque aí, nesse documento mal escrito e contraditório, o jurista encontrará um reservatório impressionante de topoi argumentativos justificadores de renovada ótica jurídica e da defesa dos interesses que cumpre, para o direito alternativo, defender. (CLÈVE, apud Amaral, 2010, p. 4).

Tendo por base algumas decisões do Supremo Tribunal Federal na aplicação de interpretação favorável à proteção de direitos subjetivos inalienáveis, sem considerar as limitações orçamentárias, Gustavo Amaral assim se posicionou:

A linha dos precedentes do Supremo até agora, notadamente os da lavra do Min. Celso de Mello nos parecem, d.m.v., pecar por deixar de reconhecer o princípio do uso racional dos recursos públicos, bem como por tratar da questão como e não houvesse separação entre interpretação e aplicação, bem como sem atentar para as peculiaridades do caso. Não se está a dizer que a decisão no caso foi equivocada, mas, sim, que ao formular uma solução generalista, para a qual a questão a ser respondida é o contraste entre um direito subjetivo inalienável e um interesse financeiro subalterno, a decisão enuncia uma regra de decisão que acaba por tornar simples ou rotineira a decisão de casos até então difíceis. O Supremo Tribunal Federal falhou em separar os dois campos, da interpretação e da aplicação, acabando por enunciar um critério de direito-a-qualquer-custo. (AMARAL, 2010, p. 170-171).

O Ministro do STF Celso de Mello, em discurso proferido no Supremo Tribunal Federal, que a prática de ativismo judicial tem se dado naquela Corte moderadamente e com excepcionalidade, em casos de necessidade:

[...] práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade. (MELLO, 2012).

Mauro Cappelletti aponta como de elevada importância a contribuição dada pelos Juízes ao processo de interpretação do direito, quando, ao mesmo tempo, revelam sua capacidade criadora:

Os principais criadores do direito (...) podem ser, e frequentemente são, os juízes, pois representam a voz final da autoridade. Toda vez que interpretam um contrato, uma relação real (...) ou as garantias do processo

e da liberdade, emitem necessariamente no ordenamento jurídico partículas dum sistema de filosofia social; com essas interpretações, de fundamental importância, emprestam direção a toda atividade de criação do direito. As decisões dos tribunais sobre questões econômicas e sociais dependem da sua filosofia econômica e social, motivo pelo qual o progresso pacífico do nosso povo, no curso do século XX, dependerá em larga medida de que os juizes saibam fazer-se portadores duma moderna filosofia econômica e social, antes de que superada filosofia, por si mesma produto de conciliações superadas. (CAPPELLETTI, 1993).

Apesar do reconhecimento da importância atribuída à interpretação realizada pelos Juizes, Cappelletti não defende uma discricionariedade sem limites, como se pode depreender de outra passagem de sua obra, a seguir transcrita:

Quando se afirmar, como fizemos, que não existe clara oposição entre interpretação e criação do direito, torna-se, contudo, necessário fazer uma distinção, como dissemos acima, para evitar sérios equívocos. De fato, o reconhecimento de que é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de criatividade – ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha –, não deve ser confundido com a afirmação de total liberdade do intérprete. Discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites à liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais. (CAPPELLETTI, 1993, pp. 23-24).

Ainda com relação à rígida separação dos poderes que alguns críticos do ativismo judicial insistem em preservar, pronunciou-se o ministro do STF, Cezar Peluso, no relatório do julgamento da ADI 3367:

[...] em coerência com seus pressupostos teóricos e objetivos práticos, MONTESQUIEU jamais defendeu a ideia de uma separação absoluta e rígida entre os órgãos incumbidos de cada uma das funções estatais. Antes, chegou a fazer referência a mecanismos de relacionamento mútuo entre os poderes, a fim, precisamente, de lhes prevenir abusos no exercício. (PELUSO, 2012).

Quanto ao suposto atentado contra o primado da soberania popular, ou seja, (i)legitimidade do Poder Judiciário para decidir questões de larga repercussão política e social, a acusação reside no fato de não serem os ministros das cortes superiores, bem como os magistrados federais e estaduais, eleitos pelo voto direto para ocuparem seus cargos, além de não passarem pela periodicidade de escolha eleitoral. Mais uma vez, Luís Roberto Barroso, com lição irretocável, rebate tais argumentos:

[...] o Judiciário tem características diversas das dos outros Poderes. É que seus membros não são investidos por critérios eletivos nem por processos

majoritários. E é bom que seja assim. A maior parte dos países do mundo reserva uma parcela de poder para que seja desempenhado por agentes públicos selecionados, com base no mérito e no conhecimento específico. Idealmente preservado das paixões políticas, ao juiz cabe decidir com imparcialidade, baseado na Constituição e nas leis. Mas o poder de juízes e tribunais, como todo poder em um estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade. (BARROSO, apud Almeida, 2011).

Dessa maneira, não há como desprezar a imensa e imprescindível contribuição do Poder Judiciário para o fortalecimento da democracia, ao contrário, deve-se, sim, considerar que este Poder goza de legitimidade popular, o que se corrobora com os argumentos a seguir expostos:

A justificação filosófica para a jurisdição constitucional e para a atuação do Judiciário na vida institucional é um pouco mais sofisticada, mas ainda assim fácil de compreender. O Estado constitucional democrático, como o nome sugere, é produto de duas ideias que se acoplaram, mas não se confundem. Constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. O Estado de direito como expressão da razão. Já democracia significa soberania popular, governo do povo. O poder fundado na vontade da maioria. Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes. (BARROSO, apud Almeida, 2011).

Em palestra proferida pelo ministro do STF, Ricardo Lewandowski (LEWANDOWSKI, 2012), no 11º Congresso Goiano da Magistratura, realizado em 26/10/2012, o ministro assim se pronunciou: "O grande protagonista social do século 21 é o Poder Judiciário. Na inércia dos dois Poderes -Legislativo e Executivo -, o Judiciário vai lá e resolve".

É o caso de decisões que garantem internações, acesso a remédios, proteção dos idosos, dos adolescentes, das pessoas com deficiência", enumerou. "Grandes temas que deveriam ser solucionados pelo Congresso acabam chegando ao Judiciário. O homem comum descobriu que tem direitos e descobriu também que ele pode bater à porta do Judiciário. (LEWANDOWSKI, 2012).

CONCLUSÃO

Assim temos que é inegável que para o equilíbrio entre os poderes da República, é fundamental uma separação correta para marcar as suas atribuições, cada poder próprio potencializa suas tarefas de acordo com a Constituição Federal, apesar de que, constantemente, esta regra da carta magna não seja efetivada, fazendo com que os poderes falhem na harmonia que tanto se espera deles.

Em meio a esses atos, vale salientar a função do Poder Judiciário, é ele quem caracteriza a fiscalização do cumprimento dos mandamentos fundamentais da sociedade como um todo, especificando os conceitos constitucionais para dentro do cenário social em que vive a população, preceito esses que resguardam e regulam o funcionamento do Estado.

Desta forma, podemos evidenciar uma conduta dos membros do Poder Judiciário; O ativismo judicial, que abrange a autoridade de decisão do magistrado para proporcionar o devido cumprimento da Constituição Federal, para certificar que a norma constituída venha a ser cumprida, materializando o poder do Estado.

No entanto, esse comportamento pode oferecer riscos, quando não

empregado de forma coerente e legal, dando abertura para juízes sentenciarem quando não há no texto constitucional, norma concreta, fazendo com que o magistrado se torne por um momento o próprio Legislador, atribuição esta que não pode ser originada do Judiciário, como diz a Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

(ADC 12-MC, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 16-2-06, DJ 1º-9-06).

ALMEIDA, Vânia Hack de. Controle de constitucionalidade. 2.ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005, p. 13.

ALVES, Ricardo Luiz. Montesquieu e a teoria da tripartição dos poderes. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 386, 28 jul. 2004.

ARISTÓTELES. A Política. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

Art. 62 da Constituição brasileira.

BARROSO, 2006, p. 67.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 27.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 33.

BOBBIO, Norberto. Parlamento. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. trad. Carmen C, Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1998. Vol I.

CABRAL, Francisco. Controle de Constitucionalidade. 1. d. São Paulo: Schoba, 2009, p. 27.

Cf. Art. 37, II, segunda parte, da Constituição Federal.

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

CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1988: Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 2012.

DE ASÍS ROIG, Rafael e outros. «Los textos de las colonias de Norteamérica y las diez primeras enmiendas a la Constitución», en Historia de los Derechos Fundamentales (vol. II). Dykinson: Madrid, 2001, pp. 329-335.

DELLA GIUSTINA, 2006, p. 22.

DELLA GIUSTINA, 2006, p. 22. A imagem do corpo estranho no organismo assim aja. A eventual presença de um elemento estranho atenta contra o equilíbrio do todo. Somente com extirpação da anomalia é que se restabelecerá a perfeita sintonia. Ou seja, transpondo o paralelismo para a matéria sub examine, importa que

se verifique se uma determinada norma está ou não na linha da Constituição, se ela se adequa à mesma e se não briga com os postulados e diretrizes da Carta.

FINLEY, M. I. O Legado da Grécia: Uma Nova Avaliação. Tradução de Yvette Vieira P. de Almeida. Brasília: Ed. U.N.B., 1998, p. 49.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre faticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 302

KELSEN, Hans. O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 216.

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

MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe. Trad.: Pietro Nassetti. 2. Ed. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. São Paulo: Saraiva, 1998.

RIGAUX, François. A Lei dos Juízes. Tradução de Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 29.

SCHNEIDER, Hans Peter. Democracia y constitución. Madrid, CEC, 1991, p. 202.

SCHNEIDER, Hans Peter. Democracia y constitución. Madrid: CEC, 1991, pp. 198-199.

SECONDA, Charles-Louis de. (Montesquieu). Do Espírito das Leis. Os Pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., Livro Terceiro, especialmente em que o autor aborda a diferença entre a natureza do Governo e o seu princípio, p. 59 e no Livro décimo segundo, pp. 233-255, trata da liberdade política e sua relação com o cidadão

SILVA, 2003, p. 46

SILVA, 2003, p. 49.

SILVA, op. cit., p. 51-52

STERN, Klaus. Derecho del estado de la Republica Federal Alemana. Madrid, 1987, pp. 372-373.

Veja-se que o controle político em geral é prévio, mas há um caso, de suspensão, pelo Senado, de lei declarada inconstitucional pelo STF, conforme art. 52, X da Constituição de 1988.

WOLFF, Francis. Aristóteles e a política. São Paulo: Discurso Editorial, 1999.



PONTIFÍCA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
 PRÓ-REITORIA DE DESENVOLVIMENTO
 INSTITUCIONAL
 Av. Dom Bosco, 909 | Setor Universitário
 Caixa Postal 60 | CEP 74325-910
 Goiânia | Goiás | Brasil
 Fone: (62) 3445-2081 ou 3039 | Fax: (62) 3445-3160
 www.pucgoias.edu.br | proreitoria@pucgoias.edu.br

RESOLUÇÃO n° 038/2020 – CEPE

ANEXO I

APÊNDICE ao TCC

Termo de autorização de publicação de produção acadêmica

(O/A) estudante Márcia Gonçalves Paiva
 do Curso de Direito, matrícula 2015.2.00010196-4
 telefone: (62) 99436-2829 e-mail marciapava@gmail.com
 qualidade de titular dos direitos autorais, em conformância com a Lei nº 9.610/98 (Lei dos
 Direitos do autor), autoriza a Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC Goiás) a
 disponibilizar o Trabalho de Conclusão de Curso intitulado
Judicialização da Política Pública e
Democracia: Política da Justiça,
 gratuitamente, sem ressarcimento dos direitos autorais, por 5 (cinco) anos, conforme
 permissões do documento, em meio eletrônico, na rede mundial de computadores, no formato
 especificado (Texto (PDF); Imagem (GIF ou JPEG); Som (WAVE, MPEG, AIFF, SND);
 Vídeo (MPEG, MOV, AVI, QT); outros, específicos da área; para fins de leitura e/ou
 impressão pela internet, a título de divulgação da produção científica gerada nos cursos de
 graduação da PUC Goiás.

Goiânia, 25 de Novembro de 2020

Assinatura do(s) autor(es): Márcia Gonçalves Paiva

Nome completo do autor: Márcia Gonçalves Paiva

Assinatura do professor-orientador:

Nome completo do professor-orientador: Marcelo de Souza Costa