

ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR E TÉCNICO

FACULDADE ASCES

HUGO OLIVEIRA TORRES

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA: O ATIVISMO
JUDICIAL NO BRASIL**

Caruaru – PE

2016

HUGO OLIVEIRA TORRES

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA: O ATIVISMO
JUDICIAL NO BRASIL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Associação Caruaruense de Ensino Superior e
Técnico, para obtenção do título de Bacharel
em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Gomes Andrade

Caruaru – PE

2016

"Ninguém pode questionar seriamente que o Direito, como fenômeno social, tem conexões profundas e necessárias com os valores dominantes na sociedade em que incide."

Daniel Sarmiento

AGRADECIMENTOS

À Deus em primeiro lugar, pois sem ele essa jornada e sua tão esperada conclusão não existiriam.

Ao meu avô Leonardo Gomes (*in memoriam*), homem de muita fé, batalhador, que apesar do pouco estudo conseguiu com muita dignidade e honestidade criar sua família e educar seus filhos e netos, sempre considerando a despesa com educação um investimento e não um gasto. Apesar de sua pouca cultura acadêmica, era um autodidata, um homem que venceu as adversidades da vida e provou o quão longe pode ir um ser-humano obstinado. À você meu avô que teimou em acreditar em mim, quando quase ninguém mais o faria, essa vitória é nossa, esteja o senhor onde estiver.

Aos meus pais José Maria Florentino Torres e Tereza de Jesus Oliveira Silva, que sempre foram a base da minha educação, do meu conhecimento intelectual e que através deles passei a conhecer o mundo e a vida como esses verdadeiramente os são.

A minha madrinha Águeda Pimentel de Oliveira, pelo ombro amigo e incentivo sempre estimulante.

A meus tios Everaldo Florentino Torres e Geraldo Florentino Torres, pela cobrança, cumplicidade nos meus projetos e apoio nas horas mais difíceis.

A minhas filhas Ana Camila, Maria Cecília e Alana Carolina, por quem eu ainda tenho forças e são os motivos de seguir lutando nessa jornada tão cruel e exigente que é a vida.

A meu tio “postiço” Gileno Pimentel pelas palavras de incentivo, puxões de orelhas e amizade nas horas difíceis.

O meu professor orientador Fernando Andrade, pela paciência e confiança depositada em mim.

Aos meus inesquecíveis professores, que me estimularam a querer conhecer cada vez mais dessa ciência inexata que é o direito: Walber Agra, Edmilson Maciel, Roberta Cruz, Raimundo Juliano, Xisto Zeno, Aguielo Limeira (*in memoriam*), Saulo Miranda, Ademário Tavares, Jan Grunberg, Emerson Assis, Catarina Oliveira, Pablo Falcão, Fabiano Saraiva, Perpétua Dantas, Marcos Jordão, Gleydson Lima, Ana Maria Barros, Alexandre Costa, João Alfredo Beltrão, Ronaldo Lira, Marupiraja Ramos Ribas, Brasília Guerra, Glauco Salomão, Glauber Salomão, dentre tantos outros.

Aos colegas de Faculdade que levaremos para o resto de nossas vidas, aqui foi apenas o começo, o despertar do sonho, onde muitas boas surpresas haverá de acontecer a cada um de nós.

TORRES, Hugo Oliveira. **Judicialização da Política e Politização da Justiça: O Ativismo Judicial No Brasil**. 2016. Trabalho de Conclusão ao Curso de Direito da Associação Caruaruense de Ensino Superior e Técnico, Faculdade Asces, Caruaru, 2016.

RESUMO

Este trabalho trata-se de pesquisa bibliográfica sobre um tema relativamente novo na democracia brasileira. O ativismo judicial, a judicialização da política ou politização da justiça é um fenômeno comum a várias nações. No Brasil questiona-se a legitimidade do Poder Judiciário na resolução de questões, tendo como principal expoente o Supremo Tribunal Federal (STF). Em algumas decisões polêmicas que devido à inércia do Poder Legislativo e Executivo, recai sobre nossa Corte Suprema decisões que atingem toda a nossa sociedade. Fez-se uma leitura da evolução do Direito e do positivismo jurídico no Brasil, da expansão do Poder Judiciário após a promulgação da Constituição de 1988. Também estudamos o neoconstitucionalismo, os princípios constitucionais que embasam os fundamentos para a maioria das decisões da mais alta corte do país. Abordamos ainda o princípio da separação dos poderes, de maneira crítica e criteriosa, da democracia, da segurança jurídica, além disso, apresentaremos que este fenômeno coloca o Judiciário numa posição de protagonista de várias decisões políticas, transferindo para este poder prerrogativas que outrora pertenciam ao Legislativo ou Executivo. Também constatamos que os demais poderes, em alguns casos, delegam essa função ao Poder Judiciário, pois, não é raro ver parlamentares do Congresso Nacional ingressarem com ações e mandados no STF, a fim de garantir-lhes direitos que em sua ótica possam estar sendo tolhidos. Da mesma maneira procede a AGU em defesa da União em relação a outros poderes constituídos. Embora constatados tais eventos estes só corroboram para o entendimento desse movimento embasado no Artigo 3º da Constituição.

Palavras chave: Ativismo Judicial, Democracia, Política, Constituição, Judicialização, Neoconstitucionalismo, Separação de Poderes, Supremo Tribunal Federal.

TORRES, Hugo Oliveira. **Judicialization of Justice Policy and Politicization: Judicial Activism In Brazil**. 2016. Trabalho de Conclusão ao Curso de Direito da Associação Caruaruense de Ensino Superior e Técnico, Faculdade Asces, Caruaru, 2016.

ABSTRACT

This work is literature on a relatively new topic in Brazilian democracy. The judicial activism, the legalization of politics or politicization of justice is a phenomenon common to several nations. In Brazil questions the legitimacy of the judiciary in resolving issues, the main exponent of the Supreme Court (STF). In some controversial decisions due to the inertia of the Legislative and Executive falls on our Supreme Court decisions that affect our entire society. There was a reading of the evolution of law and legal positivism in Brazil, the expansion of the Judiciary after the promulgation of the 1988 Constitution also we studied the neoconstitutionalism, the constitutional principles that underlie the foundations for most of the high court's decision from the country. also approach the principle of separation of powers, a critical and judicious manner, democracy, legal certainty, moreover, present this phenomenon puts the judiciary in a leading role in many policy decisions, transferring to this power prerogatives that once belonged to legislative or executive. We also found that the other powers, in some cases, delegate this function to the courts, because it is not uncommon to see parliamentarians of Congress join with shares and warrants in the Supreme Court in order to guarantee them rights which in perspective may be being hampered. Similarly proceeds the AGU in Union's defense against other powers that be. Although such events observed these only corroborate the understanding of this movement grounded in Article 3 of the Constitution.

Keywords: Judicial Activism, Democracy, Politics, Constitution, Legalization, Neoconstitutionalism, Separation of Powers, the Federal Supreme Court.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....	9
1.1 CONCEITOS.....	9
1.2 ATIVISMO JUDICIAL.....	12
1.3 DIFERENÇAS ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO.....	17
2. POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA.....	19
2.1 POLITIZAÇÃO NO JUDICIÁRIO DO BRASIL.....	19
2.2 A AUTONOMIA DO PODER JUDICIÁRIO.....	23
2.3 ASPECTOS DA POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO.....	27
3. NEOCONSTITUCIONALISMO.....	28
3.1 POSITIVISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO.....	28
3.2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	32
3.3 FILTROS CONSTITUCIONAIS.....	34
3.3.1 Supremacia constitucional - rigidez (imutabilidade relativa).....	36
3.4 SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	37
3.4.1 Sistema Difuso.....	37
3.4.2 Sistema Concentrado.....	39
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	41
REFERÊNCIAS.....	42

INTRODUÇÃO

Há algum tempo em nossa democracia, questiona-se o papel do Poder Judiciário perante a resolução de algumas questões que clamam a sociedade contemporânea. Seria imperativo afirmar que caso o Poder Judiciário, se esquivasse a tais resoluções estaria a nossa sociedade a ver navios. Esperando em muitas vezes por um Legislativo retrogrado, inerte, viciado e corrompido, quando na busca de soluções para os problemas que afligem a nossa população. Ou por um Poder Executivo leniente, que só busca agigantar-se como estado e interferir cada vez mais na vida dos cidadãos.

Entretanto, questionarão outros: mas ao Poder Judiciário, cabe o poder de decisão, ao Legislativo fazer as leis e ao Executivo cumpri-las ou executá-las. Na visão histórica de Montesquieu, essa é a receita da harmonia dos poderes, do consenso tripartite, mas sabemos que em alguns casos essa harmonia é somente utópica, desejável, mas pouco exequível. E na maioria das vezes por culpa de quem detêm o poder, que emana do povo como bem diz nossa Constituição.

O processo de judicialização da política no Brasil deve ser observado sob alguns prismas. O papel do magistrado na sociedade contemporânea, onde é cada vez mais exigido de seu cumprimento jurisdicional uma resposta eficaz ao anseio do cidadão, muitas vezes garantido por lei, mas não consumado no mundo real. Desse mesmo modo, vemos o ativismo judicial vir a garantir direitos políticos a quem a ele recorre. Assim, com essa nova perspectiva, alteram-se as funções clássicas da figura do Juiz, que no caso da Suprema Corte tem assumido relevante papel nas decisões políticas da nação. Avocando para si, funções e poderes que outrora eram tidos como inerentes aos outros poderes estatais, tornando-se inclusive orientador nas ações rotineiras, tendo como objetivo resguardar a Constituição e os direitos dos cidadãos na democracia.

A denominação de Judicialização da Política, vem sobretudo da expansão das atribuições e poderes do Poder Judiciário, sobre as políticas do Legislativo e Executivo e tem conseqüentemente um efeito o qual denominamos de Politização da Justiça. Deste modo o Judiciário não deve se restringir a apenas e tão somente

garantir a aplicação da lei no caso concreto. O estereótipo do Magistrado inerte e equidistante da realidade da sociedade em que coabita não mais cabe em nossa realidade atual.

O famoso “juiz boca da lei” não é na nossa sociedade contemporânea, aceito subserviente mente pelos jurisdicionados. As ansiedades sociais da população que antes recaiam sobre o Legislativo e Executivo, que momentaneamente fracassaram em suas precípuas funções é nesse momento redirecionada para o Magistrado, ele quem detém hoje da sociedade o respeito, a confiança e as expectativas de que serão satisfeitos seus desejos mais límpidos de justiça efetiva.

Devendo-se ainda analisar com cuidado a ampliação das áreas de atuação dos tribunais, tendo como base as ações revisionais legislativas e executivas provenientes da constitucionalização de direitos e dos mecanismos *check and balances*. Tendo observado os motivos que levaram ao processo de Judicialização Política no Brasil, faz-se necessário apontar a causa e os efeitos que desembocaram num processo que por hora é sem volta.

Conceitos como Neoconstitucionalismo e democracia, devem sim andar juntos e de modo compatível com os direitos das minorias. Conforme alguns julgados recentes do STF, onde esses direitos foram respeitados e garantidos com base em nossa Constituição. Através de seu ativismo a nossa Corte Suprema, garantiu direitos aos casais homo afetivos e às mães de anencefalos a optarem pela interrupção da gravidez. Temas polêmicos e de grande repercussão internacional.

Debate-se ainda se o fenômeno da Judicialização da Política, que está intrinsecamente ligado ao ativismo judicial, não seria decorrente do modelo Constitucional adotado em nosso país. Analítica e detalhista, estando ligada à existência da Supremacia normativa. Essa realidade vem sendo apresentada principalmente pela legitimidade exercida pelo STF no controle das decisões de ordem política, tendo como exemplo concreto a edição de súmulas vinculantes.

1. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

1.1 CONCEITOS

A Judicialização da política corresponde a um fenômeno observado em vários países. Esse fenômeno, segundo estudiosos dedicados ao tema, apresenta dois componentes:

O "ativismo judicial", isto é, uma nova disposição de tribunais judiciais no sentido de expandir o escopo das questões sobre as quais os mesmos devem formar juízos jurisprudenciais (muitas dessas questões até pouco tempo ficavam reservadas as prerrogativas do Legislativo ou do Executivo); e o interesse de políticos e autoridades administrativas em adotar procedimentos semelhantes ao processo judicial e parâmetros jurisprudenciais em suas deliberações (habitualmente, o judiciário é provocado a fornecer esses paradigmas).

Por outro lado, a judicialização da política corresponde também, como é óbvio, a uma politização da justiça. Essa condição institucional de introdução da jurisdição (sobretudo a das cortes constitucionais) no processo de formulação de políticas públicas é em parte auxiliada pelas regras orgânicas dos tribunais ou do Poder judiciário como um todo. Assim, regras referentes ao recrutamento, composição, competências e procedimentos dos diversos órgãos e poderes, e especialmente do tribunal constitucional, são importantes para a judicialização da política.

Na França, por exemplo, o fato de que os nove membros da Corte Constitucional sejam nomeados, em partes iguais, pelo Presidente da República (três), pelo Presidente da Assembleia Nacional (três) e pelo Presidente do Senado (três), auxiliou na politização da justiça. Na Alemanha, a nomeação dos membros da Corte Constitucional, realizada pelo *Bundestag* e pelo *Bundesrat*, atua no mesmo sentido. O processo de recrutamento em ambos os casos é, portanto, "altamente partidário, com vinculações partidárias geralmente bem conhecidas". Nos Estados Unidos, a nomeação dos juízes é também um processo extremamente politizado,

cabendo aos presidentes republicanos e democratas o preenchimento de vagas da Suprema Corte por juízes mais "conservadores" ou mais "liberais", respectivamente.

A maioria dos estudiosos do fenômeno da judicialização e do ativismo judicial, afirmam que a judicialização é um fato, ligado umbilicalmente ao modelo constitucional adotado em nosso país, de uma constituição extensa e minimalista, incluindo-se também a constatação de ser uma Constituição recheada de termos subjetivos, o que sempre requer a posição política do Poder Judiciário, quer seja na interpretação de princípios e de conceitos subjetivos, seja no controle da Constitucionalidade das normas, ou principalmente porque em várias vezes os magistrados em suas decisões devam portar-se de maneira evidentemente política, tendo em vista as falhas no exercício das prerrogativas das funções dos Poderes Executivo e Legislativo, agindo assim o Judiciário com o papel substitutivo e sanador das ausências dos demais poderes.

Segundo Barroso¹(2008), uma das principais questões que é bastante debatida em relação a judicialização da política é em relação ao seu procedimento, na maneira de transferir dos plenários legislativos e gabinetes do executivo, que são os ambientes naturais e próprios no âmbito político, para os tribunais, fazendo uma alteração brusca na maneira e na forma de se discutir e tomar decisões políticas. Entretanto, essa mudança de paradigmas, como é a judicialização da política têm seu raio de influência ampliado, atingindo não apenas o judiciário mas também outros poderes, como por exemplo o Legislativo, que a partir daí começa a proceduralizar seus atos e decisões como nas Comissões Parlamentares de Inquérito, as famosas CPI's.

Vendo por esse prisma, esse fenômeno institucional denominado judicialização da política, têm papel preponderante em nossa jovem e combalida democracia, pois passa a modificar não apenas o poder que avoca para si a decisão competente a outro, mas além disso o formato dessa decisão é profundamente alterado em sua essência. Os parlamentares, sujeitos políticos escolhidos pelo voto direto da população, a quem cabe decidir sobre as variadas questões políticas, por meio de processo legislativo próprio, seja na criação de leis ou na revogação

¹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. 2008. 29 p. Disponível em: < <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens> > Acesso em: 07 de Outubro de 2015

dessas. Veem hoje, sua função ser diminuída, relegada ao lugar de coadjuvante, quando seus atos passam a ser convalidados ou não pelos membros do Supremo Tribunal Federal, eles que são nomeados pelo Presidente da República e sabatinados e ratificados pelo Senado Federal, porém após processo judicial próprio que leva em consideração os preceitos constitucionais vigentes em nosso país, podendo levar a modificação do que foi decidido pelos legisladores.

Dessa maneira, a suposta e tão sonhada harmonia e separação dos poderes, é violada incisivamente, pela clara transferência de poder de decisão e última palavra dos atos políticos ficar sub-rogada ao poder judiciário.

Relembrando Hans Kelsen² (2003) “não há como negar o conteúdo político das decisões proferidas pelo judiciário, por envolverem interpretação e ponderação de valores, sendo ato nitidamente valorativo.” Sendo assim, a maneira que é apresentado o controle de constitucionalidade, termina autorizando que o STF vá além do seu habitual papel que é dizer e interpretar qual o direito que se aplicará ao caso em tela, esse torna-se um co-criador do direito pátrio, uma figura *sui generis*.

Essa forma de originar o direito, através do STF, põe em dúvida o próprio regime democrático e relativiza o voto popular, pois já que o cidadão que não se sentir mais representado pelo Congresso Nacional poderá recorrer diretamente ao STF para reivindicar seus direitos.

Sendo assim, a suposta soberania popular tão defendida em nossa democracia, bem como a atuação da corte constitucional como poder limitador do estado e defensor dos preceitos constitucionais, com ênfase nos direitos fundamentais, tem sua essência transformada, quer seja pela mutação na representação da maioria e na defesa dos direitos, garantias e os crescentes interesses e reivindicações da minoria, pela primeira; e em segundo o STF que têm como primordial papel ser o guardião da nossa Constituição, acaba com sua natureza sendo modificada, quase que deixando de lado seu múnus para tornar-se um grande plenário de discussões propriamente políticas e passa a legislar usurpando a função do Congresso Nacional. Com essa junção de situações, apresenta-se um novo parâmetro no horizonte jurídico constitucional.

² KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 319 p.

Acontece que, os efeitos *erga omnes* e vinculantes das questões decididas pela nossa corte constitucional não deverão ser consideradas equivalentes aos efeitos das leis geradas no âmbito do poder legislativo. Conforme Barroso³ (2008) torna-se claro e evidente que os debates levantados acerca do tema, devem ter como principal questionamento, os efeitos sistemáticos que as decisões da nossa suprema corte alcançam, em toda sua amplitude, em comparação com a eficácia das decisões originadas pelos poderes Legislativo e Executivo impactarão na vida dos cidadãos.

Conforme mostra-se, de maneira prática e exemplificativa, os efeitos que uma decisão do Supremo que determine o imediato fornecimento de medicamentos pela administração pública aos demandantes terá um grande impacto para a referida saúde pública, comprometendo assim o seu funcionamento. Com isso, vemos que o que de certa forma possa parecer uma questão fora da realidade, é perfeitamente factível, de maneira que prevêem-se o efeito cascata na proliferação de processos judiciais ingressados através de associações ou por qualquer cidadão em busca de efeito isonômico acerca de questão semelhante. O que em tese seria uma questão individual toma uma proporção muito maior, quando julgado pela corte constitucional, seu raio de ação é maximizado drasticamente, podendo afetar sobremaneira os destinos da gestão pública e principalmente da democracia como sempre conhecemos.

1.2 ATIVISMO JUDICIAL

Geralmente não há na doutrina uma definição categórica sobre o fenômeno do ativismo judicial, há diferentes visões e pensamentos sobre este tema tão atual em nosso ordenamento jurídico.

Porém a maioria dos autores relaciona esse fenômeno ao fato de o Poder Judiciário extrapolar os limites de sua competência típica ao exercer a função jurisdicional.

³ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. 2008. 29 p. Disponível em: < <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens> > Acesso em: 07 de Outubro de 2015

Para Barroso:

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. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.⁴

O vocábulo ativismo pode ser empregado com mais de uma definição. No ambiente científico do Direito, ele é empregado para definir que o poder judiciário está agindo além dos poderes que lhe são conferidos pela ordem jurídica.

A controvérsia sobre o termo Ativismo Judicial começa quanto a sua origem e definição.

Quanto à origem, alguns autores afirmam que este fenômeno surgiu com a jurisprudência norte-americana. Luis Roberto Barroso afirma que o ativismo judicial despontou com um matiz conservador, citando como exemplo a Suprema Corte Americana que utilizou ativismo para manter a segregação racial. "Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial".⁵

Existem outros autores que declaram que o termo ativismo judicial, conquanto se refira ao meio jurídico, iniciou-se com a publicação de um artigo na revista americana Fortune, pelo jornalista americano Arthur Schlesinger⁶, numa reportagem sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos, no qual ele traçou o perfil dos nove juízes da Suprema Corte.

Contrariamente, Carlos Eduardo de Carvalho⁷ afirma que o vocábulo ativismo judicial, de acordo com investigação sobre a sua origem, foi empregado, pela

⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. In: _____ A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.1-48.

⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. In: _____ A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.1-48.

⁶ Keenan D. Kmiec, **The Origin and Current Meaning of "Judicial Activism"**, California Law Review, v. 92, n. 5, 2004, p. 1446.

⁷ CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. **O futuro da natureza do Estado Democrático de Direito. Uma reconstrução paradigmática a partir dos modelos de Estado Constitucional**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2146, 17 maio 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12906>>. Acesso em: 26 out. 2015.

primeira vez em 1916, na imprensa belga. Porém, foi consagrado nos Estados Unidos da América, em face da postura adotada pela Suprema Corte no julgamento de determinados casos, que tiveram efeitos mais abrangentes. Além do que, conforme citado, apoiado nas lições de Dierle José Coelho Nunes⁸, tal vocábulo já era utilizado e defendido desde o final do século XIX.

Esta percepção sociológico-econômica e protagonista do Juiz já era defendida por vários estruturadores da socialização processual, desde o final do século XIX, com destaque para Franz Klein⁹ (*apud* Nunes, 2009) em palestra em 1901.

Para Luis Roberto Barroso¹⁰, o ativismo judicial é uma atitude, uma escolha do magistrado no modo de interpretar as normas constitucionais, expandindo seu sentido e alcance, e normalmente está associado a uma retração do Poder Legislativo:

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.

Luis Flávio Gomes¹¹ diz “que para Arthur Schlesinger há ativismo judicial quando o juiz se considera no dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos.”

⁸ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Ativismo e protagonismo judicial em xeque. Argumentos pragmáticos.** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2106, 7 abr. 2009. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/12587> >. Acesso em: 26 out. 2015.

⁹ KLEIN, Franz. **Zeit-und Geistesströmungen im Prozesse.** Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1958.

¹⁰ BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo).** In: _____ A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.1-48.

¹¹ GOMES, Luís Flávio. **A dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito: Independência Judicial, Controle Judiciário, Legitimação da Jurisdição, Politização e Responsabilidade do Juiz.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. P.45

É preciso distinguir duas espécies de ativismo judicial: há o ativismo judicial inovador (criação, ex novo, pelo juiz de uma norma, de um direito) e há o ativismo judicial revelador (criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra lacunosa, como é o caso do art. 71 do CP, que cuida do crime continuado). Neste último caso o juiz chega a inovar o ordenamento jurídico, mas não no sentido de criar uma norma nova, sim, no sentido de complementar o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa¹².

Segundo Luis Machado Cunha (*apud* Gomes, 1997), apoiado em William Marshall, destaca quatro dimensões do ativismo e suas características:

- a) Ativismo contra majoritário – relutância dos tribunais em aceitar as decisões dos poderes democraticamente eleitos; fortalecimento da jurisdição constitucional; poder judiciário como legislador negativo;
- b) Ativismo jurisdicional – ampliação dos limites jurisdicionais do poder judiciário; correção, modificação ou complementação de leis e atos administrativos;
- c) Ativismo criativo – utilização da hermenêutica como forma de novos direitos ou afirmação jurídica de direitos morais; hermenêutica concretista e princípio da proibição da proteção insuficiente (Konrad Hesse); fundamentação em conceitos do pós-positivismo e do Neoconstitucionalismo e por fim;
- d) Ativismo remedial – imposição pelo Poder Judiciário de obrigações positivas aos poderes eleitos; determinação de políticas públicas, criação ou remodelação de órgãos, regulamentações legais etc.¹³.

Podemos considerar vários pontos da nossa Constituição e que desembocam em acalorados debates acerca dos limites do Poder Judiciário. São eles: o princípio da separação dos poderes, cada qual com seu espaço próprio mas trabalhando harmonicamente; o princípio democrático, na base do artigo da constituição que diz que todo poder emana do povo e é exercido por seus representantes eleitos; os princípios na inafastabilidade da função jurisdicional. Ou seja, a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário qualquer lesão ou ameaça ao direito. São esses três pontos estão na base do ativismo judicial.

Destacamos também a função legislativa e a jurisdicional. Existe uma clara diferença entre a função legislativa e jurisdicional. O Legislador atua voltado para o futuro. Apenas excepcionalmente atua olhando para o passado. Trabalha principalmente baseado no que poderá acontecer, previsibilidade. A lei tem âmbito universal e, por natureza, é abstrata, já que é impossível prever todas as situações

¹² Idem, *Ibidem*, p. 46

¹³ Disponível em <http://jus.com.br/artigos/19512/ativismo-judicial> Acessado em 10/08/2015.

em que a lei será aplicada. Sendo que o Magistrado atua principalmente sobre o presente ou passado, fatos ocorridos ou na iminência de ocorrer. A lei só passa a ter clareza na medida em que um preceito escrito se transforma em algo concreto. Definir, interpretar a norma significa dar sentido a ela. A norma - a maneira como a lei será aplicada - é criada pela interpretação que lhe é dada pelo juiz.

Antevendo longos e frutíferos debates sobre se o juiz deve atender à vontade do legislador ou à vontade da lei. A princípio o juiz deve fidelidade básica ao que foi definido pelo legislador. Quando assumem suas funções, os juízes prometem cumprir a Constituição e a lei. Porém há um fator complicador, de que a vida apresenta novidades que em algumas vezes escapam ao legislador. E o juiz não pode deixar de sentenciar alegando que não existe lei. Por aí há um espaço importante de criação de norma pelo juiz quando o legislador não atua.

Algumas correntes consideram superadas as doutrinas que defendem o positivismo jurídico. Mesmo assim, há um espaço de atuação do juiz, sempre submetido a um dever de fidelidade, a um conjunto normativo.

É justamente com essa visão que o espaço para ativismo judiciário tem se expandido porque nosso sistema comporta provimentos jurisdicionais de médio alcance. Nas últimas três ou quatro décadas, há todo um sistema de processo coletivo que permite ao juiz proferir sentenças com eficácia subjetiva mais ampliada, maior que no conceito tradicional de sentença.

Existem hoje dois espaços importantes para o ativismo do poder judiciário. Sendo eles: a insuficiência da atividade legislativa, que pode se dar por várias causas, uma delas porque o legislador trabalha com o futuro. E também pressupõe consensos mínimos, que no legislativo nem sempre é possível se obter com facilidade. É uma realidade internacional. O outro é que a nossa Constituição conferiu ao Judiciário mecanismos importantes para preencher esses vazios, princípios gerais, de analogia. E, a partir de 1988, o mandado de injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN), para preencher as lacunas do legislador.

O mandado de injunção é uma ação constitucional, para casos concretos, através da qual o STF informa o Legislativo sobre a ausência de normas em relação à aplicação de direitos constitucionais. Já a ADIN é uma ação para declarar inconstitucional uma lei ou parte dela. Quando o STF profere sentença declarando a inconstitucionalidade de um preceito negativo, retira a norma do mundo jurídico porém, ao mesmo tempo, reinstala um novo conjunto normativo. Por isso não se trata do chamado "legislador negativo", mas tem seu lado propositivo.

O sistema brasileiro propicia ao Poder Judiciário atividade normativa importante, que todavia não pode ultrapassar os espaços próprios estabelecidos. Devemos evitar a consideração de que é legítima a alteração da atividade legislativa, sob o argumento simplista de que o poder legislativo se omitiu em determinada situação.

1.3 Diferenças entre ativismo judicial e judicialização

A judicialização é um fenômeno complexo e possui diversos prismas. Em regra, na judicialização da política, há a 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.

“Em síntese, a judicialização da política ocorre quando questões sociais de cunho político são levadas ao Judiciário, para que ele dirima conflitos e mantenha a paz, por meio do exercício da jurisdição”¹⁴.

A judicialização da política representa um conjunto de coisas sob as quais o Judiciário, simplesmente, não possui controle. São fatores preexistentes em relação à sua atividade e atuação. São, na verdade, razões de ordem político-sociais que podem ser pensadas de diversas maneiras. A aglutinação cada vez maior de matérias judicializadas, deve-se, por exemplo, ao aumento da litigiosidade e de uma peculiaridade que pode ser observada, em maior ou menor medida, nos mais diversos países, das mais diversas origens, da Alemanha aos países do leste europeu.

Esta particularidade diz respeito a um imaginário difuso que tende a enxergar no Judiciário o lugar legítimo para se discutir questões que, antes, eram debatidas no âmbito político (Legislativo e Executivo). Muitos fatores contribuem para isso, desde o desprestígio dos agentes públicos (que cada vez mais aparecem como protagonistas de casos de corrupção), passando pelo discurso retumbante da eficácia dos direitos fundamentais e desaguando no fato de que, de forma cada vez mais evidente, “o juiz (melhor seria dizer: o Judiciário — acrescentamos) passa a ser uma referência da ação política”¹⁵.

¹⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. In: _____ A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro. Renovar. 2008. p.1-48.

¹⁵ Cf. GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas. Justiça e Democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 41.

Isso repercute em nível cultural, resultando em um interessante fenômeno de transformação em algo que podemos chamar de “semântica da política”: vale dizer, com Antoine Garapon, a judicialização passa a oferecer para a democracia um “novo vocabulário: imparcialidade, processo, transparência, contraditório, neutralidade, argumentação, etc. O juiz — e a constelação de representações que gravitam à sua volta — confere à democracia as imagens capazes de dar forma a uma nova ética da deliberação coletiva”¹⁶.

O autor francês identifica, nessa manifestação social, um tipo diverso de democracia que tende a se legitimar a partir da perspectiva de que a possibilidade de o próprio indivíduo poder buscar a tutela jurisdicional na defesa de seus interesses juridicamente protegidos representaria um tipo de democracia direta (que, pretensamente, estaria livre dos desvios éticos a que está sujeito o processo político baseado no tradicional modelo representativo de democracia). Nas palavras de Garapon:

“O debate judicial individualiza os desafios: a dimensão coletiva existe, mas de forma incidente. Visa um compromisso mais solitário do que solidário. Através dessa forma direta de democracia, o cidadão litigante tem a sensação de dominar melhor a sua representação”¹⁷.

Assim sendo, fica muito claro que a judicialização é um fenômeno que independe dos desejos ou da vontade dos membros do Poder Judiciário. A judicialização, na verdade, é um fenômeno que está envolvido por uma transformação cultural profunda pela qual passaram os países que se organizam politicamente em torno do regime democrático.

Contudo o ativismo possui uma origem completamente diferente. Este, sim, está conexo a um desejo do órgão judicial em relação à possibilidade de alteração dos contextos político-sociais. Podendo ser conservador ou progressista. No final, o resultado é o mesmo: o Judiciário age por motivos de convicção e crença pessoal do magistrado, e não em face da moralidade instituidora da comunidade política.

¹⁶ Idem, *Ibidem*, p. 42

¹⁷ GARAPON, Antoine. *op.*, cit., p. 46

Faz-se necessário e importante não confundir os fenômenos: Judicialização é uma coisa; ativismo judicial é outra. A consequência da excessiva judicialização pode ser um aumento das decisões ativistas. Mas mesmo sem judicialização, podemos ter decisões ativistas. Na origem, os fenômenos diferem. De toda maneira, o aumento da judicialização opera, como contrapartida, um aumento da responsabilidade no julgamento.

2. POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA

2.1 POLITIZAÇÃO NO JUDICIÁRIO DO BRASIL

O processo de redemocratização proposto pela Constituição Federal proporcionou a ascensão de direitos e valores fundamentais que devem ser seguidos pela sociedade: a moralidade é um exemplo. O julgamento e a responsabilização dos agentes políticos frente a atos de improbidade administrativa devem, portanto, ser realizado sem a ingerência da estrutura política nacional, e sim sob o embasamento legal. A CF/88 tangencia normas de conteúdo programáticas, ou seja, aquelas que estabelecem fins e metas que devem ser perseguidos pelo Estado. Parece-nos, portanto, mais evidente que novos limites ou contrapesos devem ser consubstanciados no nosso sistema democrático, de modo a resguardar-se contra a politização da justiça constitucional e garantir a segurança jurídica, além da moralidade administrativa e da correta gestão do dinheiro público, espécies indissociáveis do gênero probidade administrativa.

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.¹⁸

¹⁸ CF; art. 101 caput e Parágrafo Único

Desde sua fundação em 1891, o STF sempre definiu a escolha de seus ministros sob a égide política, isto é, conforme explicitado do texto extraído da constituição, cabendo ao Presidente da República esta escolha.

Vista como um mecanismo de freios e contrapesos, “*checks and balances*”, a escolha dos ministros da mais alta corte do Judiciário pelo chefe do Executivo revela a existência de uma tentativa de se equilibrar os poderes, evitando-se a superposição de um sobre os demais. Porém, o que se percebe é que o Poder Executivo revela-se como aquele detentor da maior margem de poder quando comparado aos demais. Ora nomeia os integrantes da mais alta corte do país, ora legisla ao editar medidas provisórias¹⁹ e ainda administra como função típica.

Aos contrários a essa forma de escolha argumentam que o fato de ocorrer nas decisões a politização do judiciário, ou seja, a ingerência de interesses políticos outros que não os inerentes ao processo, o aparelhamento do Estado e a partidarização do STF. A proposta de Emenda Constitucional 65/05, 29/11/2005, possui a intenção de mudança do processo. O autor do projeto de emenda à constituição, o saudoso Senador Jefferson Peres, assim dispõe a respeito da mudança.²⁰

Após mais de 25 anos desde a promulgação da Constituição de 88 se faz necessário entender vários ensinamentos fundamentais. Um deles é que, hoje, faz-se fundamental e urgente a mudança do processo de escolha dos ministros do STF, para que se assegure a independência desta Corte. Isto porque a atual sistemática de sua composição formada por membros escolhidos, todos, pelo Presidente da República, tende a obedecer exclusivamente à conveniência política desta autoridade, o que não contribui para o equilíbrio e a serenidade do órgão máximo do Poder Judiciário. Ao contrário, temos assistido a politização exagerada do STF, com o risco que isso traz para a estabilidade das instituições democráticas, da República, para o equilíbrio dos Poderes e para a própria legitimidade daquela corte.

¹⁹ “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)”

²⁰ Entrevista Revista Veja datada de 13/07/2006

De acordo com a redação da PEC que alteraria o modo de escolha dos ministros, este seria realizado de acordo com uma lista de seis nomes, realizada pelo próprio tribunal, em que a atribuição do Presidente da República seria a de não mais que a nomeação dos indicados.

O novo art. 101 da Constituição teria, portanto, a seguinte redação:

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e 35 anos e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo Único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão escolhidos e nomeados pela composição plena do Supremo Tribunal Federal, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo:

I – um terço dentre juízes dos Tribunais Federais Regionais e um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborado pelo próprio tribunal;

II – um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal e dos Territórios, alternadamente, indicados na forma do art.94.

Para alguns constitucionalistas a crítica ao modelo de escolha dos ministros é também no sentido de que esta deveria ser modificada, no Brasil, por sua história e cultura de matriz centralizadora e autoritária, o Poder Executivo é sempre preponderante. Não há equilíbrio. O Legislativo representa, majoritariamente (embora com mudanças sensíveis através do crescimento contínuo desde a década de oitenta dos partidos de esquerda), a elite econômica e tem historicamente sujeitado à vontade do Executivo, como ocorre atualmente com a aceitação das medidas provisórias, que podemos dizer, são todas, pelo menos, formalmente inconstitucionais e, em boa parte dos casos, materialmente inconstitucionais.

De certo que, na sociedade moderna, o Direito está constantemente respondendo a demandas e “irritações” do sistema político, econômico, etc.. Mas ele só pode fazê-lo a partir da operacionalização dessas irritações pelas estruturas específicas do Direito. É a Constituição, enquanto elemento de inter-relação entre o Direito e a Política, que se mostra como uma via de interpenetração e troca de prestações entre esses dois sub-sistemas sociais. Em outros termos, ao estabelecer zonas de contato entre esses sub-sistemas, a

Constituição proporciona um incremento de irritações entre a Política e o Direito.²¹

Assim, há maiores possibilidades de o sistema jurídico registrar decisões políticas em forma jurídica, ainda que também existam maiores possibilidades de a política utilizar o Direito para implementar seus objetivos. A relação entre Política e Direito deixa de ser vertical-hierárquica e passar a ser horizontal-funcional. Todavia, tais irritações advindas do sistema político devem passar pelo filtro seletivo do sistema jurídico, estruturado sob o código conforme/não-conforme o Direito.²²

Mais concretamente, o Direito não responde politicamente ao sistema político, nem economicamente ao sistema econômico. Isso representaria uma corrupção de códigos com a conseqüente “desdiferenciação” do Direito na sociedade moderna. Além disso, o sistema jurídico não tem condições de antecipar, objetivamente, as repercussões de suas decisões nos demais sistemas sociais, como a economia e política. Isto é, representa tarefa árdua precisar as conseqüências de uma decisão da Justiça constitucional no mercado financeiro e nas negociações políticas efetuadas no Congresso e no Planalto. Há, portanto, um considerável índice de incerteza e imprevisibilidade acerca das conseqüências que os sistemas sociais (Política, Economia, Direito, etc.) provocam entre si em uma sociedade complexa.²³

Assim, a Justiça constitucional exerce um controle sobre leis que veiculam políticas públicas a partir dos parâmetros constitucionais, avaliando sua conformidade ou desconformidade com essas referências do sistema jurídico. Isto decorre do dever de obediência do sistema político à Constituição. No entanto, a Justiça constitucional não adota a medida que ela reputa ser mais ajustada ao fim que o legislador pretendeu alcançar. Apenas afirma que a escolha feita por ele não é conforme as normas da Constituição, ou seja, não atua em substituição ao legislador, sob a forma de uma suplência funcional.²⁴

No caso do controle das leis orçamentárias, não só se reconhece a insuficiência das opções feitas pelo legislador, como se verifica uma efetiva alteração da lei a partir da modificação da alocação dos valores. Imagine-se como seria se, levado esse controle às últimas conseqüências, fosse franqueado a todos os juizes que exercem a jurisdição no âmbito de certo Estado modificar a lei orçamentária deste Estado para fazer frente a prestações positivas que este deveria cumprir nas áreas de saúde, educação e moradia, por exemplo.²⁵

²¹ LEITE, Glauco Salomão. **No momento, a politização da Justiça constitucional é inevitável.**

Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2006-jan-26/politizacao_justica_constitucional_inevitavel

> Acesso em: 07 de Outubro de 2015

²² Idem, ibidem.

²³ Idem, ibidem.

²⁴ Idem, ibidem.

²⁵ Idem, ibidem.

Nessas situações, percebe-se uma demasiada politização de forma que o juiz está a usurpar as funções dos outros poderes, exercendo obrigações que competem a outros atores políticos, estando o magistrado tentando preencher a eventual ausência de representatividade dos poderes executivo e legislativo hodiernamente. Dessa forma, cria-se um verdadeiro temor na sociedade, oriundo desse ativismo exacerbado, podendo surgir um “governo de toga”, fazendo com que renasçam questionamentos sobre a legitimidade do poder judiciário no estado democrático de direito.

Consideramos então, o nível de complexidade para que se estabeleçam limites acerca do poder exercido pela justiça constitucional. Principalmente em uma democracia recente como a nossa, em um país que detém uma “Constituição Cidadã” que prevê a garantia de direitos sociais básicos, e por outro lado têm um elevado índice de exclusão social, como efetivar os princípios da dignidade da pessoa humana, isso traduz um verdadeiro panorama de baixíssima efetividade dos direitos fundamentais garantidos por nossa carta magna.

Cotidianamente, a sempre citada politização é algo factível e comum, porém devemos ter em mente que o STF sempre sensível as demandas políticas, muito mais do que a magistratura comum, deverá ter sua atuação no marco jurídico. Por muitas vezes as decisões políticas são confundidas com decidir politicamente. De fato, em certas situações, verifica-se a incapacidade de o Direito, por meio da Justiça constitucional, oferecer condições reais e efetivas para a fruição dos benefícios e prestações prometidos pela Constituição e amplamente exigidos pelos indivíduos.

2.2 A AUTONOMIA DO PODER JUDICIÁRIO

A falta de autonomia do Poder Judiciário está intrinsecamente relacionada à sua politização, como ocorre da interferência nas decisões dos julgados referentes à responsabilização dos agentes políticos pelos crimes de improbidade administrativa.

Por politização do Judiciário entende-se, de maneira simples, a ingerência em assuntos próprios do Poder Judiciário não somente do Poder Executivo, quando controla a atuação dos juízes, impedindo-os de operar com imparcialidade, bem como do Legislativo ao adotar medidas sancionadas pelo tribunal politizado que comprometam igualmente a imparcialidade e independência. A politização ocorre sempre que aqueles poderes interferem nas decisões e estrutura deste. Outra definição possível ao conceito vem da omissão do Legislativo para a criação de mecanismos necessários ao cumprimento da igualdade material no acesso à justiça, favorecendo os mais privilegiados. Existe também outro entendimento válido, conforme o qual existe a politização da justiça quando o tribunal constitucional não atua como órgão jurisdicional, mas como órgão de governo. Destarte, a escolha dos ministros do STF configura a falta de autonomia deste poder e, por consequência, o fenômeno em estudo.

A politização da justiça, valendo-se da pública e notória insuficiência dos serviços judiciários, expõe-se o deficitário serviço do Poder Judiciário. O discurso verdadeiro se houvesse explicitação do pensamento dos queixosos, seria este: com que autoridade quer julgar-nos um Poder do Estado que sabidamente acoberta as mazelas de parte de seus membros? Como pode julgar-nos quem não admite nem ao menos discutir a respeito da possível existência de uma “caixa preta”, qualquer seja o significado disso, mas que, tanto quanto as de outros poderes estaria trancada a chave, encobrendo conchavos?

Ocorre que, para repetir Boaventura Santos, “a politização da justiça transforma a plácida obscuridade dos processos judiciais na trepidante ribalta mediática”. Aberta a caixa de Pandora, quem se habilita a fechá-la?

Ao iniciar essa discussão, é preciso traçar as linhas gerais sobre o que seja, e de onde venha, a ideia de que o poder deve ser exercido de forma separada e complementar. Para alguns autores, inclusive, o poder político é indivisível e deriva do Estado e do Povo. O que aconteceria na realidade é a especialização das funções entre entes diversos que, conjuntamente, exercem o poder do Estado. Esta ideia, contudo, é rechaçada por aqueles que entendem que o foco do estudo não está nem na ideia funcionalista nem na estruturalista (órgãos) do governo, e sim na sua capacidade de *imperium* sobre os indivíduos.

Ao iniciar seu trabalho sobre as leis, Montesquieu²⁶ divide os três estilos de governo em republicano, monárquico e despótico. A diferença entre eles é básica e inscrita no próprio senso comum: na república todo povo ou, ao menos, parte dele, exerce diretamente o controle do Estado; a monarquia é representada por apenas uma figura, mas regrada por leis fixas e estabelecidas; já o déspota ignora a instituição de normas e governa por seu próprio arbítrio.

Nessa análise inicial Montesquieu coloca força num poder intermediário, de contenção, ou “repositório de leis”, como um poder mediador entre a vontade do governante e o povo. Tal fenômeno inclusive é o que impede a evolução de um poder centralizado (monarquia) para um sistema despótico. Além disso, sugere a existência de primazias ou princípios aos sistemas republicanos e monárquicos, a virtude e a honra, sem os quais se descaracterizam os sistemas. São esses elementos, portanto, também freios primários do poder constituído.

A proposta de limites ao poder de comandar e coagir o cidadão está assente na teoria de Montesquieu, mas possui raízes mais profundas. Platão e Aristóteles, na Grécia antiga, Tomás de Aquino e Marsílio de Pádua, na era medieval, e mais modernamente Bodin e Locke já se ocuparam do assunto, muito embora mais especialmente o primeiro e o último foram considerados verdadeiros precursores do aristocrata francês.

Contemporaneamente, esta percepção foi trabalhada por Locke, ao desenhar uma separação entre os poderes, inspirado fortemente da Constituição inglesa. Para esse autor, existiriam o Executivo, responsável pela execução das leis, o Legislativo, expressão do povo para a criação de tais enunciados, e ainda outros dois, Confederativo e Discrecional.

Refinando este modelo, Montesquieu afirma claramente a necessidade de divisão dos poderes como forma de constituição do Estado moderno: “Há em cada Estado três espécies de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que

²⁶MONTESQUIEU. **Do Espírito das leis**. Tradução: Jean Melville. Editora Martin Claret: São Paulo, 2007.

dependem do direito das gentes, e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil.”²⁷

Montesquieu ainda compara monarquias moderadas da Europa, onde existe uma fração do poder de governo na mão do povo (justiça), com república onde não existe separação, como a Itália da época. Na sua concepção o último exemplo, apesar de dito democrático, é menos aberto que as monarquias citadas, e o governo precisa “para manter-se, de meios tão violentos quanto os dos turcos” onde “reina um horrível despotismo”.

Partindo desta visão, o poder no Estado Moderno, e particularmente no Brasil, divide-se em Legislativo (expressão máxima do poder popular, cujos representantes efetivamente criam as leis e regras que serão dirigidas a todos); Executivo (órgão responsável pela execução das leis e direção central da nação, também escolhido pelo povo), e Judiciário (repositório da legislação, com função de interprete e guardião das normas e princípios norteadores do EDD).

Mais moderno e aprofundado, o conceito dado por Canotilho pressupõe não apenas uma divisão horizontal, como a já definida acima, mas também uma separação vertical dos poderes, como princípio básico do federalismo e a separação em União, Estados e Municípios. A análise retoma a ideia funcional dos entes de governo como “complexos orgânicos” com regimes de competências definidos, estas sendo separadas e interdependentes.

Com efeito, a ideia de um perfeito equilíbrio entre o Poder Central e os periféricos está assentada na base da ideia de parlamento:

“O nascimento e desenvolvimento das instituições parlamentares dependem, portanto, de um delicado equilíbrio de forças entre o poder central e os poderes periféricos. Onde o poder central goza de uma significativa preponderância (...) as instituições parlamentares vingam mal e dificilmente prosperam. Mas tampouco na situação oposta (...) existem condições para a consolidação dos Parlamentos: falta, na verdade, um estímulo que leve as várias forças do país a se unirem de forma duradoura.”

²⁷ MONTESQUIEU. **Do Espírito das leis**. Tradução: Jean Melville. Editora Martin Claret: São Paulo, 2007.

Baseado no estudo constitucional Português, vemos que a estruturação de Montesquieu tem três esferas: plano funcional (legislativa, executiva e judiciária); b) plano institucional: existência de três órgãos constitucionais para cada uma das funções; e c) plano sociocultural: articulação de cada poder com as estruturas sociais.

2.3 ASPECTOS DA POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO

Historicamente nota-se, desde o final da 2ª Guerra Mundial, em grande parte dos países democráticos, “um avanço da Justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular”²⁸. Casos como esses acontecem com frequência ao redor do mundo. Como exemplos podemos citar: Canadá, a Suprema Corte foi provocada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes militares com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, a decisão da eleição presidencial de 2000 ficou a cargo da Suprema Corte no julgamento de George W. Bush X Al Gore. Assim como em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a constitucionalidade e sintonia com os atos internacionais que esse país é signatário, a respeito da construção de um muro na fronteira com o território palestino. Na Turquia a Suprema Corte tem sido a grande defensora da preservação de um Estado laico, contendo o possível avanço do fundamentalismo islâmico. Em alguns países como Hungria e Argentina, planos econômicos de grande impacto nacional tiveram sua validade e legalidade questionada e decidida por suas respectivas Cortes Supremas. Na Coreia do Sul, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por um processo de *impeachment*.

A politização do Judiciário - corrente expressão doutrinária, embora esta possa dar a entender que signifique conferir natureza de político a algo que não

²⁸ BARROSO, Luís Roberto - **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Em: < http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica > (Acesso em 22 agosto, 2015.)

tivesse essa natureza originariamente, o que seria um grave equívoco – possibilita a construção da Democracia, porque torna este um importante nível de acesso do cidadão às instâncias do poder. Dessa forma, possibilita-se, na sociedade plural, que grupos não possuidores de representatividade, influam nas decisões políticas. Isto não enfraquece a Democracia representativa, antes, a complementa ao contemplar os princípios democráticos.

Outra vez recorreremos aos ensinamentos de Luis Roberto Barroso:

(...) 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 juizes e tribunais, como todo poder em um estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade.²⁹

Luiz Verneck Vianna afirma que, na cena contemporânea do Ocidente, não se pode mais compreender a democracia sem levar em conta as profundas transformações por que tem passado desde o segundo pós-guerra, as relações entre os sistemas do direito e da política. Com efeito, a consagração do modelo do constitucionalismo democrático, impondo a fórmula do judicial review afetou o princípio da soberania da maioria, cujas manifestações legislativas se tornam passíveis de controle por parte do juiz nos casos em que não estão condizentes com o texto constitucional ou com os princípios que os informam.³⁰

3. NEOCONSTITUCIONALISMO

3.1 POSITIVISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO

²⁹ BARROSO, Luís Roberto - **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora** / Luís Roberto Barroso. – 7. Ed. Ver. – São Paulo : Saraiva, 2009.

³⁰ VIANNA, Luiz Verneck, prefácio à obra **A Judicialização da Política no Brasil e o TCU**, pág. 10, editora FGV

Em oposição ao modelo jurídico vigente, surge na Europa na década de 70 e 80, o movimento denominado de teoria crítica do direito. Nas palavras de Barroso "era um conjunto de movimentos e de ideias que questionam o saber jurídico tradicional na maior parte de suas premissas: cientificidade, objetividade, neutralidade e completude".³¹ Este movimento trazia como premissa recompor a ordem legal e social com base em princípios éticos e questionavam a separação entre ciência e ética, resultante do positivismo e da teoria pura do direito.

No Brasil, apesar do período autoritário, este movimento teve papel importante na redemocratização do país e, uma vez mais, recorreremos aos ensinamentos de Barroso "(...) *o pensamento crítico no país alçou voo de qualidade e prestou inestimável contribuição científica*".

O embate para ampliar o grau de conscientização dos operadores jurídicos foi desigual. Além da hegemonia quase absoluta da dogmática convencional – beneficiária da tradição e da inércia -, a teoria crítica conviveu, também, com um inimigo poderoso: a ditadura militar e seu arsenal de violência institucional, censura e dissimulação. A atitude filosófica em relação à ordem jurídica era afetada pela existência de uma legalidade paralela – dos atos institucionais e da segurança nacional – que, frequentemente transbordava para um estado de fato. Não eram tempos amenos para o pensamento de esquerda e para o questionamento das estruturas de poder político e de opressão social.³²

Com a crise do positivismo jurídico e da velha dogmática do estado legalista, no qual o direito regulava apenas as relações privadas e a persecução criminal por parte do estado, surge o estado constitucional ou Neoconstitucionalismo. Os valores da sociedade se materializam em princípios constitucionais e passam a integrar os

³¹ BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro**. (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: _____ A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro. Renovar. 2008. p.1-48

³² BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. In: _____ A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro. Renovar. 2008. p.1-48.

textos das constituições, trazendo ao sistema jurídico a aproximação do direito, da ética e da moral.

Luis Roberto Barroso aponta como marco do novo direito constitucional no Brasil a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar:

No caso Brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente no ambiente da reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado Brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito.

³³

Como o neoconstitucionalismo ou estado constitucional de direito emergiu para contrapor-se ao positivismo jurídico que não mais atendia ao ideal de justiça. Este novo modelo traz, como traço marcante, a valorização dos princípios e direitos fundamentais, os quais passam a serem materializados na constituição e vincula todo o ordenamento jurídico com a força normativa que lhes são atribuídos pela nova ordem jurídica, exigindo dos juristas uma nova forma de interpretação da Constituição e de todo o ordenamento jurídico à luz dos princípios nela contidos.

Com efeito, neste novo modelo, o constituinte opta pelas denominadas cláusulas abertas ou conceitos jurídicos indeterminados no qual os intérpretes – juízes e demais operadores jurídicos - tornam-se coparticipantes do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.³⁴

³³ BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. In: _____ A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro. Renovar. 2008. p.1-48.

³⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. In: _____ A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro. Renovar. 2008. p.1-48.

O positivismo jurídico, baseado em textos expressos e regras jurídicas formalmente incorporadas ao ordenamento, serviu de base para o liberalismo e para o totalitarismo. Porém, a doutrina já vinha observando que tal sistema já estava ultrapassado, sem atender aos anseios do mundo moderno. Este, traduzido na complexidade de novas situações, com uma heterogeneidade social, pluralismo de ideias, fez com que restasse abandonada a simples ideia de regras rígidas e mera subsunção dos fatos às normas, onde o magistrado vinculava-se totalmente à letra da lei, com a desconsideração de valores. Assim, ocorriam diversos conflitos no seio da sociedade que já não eram solucionados com a mera aplicação das normas constitucionais.

Surge, então, com o intuito de se contrapor ao modelo jurídico vigente, o movimento denominado de “teoria crítica do direito”. Barroso³⁵ já ensinava que "era um conjunto de movimentos e de ideias que questionam o saber jurídico tradicional na maior parte de suas premissas: cientificidade, objetividade, neutralidade e completude". Assim, tal movimento já objetivava a recomposição da ordem legal e social, baseando-se em princípios éticos e questionando-se a separação entre Direito e ética, resultante do positivismo e da teoria pura do direito.

Diante de tal situação e baseado na força normativa dos princípios jurídicos, o Pós-Positivismo nasce com o objetivo de quebrar a antiga ideia da dicotomia Jusnaturalismo x Positivismo, propugnando-se uma mudança no pensamento jurídico até então dominante (positivismo). Assim, contrariando-se as ideias do positivismo jurídico, o pós-positivismo afirma que as ideias inerentes a este movimento não atendem aos reclamos de um direito justo, não devendo haver uma separação total entre Direito e a Moral. Por isso, o magistrado, ao aplicar o direito, deve ter em conta tais valores.

O Pós-positivismo pressupõe uma Constituição recheada de comandos gerais, normas abertas, para que seja instrumento de ordenação e desenvolvimento da

³⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Neconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Paraná: NOTADEZ, 2005.

sociedade e não fique engessada (Constituição Aberta), com a necessidade de elaboração de uma nova Constituição a cada nova geração. Por isso, uma Constituição possui princípios gerais, abstratos, de baixa densidade normativa, enfim, apta a uma evolução conjunta com a sociedade.

No positivismo, pelo contrário, tais princípios gerais não são considerados normas jurídicas, pois possuem alto grau de abstração, sem força para obrigar. Assim, a Constituição seria apenas uma “carta de intenções”, conselhos éticos, políticos, sem poder de vinculações dos legisladores.

Assim, diante de tal situação conflitante, houve a estruturação de um sistema onde os princípios e regras, com características distintas, seriam considerados normas jurídicas, possuindo a mesma hierarquia e a mesma força vinculante e obrigatória. Por isso, princípios e regras constitucionais teriam a mesma hierarquia, com força sobre a legislação infraconstitucional. Passou-se a admitir, além da regra da subsunção, a da ponderação, para resolver os diversos conflitos existentes na sociedade.

Desperta, então, o Neoconstitucionalismo, um “constitucionalismo principialista”, com princípios constitucionais com força normativa, vinculante de todos os poderes constituídos, impondo-lhes limites como mecanismo de sua própria afirmação. Tal movimento passou a agregar ao direito, em contraposição ao positivismo puro kelseniano, com uma ligação necessária entre direito e moral, através dos princípios.

3.2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

É com base nos princípios constitucionais que os tribunais invalidam leis e atos do poder executivo, gerando a crítica ao denominado contramajoritarismo. É também em respeito aos princípios constitucionais que todos os ramos do direito devem se conformar ao texto da constituição, surgindo a filtragem constitucional ou, como alguns autores a denominam, a constitucionalização do direito. Nesse novo modelo de ordenamento com a efetivação da Jurisdição Constitucional, toda norma infraconstitucional deverá ser interpretada e aplicada à luz da constituição, não podendo afrontar normas e princípios nela previstos.

É com base em princípios e cláusulas abertas como o da dignidade da pessoa humana; moralidade, que o STF tem sido provocado para se manifestar sobre a constitucionalidade de diversos temas avaliados como polêmicos pela opinião pública, como: pesquisas com células-tronco, aborto, dentre tantos outros. É nessa interpretação, que aparece o chamado ativismo judicial que será analisado no próximo capítulo.

E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do "oba-oba". Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça -, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta "euforia" com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras "varinhas de condão": com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser.³⁶

.Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a

³⁶ SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda**. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel I(Org.) **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Coordenadores.. Rio de Janeiro. 2007. Lúmen Júris. p. 144.

separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiossincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico³⁷.

Schier também chama atenção para não se alargarem os horizontes da principiologia constitucional a ponto de se afirmar que toda e qualquer norma pode ser ponderada ou relativizada. Para o autor, essa atitude, que tem se disseminado em parte da doutrina nacional, parece ser perigosa.

Diz-se que tudo é princípio e assim busca-se forçar a possibilidade de "encontrar" colisões com vistas a relativizar certos conteúdos da Constituição. Trata-se aqui, não de uma adequada compreensão principiológica da Lei Fundamental, mas, ao contrário, de uma atitude que, levada ao extremo, pode, ao invés de contribuir com os discursos de afirmação da normatividade constitucional, negá-lo.

³⁸.

3.3 FILTROS CONSTITUCIONAIS

A filtragem constitucional impõe que toda a ordem jurídica seja interpretada à luz da constituição, em conformidade com seus princípios e direitos fundamentais, possibilitando a aplicação da Constituição diretamente ao caso concreto.

Entretanto, boa parte da doutrina tem manifestado preocupação e recomendado cautela na aplicação da constituição e, conseqüentemente, na filtragem constitucional.

³⁷ SHIER, Paulo Ricardo. **Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo**. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Org.) A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Coordenadores. Rio de Janeiro. 2007. Lúmen Júris. p. 259/260.

³⁸ SHIER, Paulo Ricardo. **Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo**. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Org.) A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Coordenadores. Rio de Janeiro. 2007. Lúmen Júris. p. 259/260

Daniel Sarmento reconhece o papel extremamente importante que a filtragem constitucional tem desempenhado nos diversos ramos do direito, impondo uma releitura dos mais importantes institutos, porém chama atenção para o que ele denomina de "Panconstitucionalização". Para o autor, a constitucionalização em excesso é antidemocrática na medida em que retira da maioria o poder de decisão.

³⁹

A finalidade precípua do Direito Constitucional é o que denominamos de "filtragem constitucional". Ou seja, toda produção legislativa do nosso ordenamento jurídico deverão ser validadas ou não após analisadas e recepcionadas pela Constituição Brasileira. É desse modo que é constatado se elas ferem ou não a constituição. A partir dessa análise é que acontece o controle de constitucionalidade, onde são observados se as leis e normas são compatíveis e recepcionadas pela Carta Magna.

Denomina-se de compatibilidade vertical, visto que é a Constituição Federal quem rege todas as outras espécies normativas de modo hierárquico, tanto do ponto de vista formal (procedimental), quanto material (conteúdo da norma).

A ideia de controle de constitucionalidade se traduz como uma revisão para melhor constatação sobre as leis e atos normativos são compatíveis com a Constituição Federal, quer seja do ponto de vista formal ou também material. Requisitos de constitucionalidade das espécies normativas:

Todas as espécies normativas prevista no artigo 59 da CRFB devem ser comparadas com determinados requisitos formais e materiais.

Requisitos formais - existem regras do processo legislativo constitucional que devem ser respeitadas, caso contrário terá como consequência a inconstitucionalidade formal da lei ou ato normativo, podendo dessa maneira acontecer um controle repressivo por parte do Poder Judiciário através do método difuso ou concentrado.

³⁹ SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda**. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel I(Org.) **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Coordenadores.. Rio de Janeiro. 2007. Lúmen Júris. p. 144.

a) Requisitos formais subjetivos - acontece na fase introdutória do processo legislativo, ou seja, quando o projeto de lei é encaminhado ao Congresso Nacional para análise, poderá ser identificado algum tipo de inobservância à Constituição Federal. Caso aconteça, configura-se o flagrante vício de inconstitucionalidade.

b) Requisitos formais objetivos - essa forma de requisito faz referência as outras duas fases do processo legislativo, a constitutiva e a complementar. Assim como na fase introdutória, nelas também poderá ser constatado a incompatibilidade com à Constituição Federal.

Requisitos materiais- o respeito a esse tipo de requisito deve ser averiguado em relação a compatibilidade do objeto da lei ou ato normativo com a Constituição Federal.

3.3.1 Supremacia constitucional - rigidez (imutabilidade relativa)

Existem casos em que a constituição é rígida e formalmente escrita, busca-se como consequência a garantia da supremacia da mesma, haja vista a exigência quando da criação de leis e atos normativos que sejam estritamente compatíveis com o que está prescrito na constituição. Assim, o controle de constitucionalidade acontece com o objetivo de barrar as possíveis espécies normativas que venham a confrontar a lei maior do país.

Há também casos em que as constituições não são escritas, nem flexíveis como é o caso da Inglaterra. Nessas condições não se prevê o controle de constitucionalidade. Em nosso país a Constituição Federal é rígida e escrita, há portanto o controle da mesma.

O controle de constitucionalidade poderá ser parcelado, em relação ao momento:

Preventivo - aquele que tem por objetivo impedir que um projeto de lei inconstitucional torne-se uma lei.

Repressivo - é utilizado quando a lei já está em vigor. Caso haja um erro do lado preventivo, pode se desfazer essa lei que passou pelos trâmites legais e evidenciou-se a ser uma lei inconstitucional.

Quanto ao órgão que exerce o controle de constitucionalidade:

Político - ato de bem governar em prol do interesse público. É a corte constitucional, não integra a estrutura do Poder Judiciário.

Jurisdicional - é exercido por um dos órgãos do Poder Judiciário. Só o juiz ou tribunal podem apreciar o controle constitucional sob o aspecto jurisdicional.

Misto - assim é definido pois pode ser exercido tanto sob o âmbito difuso quanto pelo concentrado, tanto pelo órgão jurisdicional quanto pelo político (abstrato).

Geralmente, caberá ao órgão jurisdicional o papel repressivo, já a prevenção ao órgão político, porém aos dois órgãos há exceções.

3.4 SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

3.4.1 Sistema Difuso

No Brasil o sistema é misto, isto é, difuso e concentrado. Possui sua origem do modelo americano, criado em 1803, onde possuía como premissa a decisão arbitrária e inafastável.

Baseado nessa origem, a constituição de 1891 iniciou o controle de constitucionalidade. Foi aí que qualquer juiz monocrático, ou tribunal (órgão jurisdicional colegiado), pode deixar de aplicar a norma no caso concreto, desde que alegada e fundamentada sua inconstitucionalidade.

Todo esse modelo é posto em prática no âmbito do caso concreto tendo, portanto natureza subjetiva, por envolver interesses de autor e réu. Desta feita,

permite-se a todo e qualquer juiz analisar o controle de constitucionalidade. Este por sua vez, não julga a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, apenas aprecia a questão e deixa de aplica-la por achar inconstitucional àquele caso específico que está julgando.

Exemplo: “A” entra com uma ação de pretensão contra o Estado em face de “B” de reintegração de posse, baseada em uma lei “x”, onde “B”, por sua vez entra com uma resistência alegando que aquela lei que “A” utilizou como recurso é considerada inconstitucional.

O juiz irá apreciar a questão pré-judicial, que é possessória, sem a qual não há como dá a sua sentença final. Assim, após essa fase, o juiz faz o julgamento do mérito do processo como procedente ou improcedente a ação. Caso entenda como improcedente, afasta a aplicação da lei por considerar inconstitucional no caso concreto e fundamenta a sua sentença sob a alegação de que a lei pela qual “A” utilizou não procede, a título de ser prejudicial na apreciação do mérito daquele caso específico.

Dessa forma, o juiz aplicou o Dogma da Nulidade da lei inconstitucional, a qual tem por base que, caso o juiz venha a reconhecer que uma lei é inconstitucional, não cria um novo Estado, apenas declara a inconstitucionalidade no caso concreto. A norma já é inconstitucional desde o início da sua criação e o juiz apenas irá deixar de aplica-la.

O artigo 97 da CF consagra uma cláusula chamada de cláusula de reserva de plenário, onde nela especifica que ao ser declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, esta deve ser feita através da maioria absoluta da totalidade dos membros do tribunal, sob pena de nulidade da decisão.

Deve ser observada também a regra do “Full Bench”, apenas nos casos de inconstitucionalidade da lei, onde toda vez que um tribunal observar a inconstitucionalidade da norma, se o órgão for colegiado, a decisão também será colegiada.

No sistema difuso, tanto autor quanto réu pode propor uma ação de inconstitucionalidade, pois o caso concreto é inter partes. Assim, a abrangência da

decisão que será sentenciada pelo juiz, é apenas entre as partes envolvidas no processo. Consequentemente terá efeito retroativo, pois foi aplicado o dogma da nulidade.

Há a possibilidade de que a decisão proferida em um caso concreto tenha a sua abrangência ampliada, passando a ser oponível contra todos (eficácia erga omnes). A constituição prevê que poderá o Senado Federal suspender a execução de lei (municipal, estadual ou federal), declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Tal atribuição prevista no artigo 52, X, CF, permitirá, portanto, a ampliação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade originária de casos concretos (via difusa). A suspensão da execução será procedida por meio de resolução do Senado federal, que é provocado pelo STF, cujos efeitos vincularão a todos apenas após a publicação da resolução. Nesses casos o efeito é irretroativo, pois é para terceiros.

Cabe ressaltar que o Senado Federal entra nesses casos para tornar essas decisões ex nunc, ou seja, fazer com que seus efeitos passem a valer erga omnes, a partir de sua publicação.

A interpretação conforme a constituição, é uma técnica de interpretação das leis inconstitucionais, utilizada em razão do princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos. Este princípio faz com que a declaração de inconstitucionalidade seja uma medida excepcional, pois não cabe ao juiz deixar de aplicar uma lei por mera suspeita, sem que haja robusta comprovação de sua incompatibilidade vertical.

Portanto, antes de declarar a inconstitucionalidade de uma lei, deverá o julgador aferir se existe alguma forma de interpreta-la que seja compatível com a constituição. Pra tanto deve existir o chamado “espaço de decisão”, ou seja, deve ser configurada a existência de mais de uma forma de interpretação do dispositivo legal e que uma delas seja compatível com a Carta Magna. Essa interpretação aplica-se tanto ao controle difuso, como ao concentrado.

3.4.2 Sistema Concentrado

As ações diretas no sistema concentrado tem por mérito a questão da inconstitucionalidade das leis ou atos normativos federais e estaduais.

Não se discute nenhum interesse subjetivo, por não haver partes (autor e réu) envolvidas no processo. Logo, ao contrário do sistema difuso, o sistema concentrado possui natureza objetiva, com interesse maior de propor uma ADIN para discutir se uma lei é ou não inconstitucional e na manutenção da supremacia constitucional.

Sabe-se que o Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário e o guardião da Constituição Federal, e o Superior Tribunal de Justiça é o guardião da Constituição Estadual, assim cada um julga a ADIN dentro do seu âmbito. Se houver violação da CF e CE, respectivamente, quem irá julgar é o STF e o STJ.

Só se propõe a inconstitucionalidade, quem tiver legitimidade para isso (art. 103, CF), quando a lei ou ato normativo violar diretamente a Constituição Federal, ou Estadual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para fazermos o presente trabalho, fomos instigados a esmiuçá-lo através da pesquisa bibliográfica, apesar do tema ser relativamente novo e com uma nomenclatura estranha, existe farto material acerca da excessiva Judicialização da política no Brasil, a corte suprema de nosso país, o Supremo Tribunal Federal é levado cada dia mais a decidir, na maioria das vezes de maneira interventiva nas questões políticas nacionais.

Esse fenômeno se dá em sua maioria pela inércia do nosso Congresso Nacional e também pelo não entendimento e falta de diálogo interno por parte dos parlamentares. O que acontece de maneira crescente, é que o Poder Judiciário é instado a resolver questões internas ou de competência de nossos legisladores, dando muitas vezes a entender que a função do legislativo está sendo usurpada por

O executivo também não fica de fora desse imbróglio e muitas vezes envia leis ou edita medidas provisórias que acabam sendo objeto de contestação no STF a respeito da sua constitucionalidade ou não.

A politização do Judiciário acontece de modo sutil e menos ostensivo que a Judicialização da política, verificamos que ele se dá na maioria das vezes quando Ministros de Tribunais superiores ou da Corte Suprema emitem opinião política em temas ainda não submetidos a apreciação do Poder Judiciário, ou que pior estão sob análise e requerem a natural discricção inerente a todo magistrado, principalmente sobre temas que estarão sob seu julgamento. Como também a composição dos Tribunais, todos eles hoje passam por um processo e seleção muito mais político do que técnico, haja vista a nomeação de alguns membros de tribunais superiores e mais evidentemente do STF.

No que tange ao ativismo judicial, o que constatamos, além da inércia do poder legislativo, é uma maior busca por parte da sociedade como um todo pela prestação jurisdicional e onde muitas vezes o legislador se omite ou é confuso em determinados temas, o Juiz é chamado a decidir com base nos princípios constitucionais e em sua livre convicção, que são subjetivos e varia de magistrado para magistrado.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** 2008. 29 p. Disponível em: < <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens> > Acesso em: 07 de Outubro de 2015

Keenan D. Kmiec, **The Origin and Current Meaning of "Judicial Activism"**, California Law Review, v. 92, n. 5, 2004, p. 1446.

CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. **O futuro da natureza do Estado Democrático de Direito. Uma reconstrução paradigmática a partir dos modelos de Estado Constitucional.** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2146, 17 maio 2009. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/12906> >. Acesso em: 26 out. 2015.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Ativismo e protagonismo judicial em xeque. Argumentos pragmáticos.** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2106, 7 abr. 2009. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/12587> >. Acesso em: 26 out. 2015.

KLEIN, Franz. **Zeit-und Geistesströmungen im Prozesse.** Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1958.

GOMES, Luís Flávio. **A dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito: Independência Judicial, Controle Judiciário, Legitimação da Jurisdição, Politização e Responsabilidade do Juiz.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. P.45

Cf. GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas. Justiça e Democracia.** Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 41.

LEITE, Glauco Salomão. **No momento, a politização da Justiça constitucional é inevitável.** Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2006-jan-26/politizacao_justica_constitucional_inevitavel > Acesso em: 07 de Outubro de 2015

MONTESQUIEU. **Do Espírito das leis.** Tradução: Jean Melville. Editora Martin Claret: São Paulo, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Paraná: NOTADEZ, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. In: _____ A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.1-48.

Cf. GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas. Justiça e Democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 41. Idem, Ibidem, p. 42 GARAPON, Antoine. op., cit., p. 46.

CF; art. 101 caput e Parágrafo Único.

Entrevista datada de 13/07/2006.

BARROSO, Luís Roberto - **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora** / Luís Roberto Barroso. – 7. Ed. Ver. – São Paulo: Saraiva, 2009.

VIANNA, Luiz Verneck, prefácio à obra **A Judicialização da Política no Brasil e o TCU**, pág. 10, Editora FGV.

SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda**. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel I(Org.) **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Coordenadores. Rio de Janeiro. 2007. Lúmen Júris. p. 144.

SHIER, Paulo Ricardo. **Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo**. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Org.) **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Coordenadores. Rio de Janeiro. 2007. Lúmen Júris. p. 259/260.

GOMES, Luiz Flávio. Artigo disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>