



Anderson Wilson Sampaio Santos

POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao Grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas / Menção em Direito Constitucional, sob orientação da Professora Doutora Maria Benedira Urbano

2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ANDERSON WILSON SAMPAIO SANTOS

POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

POLITICIZATION OF JUSTICE AND JUDICIALIZATION OF POLITICS

*Dissertação de Mestrado na Área de
Especialização em Ciências Jurídico-Políticas
/Menção em Direito Constitucional, apresentada
à Faculdade de Direito da Universidade de
Coimbra*

*Orientadora: Professora Doutora Maria Benedita
Urbano*

Coimbra, 2017

Bem-Aventurada Virgem de Fátima,
com renovada gratidão pela tua presença materna
unimos a nossa voz à de todas as gerações
que te dizem bem-aventurada.

Celebramos em ti as grandes obras de Deus,
que nunca se cansa de se inclinar com misericórdia sobre a humanidade,
atormentada pelo mal e ferida pelo pecado,
para a guiar e salvar.

Acolhe com benevolência de Mãe
o acto de entrega que hoje fazemos com confiança,
diante desta tua imagem a nós tão querida.

Temos a certeza que cada um de nós é precioso aos teus olhos
e que nada te é desconhecido de tudo o que habita os nossos corações.
Deixamo-nos alcançar pelo teu olhar dulcíssimo
e recebemos a carícia confortadora do teu sorriso.

Guarda a nossa vida entre os teus braços:
abençoe e fortalece qualquer desejo de bem;
reacende e alimenta a fé;
ampara e ilumina a esperança;
suscita e anima a caridade;
guia todos nós no caminho da santidade.

Ensina-nos o teu mesmo amor de predilecção
pelos pequeninos e pelos pobres,
pelos excluídos e sofredores,
pelos pecadores e os desorientados;
reúne todos sob a tua protecção
e recomenda todos ao teu dilecto Filho, nosso Senhor Jesus.

Amém.

PAPA FRANCISCO
Ato de Consagração a Nossa Senhora de Fátima

Combati o bom combate, acabei a carreira, guardei a fé.
(Timóteo 4:7)

AGRADECIMENTOS

Sobre sonhos e gratidão!

Com muito esforço talvez eu consiga resumir tudo o que estou sentindo e todas as lembranças que farei questão de carregar desta minha experiência maravilhosa com o Mestrado na Universidade de Coimbra.

Imaginem um garoto da zona rural de uma cidade do interior da Paraíba, a minha Campina Grande, um menino carregando sonhos dentro de si. Quando criança, eu me recordo que sair do Brasil significava uma verdadeira utopia, coisa de televisão. Todavia, eu nunca duvidei de que eu poderia ir além. Foi aos trancos e barrancos que aquele menino da zona rural atravessou a porteira e conseguiu adentrar em uma das instituições de direito mais respeitadas do mundo, a Faculdade de Direito de Coimbra.

A grande maioria dos alunos que fazem graduação na universidade pública sonham em estudar fora do Brasil. Para uns é um sonho muito distante e, no meu caso, eu era o primeiro de família numerosa a se formar em uma universidade pública e o segundo a ter um curso superior. Estudei, batalhei muito e consegui. Hoje o meu coração transborda de gratidão e por mais que eu passasse a vida agradecendo será insuficiente. Começo a agradecer...

Deus, tu fostes o meu refúgio nos momentos de desespero e aflição. És a minha fonte de alegria, sabedoria, amor e gratidão. De ti eu recebi tantos milagres em minha vida, mesmo sem ser merecedor de nenhum deles. Ao meu Deus eu peço tão somente que me mantenha em seus caminhos, sendo fiel as suas vontades.

A Nossa Senhora de Fátima que tem minha devoção desde criança, e assim me protege, me guarda e me ilumina. Certo de que roga poderosa e continuamente em meu favor ao Pai, só tenho a te agradecer.

Aos meus Pais, Wilson e Andreia, meus irmãos, Alberdan e Ayron, sobrinhos, Lara e Bernardo, e cunhadas, Jainy e (em constante alteração), pela força e por acreditarem sempre em mim.

Aos meus avôs, Maria, Abiel, Conceição e Francisco, pela inspiração constante com seus exemplos de vida.

Aos meus tios e tias, que deixarei de citar em virtude da quantidade (24), e meus primos da mesma forma (30), pelo carinho.

Aos meus mestres do Brasil que me acompanharam por toda graduação e me permitiram chegar a Coimbra, em especial, a Ludmila Felix, Maria Cezilene, Milena Melo, Luciano, Harrisson Targino, Laplace Guedes e Fabio José, pela paciência, persistência e pelo aprendizado.

Aos meus mestres de Portugal, que além de realizarem mais um sonho que era de poder ter aulas com aqueles que já me acompanhavam na graduação através de suas obras, em especial, a Doutora Suzana Tavares, que me apresentou novos horizontes acadêmicos, e a Doutora Benedita Urbano por ter me fascinado quando aluno da disciplina Direito Constitucional e, posteriormente, por ter me aceito como orientando, pela sua espetacular competência acadêmica ao me ajudar na condução dessa dissertação.

Aos irmãos e irmãs que Coimbra me deu, Franco, Bernardo, Lucas, Camila Oliveira, Camila Carvalho, Denise e Rodrigo. Pela acolhida, cuidado, parceria, irmandade e pela nova vida que me ensinaram a ter.

A Tovar e Bárbara, grandes amigos que me apoiaram na difícil decisão de sair da zona de conforto e ir para o desconhecido exterior desbravar novos caminhos.

A Universidade de Coimbra, por sua magia que nos faz viver experiências únicas que extrapolam o meio acadêmico.

A Coimbra e Portugal, que resumo com uma frase de autoria desconhecida “Amo-te com a força de quem não quer te ver partir”

RESUMO

Em tempos de constantes e importantes demandas, principalmente das esferas políticas, económicas e sociais levadas ao Judiciário, nos deparamos com, no mínimo, três possíveis situações: a primeira, onde o Judiciário se posiciona estritamente quanto aos aspetos jurídicos da demanda; a segunda, quando o posicionamento extrapola os aspetos jurídicos apresentando uma postura ativista ou judicialista; e o terceiro, quando ao posicionamento do Judiciário frente a essas demandas que se embasam no sentido de não extrapolar seus limites constitucionais, respeitando a independência e soberania dos poderes, porém sem que esta seja uma postura presa a interpretação da lei, uma postura autocontida. A problemática central dessa dissertação reside em verificar as relações entre os poderes, que fazem com que o Judiciário esteja maioritariamente voltado a se posicionar de forma ativista e judicialista, em outras palavras, o estudo da judicialização da política e da politização da justiça. Observamos que essa postura não está intrinsecamente ligada à vontade do Judiciário agir de tal forma, mas também se relaciona tanto na interferência que o Executivo e o Legislativo fazem historicamente no Judiciário, quanto na própria incompetência em cumprir seus papéis constitucionais com plenitude.

Palavras-chave: Ativismo Judicial, judicialização da política, politização da justiça, judiciário, autocontida.

ABSTRACT

In times of constant and important demands, mainly in the ones of political, social and economic fields, which are taken to the judicial power, we encounter, at least, three possible situations: the first one, in which the judicial power positions itself for the jurisdictional aspects of demand; the second, when its position extrapolates the jurisdictional aspects by assuming an activist or justiciary position; and, the third one, when the posture of the judicial power related to these demands is based on not extrapolating its constitutional limits, respecting the independence and sovereignty of the three powers, but without a stance attached to the mere interpretation of the law, a self-contained stance. The main question of this dissertation is grounded to verify the relation between the three powers, which make the judiciary overwhelmingly directed to position itself as in the second, namely, in an activist and judicialist manner. In other words, the study of the judicialization, Politics and the politicization of justice. We observed that this posture is not intrinsically affined to the will of the judiciary power. Act in such way, is related to the interference that the executive and the legislative power historically make in the judiciary and also in their own incompetence in fulfilling their constitutional roles in a fullest way.

Key words: Judicial activism, judicialization of politics, politicization of justice, judiciary, self-contained.

SIGLAS E ABREVIATURAS

ABRAT - Associação Brasileira dos Advogados Trabalhistas

AC – Apelação cível

ADC – Ação declaratória de constitucionalidade

ADIn – Ação direta de inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de descumprimento de preceito fundamental

AI – Agravo de instrumento

AI-5 – Ato institucional número 5

AJUFE - Associação dos Juízes Federais do Brasil

AJURIS - Associação dos Juízes do Estado do Rio Grande do Sul

AMB - Associação dos Magistrados Brasileiros

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito

DF – Distrito Federal

DPVAT – Seguro de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres

HC- Habeas Corpus

ICMS – Imposto Sobre Circulação De Mercadorias E Serviços

MI – Mandado de injunção

MS – Mandado de segurança

MT – Mato Grosso (estado da federação)

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

PA- Pará (estado da federação)

PC do B – Partido Comunista do Brasil

PDS – Partido Democrático Social

PDT – Partido Democrático Trabalhista

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TCU – Tribunal de Contas da União

TJ/AM – Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas

TJ/SC – Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

TJ/SP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

TRE – Tribunal Regional Eleitoral

TRF – Tribunal Regional Federal

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

TST – Tribunal Superior do Trabalho

UERJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro

vol. – Volume

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1 - O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO	15
1.1- O princípio atendendo à concepção original	25
1.2 - A teoria e a prática da separação de poderes	26
CAPÍTULO 2 - A EXPANSÃO DO PODER JUDICIAL: A ERA DOS TRIBUNAIS	31
CAPÍTULO 3 - A COMPOSIÇÃO E FORMAÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E CORTES DE CONTAS COMO FATOR DE RELEVÂNCIA TANTO PARA POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO COMO PARA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	40
3.1 - Modelo alemão	43
3.2 - Modelo austríaco	44
3.3- Modelo espanhol	44
3.4- Modelo italiano.....	45
3.5- Modelo francês	45
3.6- Modelo canadense	46
3.7- Modelo português	46
3.8- Modelo Brasileiro	46
CAPÍTULO 4 - ATIVISMO COMO FORMA DE LEGISLAR	51
4.1-As principais diferenças existentes entre o ativismo judicial, juridicização e judicialização da política	54
4.2 – A expansão do Poder Judicial e as garantias constitucionais	57
CAPÍTULO 5 - POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	60
5.1- O processo de judicialização das eleições	64
5.2- A presença do Judiciário em atos exclusivamente legislativos e do poder Executivo	69
5.2.1 – A ADIn 3.510 trata das pesquisas com células tronco	70
5.2.2- Resolução nº 7, de 2005, do CNJ, que trata sobre nepotismo no poder Judiciário ...	70
5.2.3- Súmula vinculante nº 11 que se refere ao o uso de algemas	72
5.2.4 - MS 37.485/DF sobre a quebra de sigilo telefônico por CPI.....	73
5.2.5- Lei da ficha limpa.....	74
5.2.6 - ADIn 4.277 e ADPF 132 sobre a união homoafetiva.....	75
5.2.7 - ADPF 54 sobre o aborto de anencéfalos	75
5.2.8 - HC 124306 sobre o aborto.....	76

5.2.9- MI 670/ES, MI 708/DF e MI 712/PA sobre o direito de greve para o setor públicoRe	77
5.2.10 - ADPF 378 sobre o rito do processo de impeachment	78
5.2.11- MS34.087, abertura de processo de impeachment do vice Presidente Michel Temer	79
5.2.12- AC 4.079, que versa sobre o afastamento do mandato do Presidente da Câmara Federal Eduardo Cunha	80
5.2.13- ADI 4983, sobre a proibição das vaquejadas	83
5.2.14- ADPF 402, sobre o afastamento do Presidente do Senado	83
5.3 - A necessidade de autocontenção do Judiciário frente aos outros poderes	85
CAPÍTULO 6 - TEORIA DA ÚLTIMA PALAVRA X TEORIA DO DIÁLOGO	87
CONCLUSÃO	96
BIBLIOGRAFIA	98
LEGISLAÇÃO CONSULTADA	102
JURISPRUDÊNCIA	103
OUTROS	104

INTRODUÇÃO

O atual sistema de repartição do poder¹ é adotado em praticamente todas as democracias ao redor do globo e se encontra fadado à instabilidade cíclica e ao seu colapso.

É possível observar ao longo da história, através de diversos estudos e acontecimentos práticos que vão desde o crescimento de modelos de governos extremistas como o fortalecimento de monarquias, que uma evidência pode ser constatada praticamente pela unanimidade dos estudiosos. Os sistemas parlamentaristas ainda conseguem sentir em menor intensidade esses efeitos por uma maior representatividade, pela sua capacidade mais ampla de apresentar quadros renovadores em momentos de instabilidades políticas ou por quaisquer outros fatores que não serão objeto deste estudo.

A doutrina maioritária consagra a necessidade de um Judiciário forte, com competência para equilibrar a balança dos poderes e com poderes para sanar falhas e/ou vícios de outros poderes, mas ainda reconhecem o respaldo para fazer o controle de constitucionalidade e para decidirem em matérias com repercussões para além da jurídica².

Por discordarmos dessa corrente maioritária, tentaremos demonstrar neste estudo a grave crise de instabilidade institucional que vivemos no Brasil e relacioná-la com aspetos de crises em outras nações com sistemas semelhantes. Esforçaremos-nos para fazer compreender que essa crise não é atual e o que existia até então era uma verdadeira cortina de hipocrisia que deixava os poderes, apesar de momentâneos desgastes entre eles, com uma imagem de normalidade tanto democrática como de governança interna.

Não existe um entendimento embasado de que o Poder Judiciário merece ser extinto, apenas que seja encontrada uma solução para a falta de legitimidade democrática dele e que haja uma autocontenção em suas posturas, bem como limitando a área de atuação de forma a marcar uma linha ténue e cristalina de separação entre o que é jurídico e o que

¹ Nos referimos à *Teoria dos Três Poderes* que vem sendo afrontada diuturnamente em nosso ordenamento jurídico, baseado na obra “*Del L’ Esprit des Lois*” datada em 1748 com autoria de Montesquieu, em que compreendia, já como hoje, os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, harmônicos e independentes entre si, com atribuições diversas e inconfundíveis. É importante destacar que a teoria dos poderes é um dos princípios fundamentais da democracia moderna.

² O Poder Judiciário está fundamentalmente voltado para promover a administração da justiça mediante a aplicação das leis às hipóteses de conflitos de interesses, buscando a sua composição.

são direitos fundamentais, sociais, políticos, económicos e afins, que devam ser salvaguardados por mecanismos de proteção de outros poderes.³

No primeiro capítulo, buscamos reforçar nossas bases sobre a teoria da separação dos poderes, de modo que seja possível fazer perceber a dificuldade que existe na adoção da teoria em aspetos práticos no Estado. Com isso observar que a forma como a Constituição Federal do Brasil de 1988 se posicionou ao abraçar diversos direitos que deveriam ter garantias constitucionais, permitindo que a competência e a responsabilidade do Judiciário fosse alargada. O Judiciário, por sua vez não satisfeito, busca constantemente um alargamento, ainda que supralegal, maior.

Nesse sentido abre-se a colocação de Alexandre de Moraes que faz um apanhado da incontestável separação dos poderes, desde o reconhecimento por Aristoteles em sua obra “Politica”, quando mesmo sem formular teoria alguma admite o Estado com três funções distintas a executiva com o poder de policia do Estado, a federativa que seria o poder de diplomacia do Estado e uma ultima com o poder de aplicar a justiça.⁴

Dando sequencia Moraes atribui a fundamentação do principio da separação dos poderes como nos conhecemos hoje, que foi consagrada na 16ª Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, datada de 1789, e que se encontra hoje prevista em nosso texto constitucional a Montesquieu em em sua obra “*O Espírito das Leis*”.⁵

O segundo capítulo irá apresentar a expansão do Poder Judiciário, formando o entendimento de que a composição das Cortes Superiores possui total influência no movimento que é o tema central desse estudo, bem como abordando essa composição em termos de direito comparado com outros países. Ao final deste capítulo se traz o contexto apresentado até então leva a entender que o Judiciário utiliza de uma postura ativista para suprir uma lacuna deixada pelo Legislativo e com isso acaba por legislar em lugar deste.

Talvez pela forma como esta seja abordada pela mídia ou pelos estudiosos de outras áreas, a distinção entre ativismo e judicialização da política apesar de simples, se torna difícil. Inclusive, no final do segundo capítulo, no qual iremos tratar de diferenciá-las restando um espaço para uma avaliação da postura ativista e a contínua expansão do Judiciário que afeta de forma incisiva as garantias constitucionais.

³ Entendemos que o que leva ao fenômeno abortado nesta dissertação da judicialização da politica e politização da justiça é causado por um conglomerado de fatores, a falta de legitimidade democrática e a não autocontenção do juriciario são apenas exemplos de tais fatores.

⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 285.

⁵ *Idem*

Durante todo o trabalho vamos destacar a correlação existente entre a politização da justiça e a judicialização da política, abordando os pontos que tornam ambas as situações concorrentes e dependentes uma da outra. Iniciaremos o terceiro capítulo dando ênfase maior a esse debate, fazendo referências a casos brasileiros em que existe incidência dessas interferências entre os poderes.

Tudo o que será estudado reforçará o entendimento acerca da necessidade de se adotar uma postura mais autocontida do Judiciário face a decisões que de alguma forma causarão ou poderão causar interferências em competências de outros poderes, será apreciado ainda no terceiro capítulo desse trabalho.

Durante todo o trabalho buscaremos ao máximo aproximar a teoria da prática, sempre contextualizando com a análise de casos concretos, por entendermos que o acadêmico deve, sem perder a qualidade, buscar cada vez mais ser o amparo para quem procure em seu seio respostas para problemas cotidianos e sociais, e como essas respostas são procuradas, em regra, por vetores externos ao meio jurídico e acadêmico a contextualização com casos práticos tende a facilitar o entendimento.

Outro ponto fascinante na construção deste trabalho foi a sua constante atualização, decorrentes da influência do cenário político/jurídico atual que diariamente apresenta novos elementos que embasam e sustentam vários pontos deste trabalho.

CAPÍTULO 1 - O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

O primeiro a conceituar a separação dos poderes foi Aristóteles, que, à época, já entendia que atribuir poderes a um único indivíduo era, de certa forma, perigoso e injusto. Posteriormente, Maquiavel, em sua obra “*O Príncipe*”, elencou os três poderes distintos na França - o Poder Legislativo, representado pelo Parlamento, o Executivo, representado pelo rei e o Judiciário autônomo.

Percebe-se, segundo o entendimento de Dalmo Abreu Dallari que Maquiavel exalta essa organização porque concedia autonomia ao rei. Agindo por si mesmo, o Judiciário poderia acolher os mais limitados, padecentes de cobiças e das insolências dos célebres, poupando o monarca da incubencia de imiscuir nas disputas e de, em consequência, enfrentar o aborrecimento dos que não tivessem suas razões acolhidas.⁶

Já no século XVII surge a chamada *Revolução Gloriosa*, que acarretou a assinatura do “*Bill of Rights*”, declaração que limitava os poderes do monarca. Como exemplo, o rei ficava impedido de revogar as leis elaboradas pelo parlamento ou de impedir a execução das mesmas, além de proibir as penas cruéis e incomuns.

Acerca disso, Dalmo de Abreu Dallari assegura que essa declaração tornou-se inspiração para a edição de leis equivalentes nas colônias inglesas da América do Norte, tendo como fruto a aprovação de um agrupamento de dez emendas que foram incorporadas à Constituição dos Estados Unidos da América. Tal providência atribuiu uma superior valência às garantias de independência e dos demais direitos fundamentais.⁷

Continuando no meio da revolução gloriosa, a obra “*Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*” de John Locke faz referência a dois poderes, tendo ele indiciado que o Poder Legislativo e o Executivo que apresentava uma divisão interna originando o Federativo tinha a incubencia de exercer as funções do governo. Considerando que o Legislativo deveria ser superior aos outros, o Executivo aplicar as leis e ao Poder Federativo, caberia o cuidado

⁶DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 31ª edição, São Paulo. Editora Saraiva, 2012, p.216.

⁷DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 31ª edição, São Paulo. Editora Saraiva, 2012, p.205.

pertinente as relações internacionais do governo, sendo impossível que o Legislativo e o Executivo fossem desenvolvidos pela mesma pessoa.⁸

Posteriormente, Montesquieu teve a ideia de dividir os poderes em Executivo (do Estado), no qual o rei poderia vetar qualquer decisão parlamentar visando a proteção aos direitos da população; Poder Legislativo, com competência para criar as leis e o Poder Executivo, que hoje é conhecido como Judiciário e que à época era responsável por julgar os indivíduos que cometiam algum crime.

É importante destacar que não com a mesma conjectura de Montesquieu, mas tratando da mesma abordagem, outros estudiosos preliminares, como por exemplo, Aristoteles⁹ já asseveravam o perigo e até mesmo a injustiça da superconcentração de poderes nas mãos de uma única pessoa, conforme visto anteriormente.

Ademais, acompanhando o que pode-se chamar de linha evolutiva do princípio da separação dos poderes, lastreado no estudo de Dallari¹⁰, observamos que, principalmente após o ano de 1324 com o surgimento da obra “*Defensor Pacis*” de Marsílio de Pádua, ocorre uma distinção ainda bastante confusa entre o Legislativo e o Executivo, o primeiro sendo representado pelo povo e o segundo pelo príncipe.

Não nos comparando a Maquiável, mas apenas assemelhando a sua forma de estudar política conforme desenvolve-se nessa investigação, baseada nos fatos tais como são e não em fatos ideais como deveria ser naquela época, o autor formou seu entendimento acompanhando de perto as diversas disputas políticas entre os reinos da Península Itálica.

Desta feita, foi através dessa preocupação que Maquiável continuou revolucionando o estudo de Democracia, Estado e Governo com amplitude de visão através de sua obra “*O Príncipe*”, datada do século XVI, França tinha três poderes bem distintos - o Executivo, representado na figura do Rei, o Legislativo, através do parlamento e, ainda, um poder jurídico independente.

Diferente da visão acolhida pelo ora investigador, Maquiável enxergava essa repartição não como uma retirada de poderes do rei, mas sim como uma garantia, possibilitando que outro poder pudesse vir a ser responsável pela função de decisão entre

⁸ LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil e Outros Escritos*: Ensaio Sobre a Origem, os Limites e os Verdadeiros fins do Governo Civil, 2ª Edição, São Paulo, Editora Vozes, 1999.

⁹ ARISTÓTELES, A Política, Livro III, Cap. XI Trad.: Roberto Leal Ferreira, 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

¹⁰DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 31ª edição, São Paulo. Editora Saraiva, 2012.

duas partes onde uma sempre sairia desagradada, ou seja, afastar do rei o desgaste de ter que deliberar em assuntos privados e/ou que de alguma forma forçaria o príncipe a escolher uma parte em detrimento de outra¹¹.

Volta-se a Montesquieu para compreender a separação dos poderes na Inglaterra do século XVII como instrumento garantidor da liberdade individual, intrinsecamente associada à ideia de *rule of law* podemos considerá-la, como faz a maioria dos estudiosos do direito, como o embrião histórico do estado de direito, além de lastro imediato da separação dos poderes enquanto modelo de organização estatal.

Em síntese, a *rule of law* definia-se num movimento com intenções antiabsolutistas, com o objetivo de delimitar o poder do rei, com a principal intenção de garantir maiores autonomias aos indivíduos. Neste sentido que Fabiano Gonçalves¹² citando Miranda, apresenta a *rule of law* como um conjunto de princípios, instituições e processos que a tradição e a experiência dos juristas e dos tribunais mostraram ser essenciais à salvaguarda da dignidade das pessoas frente ao Estado, “à luz da ideia de que o direito deve dar aos indivíduos a necessária proteção contra qualquer exercício arbitrário do poder”¹³.

Ainda pelo vetor de Dallari (2012), foi no século XVII, a partir das ideias de John Locke que surgiu a pioneira sistematização doutrinária, lastreada no estado Inglês da época, que separava o poder em quatro funções que eram exercidas por dois órgãos, estes últimos já abordados neste trabalho. A função legislativa cabendo ao parlamento, a função executiva cabendo ao Rei, que também detinha a função federativa que abrangia as relações exteriores do país e, por fim, a quarta função que também era exercida pelo Rei e entendida pelo “*poder de fazer o bem público sem se subordinar as regras*”.

O pioneirismo, de fato, não fora observado no trabalho de Locke, já que esse era um combatente feroz do absolutismo de Hobbes, nenhuma incisividade maior na ampla discricionariedade que ele concedeu em sua teoria para o governante.

¹¹Vejam os que diz o estudioso Alessandro Silva no seu texto: “Maquiavel vivia em uma época brutal e daí a cruza de seus conselhos; naturalmente, ouviríamos, os homens de sua época não erguiam títulos de eleitores e sim espadas. A imputação “o fim justifica os meios” só se justificaria para Maquiavel em se tratando de falarmos das “altas finalidades de Estado.” SILVA, Alessandro. Sem Título. Digestivo cultural. Disponível em www.digestivocultural.com. Consultado em 26 de outubro de 2017.

¹² É advogado, mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá, especialista em Direito do Estado e em Advocacia Pública pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. A citação encontra-se na Revista da AJURIS, Porto Alegre, v. 43, nº 140, junho, 2016.

¹³ MIRANDA, Jorge. *A Constituição de 1976, Formação, estrutura, princípios fundamentais*, Lisboa, 1978, pp. 473-474.

A máxima sustentada na obra “*De L’Esprit des lois*”, datada de 1748 de Montesquieu, em que apresentava já como hoje os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo atualizada para a realidade constitucional do Brasil, ao menos em referências teóricas, acrescentada dos pressupostos de harmonia e independência, vem sofrendo diuturnamente com o avanço contrário as prerrogativas de tais pressupostos.

Com o passar dos tempos, como ensina Dallari, outros pressupostos foram sendo agregados. O que antes era uma doutrina passou a ser considerado um dogma, como a necessidade de através da separação dos poderes aumentar a eficiência do Estado e evitar o surgimento de governos absolutistas.¹⁴

O princípio fundamental da democracia moderna que sustenta toda organização do Estado como conhecemos é o da separação dos poderes, teoria criada por Montesquieu e descrita no livro de “*O Espírito das Leis*”. Frise-se que esse princípio busca evitar a concentração absoluta do poder nas mãos de uma única pessoa, uma vez que os Poderes são autônomos e não soberanos ou independentes. Assim, Montesquieu acaba observando a necessidade de estabelecer limites e autonomias para cada poder, de modo a evitar essa concentração.

Na contemporaneidade passou a ser impossível entender a existência do Estado Democrático de Direito sem que haja a preservação do princípio da separação dos poderes. Esse entendimento surgiu com a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, que previa a separação dos Poderes Executivo e Legislativo do Estado separados do Judiciário. A mesma linha foi seguida em 1789, quando aprovado, na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, passando, desde então, a ser praticamente adequada pelas constituições ao redor do mundo.

No caso do Brasil, o ideal estabelecido pelo princípio da separação dos poderes consoante foi pensado por Montesquieu vem sendo observado em todas as constituições brasileiras, com a exceção da Constituição de 1824, que era composta por 179 artigos e centralizava o poder na pessoa do Imperador Dom Pedro I, pelo chamado Poder Moderador.¹⁵

¹⁴DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 31ª edição, São Paulo. Editora Saraiva, 2012, p.217, 218 e 219.

¹⁵ Bonavides ao estudar a constituição imperial de 1824, quando tratava da separação dos poderes, que eram em quarto - o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial, definia o poder moderador como “*a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que zele sobre a manutenção da Independência,*

Em seguida veio a Constituição de 1891, na qual era possível observar que houve nitidamente uma divisão dos três poderes, e após a proclamação da República, tivemos a nossa primeira Constituição Republicana que ampliou o Judiciário, tendo sido implantado o controle de constitucionalidade difuso e concentrado, pelo Supremo Tribunal Federal – STF, Justiça Federal e Estadual.

Seguidamente tivemos a Constituição de 1946 que foi promulgada justamente após a queda do Estado Novo. Nessa, o princípio da separação dos poderes voltou a vigor com a democratização, o federalismo e o municipalismo. Destacam-se, nesse contexto, a supressão do instituto do Decreto-Lei que era assegurado na Constituição anterior e o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional passou a ser adotado no Brasil¹⁶.

Além de que, com a instituição e legalização do regime militar no Brasil, os poderes do Executivo sobre o Legislativo e Judiciário foram aumentados, dando lugar a uma verdadeira contradição da teoria da tripartição dos poderes de Montesquieu com a centralização do poder. No período, as emendas constitucionais vieram a tornar-se exclusivas do Poder Executivo, bem como o poder de legislar em matéria de segurança e orçamento. Assim, em 1969, a Constituição de 1967 acabou sendo alterada pela Emenda Constitucional de nº 1, modificando o texto anterior de modo a intensificar ainda mais o poder nas mãos do executivo.

Na Constituição de 1988, dentro de um cenário de redemocratização, esses pressupostos- da separação dos poderes, não poderiam ser deixados de lado, e assim como a formulação tripartite de Montesquieu, garantida e assegurada expressamente no texto do Art. 2º da Constituição Federal de 1988¹⁷. Podemos dizer que com a Constituição de 1988 a democracia no país foi recuperada e a independência orgânica advinda da teoria da separação dos poderes voltou a vigor tendo sido ordenado um estado de equilíbrio evitando, desta forma, a arbitrariedade através do chamado sistema de freios e contrapesos.

Partindo desse pressuposto da tripartição dos poderes é que o texto constitucional tentou em vários momentos trazer elementos que pudessem garantir a preservação da

equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.” (BONAVIDES, Paulo .Curso de Direito Constitucional. 13. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2003, p. 362-364.)

¹⁶ O principal instrumento legal causador da concentração dos poderes no Executivo, era o decreto-lei, o qual era emanado do Poder Executivo e se não fosse votado pelo Legislativo em tempo viria a transformar-se em lei, assim o Executivo podia legislar diretamente.

¹⁷A inteligência do art. 2º da CF/88 assevera: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

harmonia, inclusive com a previsão de suas competências e funções minuciosamente previstas no texto constitucional¹⁸.

Portanto, como se sabe, o equilíbrio do sistema governamental só se sustenta graças ao mecanismo do *checks and balances*, que tendem a ponderar as competências dos poderes de forma a causar a menor interferência possível de um poder em outro.¹⁹

No caso do ordenamento jurídico brasileiro, o que acarreta um desgaste jurisprudencial e doutrinário, é a constante mudança de entendimento do judiciário somado a volatilidade e frequência com que o sistema de freios e contrapesos são adequados, deixando uma constante situação de insegurança política e administrativa em todas as esferas de poder e de governo.

À primeira vista esta leitura pode ser interpretada como exagerada, mas basta um estudo superficial sobre a jurisprudência ou dos atos oriundos do Poder Legislativo e, até mesmo, do Poder Executivo para se verificar como são constantes e que as suas mudanças são sempre vulneráveis a fatores externos.

Assim, vejamos algumas decisões judiciais aplicadas no ordenamento jurídico brasileiro:

“Ementa: Penal. Agravo Em Execução. Comutação De Penas. Decreto N° 8.172/2013. Concessão De Benefícios Consoante O Rigor Textual Do Referido Decreto. Equilíbrio Entre As Funções Do Estado. Princípio Do ChecksAnd Balance (Sistema De Freios E Contrapesos). Sentenciado Condenado Por Crime Hediondo. Inexistência de Delito Impeditivo (Artigo 9º, Iii, Do Decreto N° 8.172/2013). Malgrado o retrospecto criminal e disciplinar do sentenciado, não há que se falar em ausência de mérito nos estritos termos do texto presidencial. Execução penal. Decreto n° 8.172/2013. Comutação de penas. Cabimento. O decreto emana da competência legislativa (no exercício de função atípica), de caráter material absoluto (eis que escorado no teor do artigo 84, inciso XII, da Carta Magna brasileira). Não é dado ao julgador expandir os critérios de aferimento para a concessão do indulto e da comutação de penas, sob o risco de comprometer o equilíbrio entre as funções

¹⁸ A Constituição Federal de 1988 apresenta de forma detalhada as competências de cada instancia dos poderes, assim dispo: art. 21: Competência Executiva da União, art. 22: Competência Legislativa da União, art. 23: Competência Executiva Comum da União, Estados, DF e Municípios, art. 24: Competência Legislativa Concorrente da União, Estados e DF e art. 30: Competências Administrativas e Legislativas dos Municípios.

¹⁹ O professor Dallari (2012) ensina que esse sistema divide os atos praticados pelo Estado em gerais e especiais. O primeiro de prática exclusiva do Poder Legislativo verifica-se pela emissão de regras gerais e amplas em que não se é possível conhecer a quem seus efeitos terão incidência. Após a emissão do ato geral é que o poder executivo poderá agir através de atos especiais que longe de terem caráter discricionários eles são limitados pelos atos gerais, de qualquer forma na eventualidade de uma extra função de qualquer dos poderes o Judiciário se faz presente com seu caráter fiscalizador.

constitucionais do Estado, mantidas pelo princípio do checks and balance (sistema de freios e contrapesos). Precedentes do C. STJ e da C. 8ª Câmara Criminal do E. TJSP. Na normatividade do Decreto nº 8.172/2013, não se verificando crimes impeditivos (artigo 9º, III, do referido texto presidencial), mas somente crimes comuns, não há que se cogitar da ausência de “mérito”, malgrado o retrospecto criminal indicando proclividade à senda delitativa e a prática de falta grave (evasão) fora do período de prova do decreto. Uma vez preenchido o lapso temporal mínimo exigido para condenados reincidentes pelo decreto, a comutação impõe-se.”²⁰

“Ementa: Apelação Cível. Reexame Necessário. Ação Civil Pública. Imediata E Integral Reparação Da Ponte Antônio Plácido De Souza. Blingadem Do Poder Discricionário. Insustentável. Tripartição De Funções Harmônica. Art. 2º, Da Cf. Mecanismo De Freios E Contrapesos. 90 Dias Para Inícios Das Obras. Prazo Razoável. Recurso Conhecido E Improvido. Sentença Mantida. 1.A divisão desenhada pela Carta Magna não cuida de traçar fronteiras intransponíveis entre as esferas de competência de cada Poder, mas sim de estabelecer uma organização estatal que, simultaneamente, confere a sujeitos distintos funções específicas - especializando e racionalizando suas ações - e lhes permite, na medida de suas atribuições básicas, impedir os excessos (comissivos ou omissivos) uns dos outros. 2.Com efeito, ao ingressar com a Ação Civil Pública para impulsionar o Poder Judiciário a exercer seu papel de freio em relação ao peso representado pela inércia do Poder Executivo do Município no trato da ponte Antônio Plácido de Souza, o Ministério Público do Estado, simplesmente, provocou o mecanismo constitucional de freios e contrapesos. 3.O prazo de 90 (noventa) dias é suficiente para que se exija o início das obras, porquanto o estado de deterioração e abandono encontrado - consoante a sentença ora confirmada - demanda providências imediatas, ressaíndo injustificável ao Município adiá-las sob a justificativa de que penderia um processo judicial acerca do futuro da ponte para, só então, deflagrar as medidas pertinentes. 4. Recurso conhecido e não provido. Sentença mantida.”²¹

“Ementa: Seguro Obrigatório (Dpvat). Indenização Paga Administrativamente. Complementação Da Indenização Sob O Fundamento De Falta De Reajuste Do Valor Previsto Na Mp340 . Impossibilidade. Ausência De Norma. Omissão Da Legislação Quanto À Possibilidade De Atualização Monetária Das Indenizações. Princípio Da Isonomia. Sistema De Freios E Contrapesos. Impossibilidade De O Judiciário Imiscuir-Se Na

²⁰ TJ-SP - Agravo de Execução Penal EP 70042090620158260344 SP 7004209-06.2015.8.26.0344 (TJ-SP), Data de publicação: 24/10/2015. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>

²¹ TJ-AM - Apelação APL 02651437820118040001 AM 0265143-78.2011.8.04.0001 (TJ-AM). Data de publicação: 02/03/2015. Disponível em: <http://www.tjam.jus.br/>

Função Legislativa. Sentença Mantida. A Constituição Federal preconiza, em seu art. 2º, a independência e harmonia entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, motivo por que não se viabiliza a este Órgão Judicante, salvo justificadas exceções, desestabilizar o sistema de freios e contrapesos estabelecido na Carta Maior. Recurso A Que Se Nega Provimento”²²

Quando estudamos o princípio da separação dos poderes e comparamos como ele é posto em prática é possível observar a necessidade de entendermos um outro princípio, que é drasticamente colocada em cheque em situações dessa natureza, o chamado princípio da segurança jurídica.

Neste sentido, é importante salientar que o princípio da segurança jurídica não se encontra devidamente expresso na nossa Carta Magna (brasileira), mas decorre de diversos outros princípios constitucionais, como por exemplo, da legalidade, coisa julgada, devido processo legal, dentre outros.

Para facilitar o entendimento, é importante que consigamos interpretar de forma extensiva o princípio da segurança jurídica para outras instâncias do Estado, algo que poderíamos denominar de segurança administrativa, segurança legislativa, segurança política. Frise-se que se essa interpretação extensiva for passível de ser concretizada, observamos com amplitude a mesma situação vivida pelo Judiciário na sua ocorrência, talvez com menos força devido a falta de sistematização no Legislativo e no Executivo.

Nesta senda, há uma verdadeira oposição quando da aplicação e efetivação do princípio da segurança jurídica, a exemplo das alterações nas jurisprudências dos tribunais superiores, de modo que deve haver uma compatibilidade entre o princípio supracitado e determinadas alterações²³.

²² TJ-SC - Apelação Cível AC 20130382397 SC 2013.038239-7 (Acórdão) (TJ-SC). Data de publicação: 19/09/2013. Disponível em: <http://www.tjsc.jus.br/>

²³ Nos referimos as causas que dão origem a uma constante mudança no entendimento jurisprudencial de nosso judiciário, entre milhares de exemplos emblemáticos que podámos citar, enalteçemos os seguintes casos: A decisão proferida dia 17 de fevereiro de 2016, em apreciação ao *Habeas Corpus* (HC) 126292, na qual, por maioria de votos, entendeu que é possível o início do cumprimento da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau, entendendo que não ocorre assim uma afronta ao princípio da presunção de inocência. Esta decisão, no nosso entendimento, é uma afronta direta a CF/88 que afirma que ninguém é considerado culpado até sentença transitado em julgado. Este também é o entendimento da OAB nacional e da maioria dos juristas que tornaram públicas suas opiniões.

Outro caso emblemático é o julgamento da ADPF 378, que permitiu com que o STF se posicionasse sobre o rito do processo de impedimento da presidente da República, entre algumas outras, as maiores críticas dos operadores do direito foram no sentido de, ainda que sem assumir tal verdade, modificar o rito que fora adotado quando do julgamento do então presidente Fernando Collor de Melo, nomeadamente quando da possibilidade

A verdade é que no momento em que o Poder Judiciário passa a exercer as funções do Legislativo, isto é, apresentando um ativismo cada vez mais forte e mais incisivo, ele acaba afrontando o princípio da segurança jurídica e provocando uma verdadeira precariedade nas decisões.

Em contrapartida, a presença cada vez mais constante da classe política -que por meio do próprio político - nos órgãos que fazem parte do Judiciário deixa à tona questionamentos sobre a imparcialidade e a própria competência técnica para e na tomada de decisões²⁴.

Um exemplo cristalino seria a indicação de membros para cargos vitalícios, podendo citar os membros do STF, STJ, desembargadores e afins. Até que ponto a população pode confiar e sentir-se segura quando diante de decisões tomadas por cidadãos que foram colocados em seus postos por medidas políticas.²⁵

Podemos trazer à baila um exemplo clássico que foi a indicação do membro do Supremo Tribunal Federal, realizada pelo Presidente da República em exercício. Até que ponto esse cidadão, pode ser corrompido pelos interesses do membro do Poder Executivo?

do Senado Federal rejeitar abrir o processo de impedimento ainda que esse tenha sido aprovado na câmara e da impossibilidade do voto secreto para escolha dos membros da comissão.

Mais um caso que permite perceber o caráter ativista do STF foi o do julgamento da Ação Cautelar 4070/DF onde a Corte decidiu por afastar temporariamente o então Presidente da Câmara dos Deputados da presidência e também de seu mandato de Deputado, na condição de jurista e acadêmico que o sou tenho por me associar à grande parte dos juristas nacionais e até internacionais no sentido de me envergonhar de tal decisão, com a dúvida apenas de quais dos princípios jurídicos, normas infra e até mesmo constitucionais que o Supremo feriu quando tomou essa decisão. Uma afronta clara e uma interferência numa decisão que não cabia ao Poder Judiciário mas sim ao Legislativo, além de ferir o princípio da presunção de inocência e tantos outros. Por fim, ainda como fato inusitado o Ministro Marco Aurélio determinou no corpo do MS 34087, que o Presidente da Câmara desse prosseguimento ao processo de *Impeachment* em face do Vice Presidente, não se faz necessário maiores comentários para se verificar o absurdo jurídico com que vemos essa decisão, é simplesmente uma competência constitucional exclusiva do Presidente da Câmara receber ou não o pedido.

²⁴Entre a quase totalidade de casos que poderíamos citar que evidenciam essa politização mencionada, nos prenderemos a reportar como exemplificação os seguintes casos:

O Ministro do STF Marco Aurélio de Mello foi indicado pelo primo, o então presidente Fernando Collor de Mello. O Ministro Gilmar Mendes fora nomeado pelo então presidente FHC. Antes de ser indicado ocupava o cargo de Ministro do mesmo governo como AGU, na época ainda com 47 anos, Mendes recebeu duras críticas tendo tido a indicação qualificada pelo conceituado jurista Abreu Dallari como uma “*ação entre amigos*”. Ainda no STF, o Ministro Dias Toffoli fora indicado pelo ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, só que acontece que o Toffoli teve uma carreira diretamente ligada ao partido do ex-presidente, tendo sido o seu advogado em três campanhas.

Na Corte de contas da união-TCU, podemos destacar a presença da ex-deputada Ana Arraes que é também mãe do a época governador do Estado de Pernambuco e que apresentava indícios de rompimento com o governo para se lançar candidato a presidente – tendo o mesmo concretizado com o esperado e sendo vitimado fatalmente num acidente aéreo durante a campanha presidencial. Lembramos também do Ministro Vital do Rego Filho, ex-senador que presidiu a comissão que investigou desvio de recursos da Petrobrás nos governos do PT, conseguindo cumprir com a missão de minimizar os efeitos da CPI.

²⁵ Fazendo referencia a forma como se constitui a indicação dos membros das cortes superiores, TCs e PGR que são estudados nessa dissertação.

Será que tal situação nos traz algum tipo de insegurança jurídica? Será que há uma afronta ao princípio supracitado? Talvez por essa presença e pela forte influência da política no Judiciário, ou ainda, pelo evidente despreparo técnico do nosso Legislativo²⁶, podemos nos referir ao Judiciário com a melhor expressão que pode ser utilizada, que ele tem “fome de legislar”, entre uma série de outras questões, até de maior importância e relevância, por não ser objeto do nosso estudo destacamos e acreditamos no ferimento e violação de cláusula pétreia do voto direto e universal que legitima o Congresso Nacional como representante do povo, ao supostamente invadir a sua competência de legislar.

O fato é que o Poder Judiciário vive atualmente um momento em que precisa dar respostas à população, mesmo que acabe colocando a segurança jurídica do país em risco. A verdade é que o Judiciário vislumbrou uma possível aproximação da sociedade, dando respostas de forma a salvaguardar a manutenção e perpetuação do superpoder do sistema Judiciário. Todavia, acreditamos que faz-se necessário a criação de novos mecanismos positivos que busquem proteger essa separação de poderes.²⁷

Destarte, a insegurança jurídica é refletida no nosso cenário nacional e o Legislativo ainda que timidamente e sem força suficiente- apresenta respostas, como por exemplo na elaboração de Projetos de Emendas Constitucionais. A PEC 33 e a PEC 37 são exemplos cristalinos desse confronto entre poderes que acabam colocando em risco a segurança do nosso Poder Judiciário.

Nos atrelando a ideia de submeter a declaração de inconstitucionalidade perante as leis que ganharam aprovação do Congresso Nacional, a PEC 33, além de diminuir o número de ministros e condicionar o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação do Poder Legislativo.

O Legislativo é composto, na sua grande maioria, por investigados e indiciados por suspeita de diversos crimes, inclusive de corrupção²⁸, pessoas que muitas vezes passam a defender os seus interesses e os da sua classe, que elaboram propostas e políticas públicas

²⁶ Segundo dados do “congresso em foco” num universo de 652 parlamentares apenas 1 possui pós-doutorado, outros 14 são doutores, 40 possuem grau de mestre e, ainda, 119 possuem algum tipo de especialização. Outros estudos, como o do professor Rafael Moreira Mucinhato que analisou as legislaturas até o ano de 2012, apontam que aproximadamente 25% dos parlamentares não tem formação de nível superior concluída.

²⁷ Na opinião do autor, o Legislativo deve responder a esse ativismo com a edição de normas de forma a suprimir eventuais lacunas legislativas e, ainda, visando reeditar instrumentos normativos já existentes de modo a não permitir, por parte do Legislativo, interpretações diferentes das quais tenham sido o objetivo do legislador.

²⁸ Ainda segundo dados de 2013 da revista Congresso em foco, 224 congressistas respondiam a época a 542 inquéritos no Supremo.

capazes de encontrar respaldo social. Desta feita, o Poder Judiciário vem se destacando por apresentar as respostas a sociedade, respostas essas que deveriam ser apresentadas pelo legislativo, fazendo com que o judiciário ocupe espaço constitucionalmente reservado ao legislativo.

Todavia, encontrar-mos um Judiciário exercendo funções do Legislativo e uma população que vive a incerteza de confiabilidade no ordenamento jurídico, afinal, temos diversos políticos suspeitos de corrupção impunes, o que tende a reduzir ainda mais a confiabilidade do Legislativo/Executivo e uma verdadeira crise em todos os poderes.

1.1- O princípio atendendo à concepção original

Com a modernização da sociedade e suas demandas cada vez mais sofisticadas é notório que o princípio da separação dos poderes passou a se distanciar de seu propósito inicial quando da sua concepção que vinha a ser apenas assegurar as liberdades individuais, tendo passado a compor um universo muito mais amplo e ainda de difícil exatidão de seu alcance.

A necessidade de impor limites aos detentores de poder é talvez o principal norte da separação dos poderes. Naturalmente quando esse princípio tende a sofrer interferências que impedem a sua funcionalidade em plenitude, causa a possibilidade que, no caso do Brasil é comprovadamente real, de abusos de poder por parte de seus agentes. Esses aspectos apontam para uma necessidade de, no mínimo, uma releitura de forma atualizada de como se dá a presença da separação dos poderes em nosso ordenamento.

Esta disputa entre poderes gerou e ainda continua a produzir um questionamento que é amplamente estudado pelos professores Vinicius José Poli²⁹ e Conrado Hübner Mendes³⁰ na sua dissertação de Mestrado e Tese de doutorado respectivamente, tratando daquele aspecto doutrinário abordado como um novo campo de estudo que é a teoria da última palavra³¹.

²⁹ POLI, José Vinicius. Controle de constitucionalidade: das teorias da última palavra às teorias do diálogo, *dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP) como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito*, Área de Concentração: Direito do Estado, São Paulo, 2012.

³⁰ MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação, *Tese apresentada ao Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, para a obtenção do título de Doutor em Ciência Política*, São Paulo, 2008.

³¹ Apresentaremos essa teoria no capítulo 4.

Apesar de entendimentos contrários de que a última palavra não seria dada pelo Judiciário em casos como no ordenamento jurídico brasileiro, deve-se e precisa ser levado em consideração que a última palavra quando dada pelo Judiciário tem efeitos, em regra, mais rápidos, além de exercer o seu poder com mais força e de ser modificada com maior dificuldade.

Isto posto, observamos, a título exemplificativo, uma decisão dada pelo pleno do STF poderá ter efeitos imediatos, a sua aplicação e cumprimento poderá se dar de forma coercitiva, com o uso da força pela própria polícia, sua modificação quando não revisada pela própria Corte ou seus membros só será alterada por meio de uma emenda à constituição ou, quando for o caso, por lei ordinária, até mesmo uma nova constituição.

Por outro lado, uma decisão do Legislativo ou do Executivo além de ter um trâmite burocrático muito mais complexo e demorado, pode ser modificada facilmente por um juiz singular por uso de um dos remédios constitucionais³² por exemplo, além de que para ser cumprida precisa, em regra, de um aparato ou de um aval de outros poderes.

1.2 - A teoria e a prática da separação de poderes

O direito como um todo vem a ser uma dicotomia entre a teoria e a prática. Tomando o Brasil como parâmetro, em uma análise fria do texto da lei e da sua aplicabilidade prática, é possível observar o quanto instável e inseguro é o nosso ordenamento e o quanto ele está suscetível a interferências.

Quando nos referimos especificamente ao princípio da separação de poderes, nos deparamos com uma situação em que simplesmente não conseguimos entender como todo o nosso sistema jurídico ainda continua operando sem ter ruído por uma disputa que constantemente apresenta novos capítulos.

É neste contexto que abre-se uma discussão sobre uma linha de estudo recente, porém crescente, do estudo da última palavra, linha esta apenas citada neste momento, pois será objeto de um estudo mais aprofundado ainda neste trabalho.

³² Os remédios constitucionais são classificados em administrativos e judiciais e são instrumentos postos à disposição do cidadão que são utilizados quando o Estado não cumpre o seu dever de garantir à população os direitos fundamentais muitas vezes por não estar preparado. Assim, o cidadão pode provocar o Estado para que este venha a intervir de modo a evitar quaisquer ilegalidades. A título de ilustração, faz-se mister destacar que os remédios constitucionais são os seguintes: *Habeas Corpus*, *Habeas Data*, Mandado de Segurança, Direito de Petição, Mandado de Injunção, Ação Civil Pública e a Ação Popular.

Por tudo isto já apresentado e pelas situações que ainda serão analisadas nesse trabalho a impossibilidade, ao menos numa visão superficial, de conjurar num mesmo sistema a democracia e um Judiciário com poder da palavra final. Apenas exemplificando a situação mencionada, quando permitimos que uma lei aprovada pela população através dos seus representantes venha a ser declarada inconstitucional por juízes sem legitimidade democrática, verificamos uma situação contraditória uma vez que estamos tratando de um sistema democrático.

A separação dos poderes conforme já demasiadamente discutida no presente estudo, transmite a imagem de que a estabilidade de governança somente ocorre em razão da existência de três poderes que são independentes, bem como que cada um possui a sua competência, quando na verdade vislumbramos essa tripartite como sendo o principal motivo para a instabilidade de governança em virtude de uma série de fatores, entre eles, a busca cada vez mais acelerada por uma fatia maior do poder.

Tentando nos libertar da aparente querela pessoal com o Legislativo, afirmamos que reconhecemos nele o principal culpado para a instabilidade constitucional que ocorre não apenas no Brasil, mas na grande maioria dos países com sistemas democráticos. Todavia, a verdade é que os países que adotam o parlamentarismo como forma de governo sentem essa instabilidade de forma mais amena, o nos faz compreender que após uma análise simples, a pactuação constitucional é mais presente entre o Legislativo e o Executivo do que com qualquer um deles. Ademais, eles estão mais suscetíveis a interferências corretivas tanto de seus órgãos internos como de outros poderes, diferentemente do Judiciário que mantém uma distância defensiva e uma proximidade de “ataque” frente aos demais poderes.

Nesse ínterim questiona-se quem seria responsável por fiscalizar os fiscais. Quando fazemos essa pergunta, nós promovemos uma reflexão a respeito do fato de o Judiciário se prevalecer das suas posturas. Afinal, é muito mais difícil o Poder Judiciário receber alguma interferência corretiva. Ele simplesmente abraça para si a lacuna constitucional de fiscal dos demais poderes e absorve como se ele mesmo não precisasse de fiscalização.

É possível que desse mesmo entendimento venha surgindo cada vez mais órgãos, suprapoderes, com responsabilidade de fiscalizar e, em alguns casos, gerir algumas das

responsabilidades do próprio Judiciário, a exemplo no Brasil do Conselho Nacional de Justiça- CNJ³³.

O Ministro Sepúlveda Pertence quando da apreciação da ADI nº 98/MT, que versava sobre a inconstitucionalidade de dispositivos da constituição do Mato Grosso, que previa a transferência compulsória para inatividade de Desembargador que com trinta anos de serviço público completasse dez anos no Tribunal de Justiça norma essa que era extensiva aos Procuradores de Justiça e aos Conselheiros do Tribunal de Contas daquele Estado e que, no entender do eminente Ministro Relator, contrariava a garantia de vitaliciedade dos juízes e, por conseguinte, o princípio da independência do Poder Judiciário.

No voto do eminente ministro, não vamos, neste momento, destacar o seu posicionamento de mérito que também é totalmente pertinente ao estudo da separação dos poderes e nos prenderemos agora tão somente a alguns aspetos que ele exalta, com outro sentido é claro, porém que atestam a presenta de órgãos e/ou Poderes que extrapolam suas competências e passaram a exercer alguma interferência ou controle sobre alguns aspetos do Judiciário.

O ministro reconhece que foi a partir da Constituição Italiana que se foi difundido por toda a órgãos do modelo do Conselho Superior da Magistratura Italiana, que nesse caso é composto tanto por membros da própria magistratura como de outros poderes. O conselho é encarregado tanto da disciplina como de outras tarefas de administração da justiça, particularmente as que se relacionam com a própria carreira judicial³⁴.

No mesmo voto, o ministro Sepúlveda Pertence vislumbra como essa interferência sendo uma característica predominantemente dos sistemas parlamentaristas, onde entende que a doutrina da separação dos poderes são menos rígidos, motivo pelo qual justificaria a não oposição ao princípio da independência do Judiciário³⁵.

³³ O Conselho Nacional de Justiça foi criado no ano de 2004 e possui ampla atuação em todo o território nacional. É uma instituição pública que objetiva o controle e a transparência administrativa e processual a qual compete zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do estatuto da magistratura, definindo os planos, metas e programas de avaliação do Poder Judiciário, dentre outras atribuições.

³⁴ O conselho Superior da Magistratura existia na Itália desde 1907, porém apenas com caráter e atribuições consultivas. Só após 1946 é que passou a exercer o poder decisório.

³⁵ No mesmo voto, o Ministro justifica que a explicação se deve ao fator histórico gerado ainda na Revolução Francesa do preconceito ao que chama de antijudiciarista, que através de uma leitura radical do princípio da separação dos poderes atribuiu ao Executivo, através do Ministro da Justiça, a governança do sistema Judiciário. Cf. Luis Mosquera, *El Poder Judicial y la Constitución Española de 1978*, direção de Predieri e García de Enterría, pp. 721, 723.

Destaca ainda o caso português, onde a atual composição dá uma prevalência às indicações do Presidente e da Assembleia da República frente dos magistrados que são eleitos por seus pares, embasando seu entendimento com os posicionamentos de Canotilho e Vital Moreira³⁶ que negam ao Conselho o título de órgão de autogoverno da magistratura, mas, não obstante, reconhecem-lhe a função essencial de “*garantir a autonomia dos juizes dos tribunais judiciais, tornando-os independentes do Governo e da Administração*”.

Continuando na apreciação exaustiva do relatório de voto do Ministro Sepúlveda Pertence, este atrela o caso português ao da Espanha onde o *Consejo General del Poder Judicial*, do qual faz parte o Presidente do Tribunal Supremo e outros vinte membros que são nomeados pelo Rei, dentre os quais doze são próprios magistrados, outros quatro são indicados pelo congresso de Deputados e mais quatro pelo Senado. Mesmo com a característica corporativa na sua composição, o Ministro cita Lópes Aguilar para formar o entendimento de que o Conselho é um órgão que não extrapola a competência do Poder J Judiciário e esta amparado em sua independência pelo fato de desvincular do governo setores relevantes da administração da justiça – “*el núcleo duro del gobierno interno de la magistratura*”.

Trazendo para a leitura do seu voto o Ministro vê os órgãos de mesma natureza do CNJ como um mecanismo de controle interno, assim como o *Conseil Supérieur de la Magistrature* da França tendo com a reforma feita em 1994 se consolidado como um órgão voltado a garantir a independência dos magistrados.

Ressaltando que em nosso entender o fator preponderante para a visão do Ministro Serpuveda foi realmente a onda europeia no cenário de pós-guerra que retirava dos Ministros da Justiça as responsabilidades administrativas do Judiciário. Vemos isso não como uma descrição dos órgãos de fiscalização e controle, mas sim como uma reestruturação importante e necessária frente às circunstâncias que as antecederam.

Em suma, o entendimento do Ministro foi no sentido de que como os Conselhos surgiram como um garantidor das prerrogativas do Judiciário, que antes eram exercidas pelo Executivo e que passaram a ser exercidas por órgãos, mesmo sendo considerados de controle externo, contendo no seu corpo representação e, na maioria dos casos, maioritárias de membros do Judiciário, preservando e garantindo assim a independência, deixando o

³⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. Editora Coimbra, Coimbra, 1991.

Ministro de considerar o aspeto que para o caso em apreço seria contrário ao fortalecimento dos órgãos de controle.

Apesar de todos os esforços, o Judiciário continua blindado de controle e fiscalização. Assim, é cada vez mais notável a sua sobreposição frente aos demais poderes da República. Com isso se faz ressurgir o questionamento da necessidade do retorno do poder moderador que possivelmente é um dos motivos do aumento significativo do movimento monárquico no Brasil.

Fato é que a instabilidade constitucional se encontra instaurada e é crescente, se tornando perceptível e notável pela sociedade e, principalmente, pelo meio jurídico, toda vez que o Judiciário se posiciona em aspetos de grande repercussão e com a presença quase que obrigatória do ativismo.

CAPÍTULO 2 - A EXPANSÃO DO PODER JUDICIAL: A ERA DOS TRIBUNAIS

Na contemporaneidade está-se tornando cada vez mais comum a visão do Poder Judiciário como sendo a solução de todas as questões, o que tem se mostrado um risco, pois a concentração de decisões e de poderes nas mãos de uma única entidade ou órgão quase nunca se mostrou satisfatório.

Essa tendência tem comprovação quando vemos, no caso do Brasil, as estatísticas sobre os números de ações/processos em apreciação pelo Judiciário³⁷, ficando não só a sociedade civil, mas também os poderes Legislativo e Executivo à mercê de decisões que implicam amplos impactos sociais, políticos, económicos e jurídicos, de um poder que tem a sua legitimidade democrática questionada³⁸.

De fato, o Judiciário vem ocupando esse espaço não por imposição ou por um “golpe jurídico” – se assim pode-se nomear – mas sim, por incapacidade dos outros poderes e da população em solucionar os seus conflitos sem recorrer ao Judiciário, o que não retira a situação de risco que já foi levantada anteriormente.

Antes de adentrarmos a fio na apreciação mais específica da temática, é importante abordar breves pontos a respeito da jurisdição constitucional. Inicialmente, tratando de sua origem, vemos dois modelos distintos: um com origem Estadunidense e outro Austríaca ou Europeia.

No ano de 1803, na Suprema Corte dos Estados Unidos da América, o juiz John Marshall proferiu decisão num caso que ficou conhecido como “*Marbury contra Madison*” e que é considerado até hoje a principal referência de controle da constitucionalidade difusa desempenhado pelo Judiciário. Pois bem, foi neste julgamento que a Supremacia da Constituição ficou afixada tendo sido atribuído ao Judiciário o poder de afastar leis que viessem a contrariar a Constituição. O Judiciário passou a rever leis que contrariassem a constituição, ainda que estas fossem federais.

É possível dizer que o modelo de controle jurisdicional adotado pelos Estados Unidos não afronta o Poder Legislativo. Não havendo revogação da lei, o que ocorre é que

³⁷ Conforme demonstra o relatório “*Justiça em números*”, do CNJ, publicado em 2016 com base nos números de 2015, mostra que o número de processos em tramitação no Judiciário brasileiro atingiu a marca dos 74 milhões de processos, aumentando em 1,9 milhões de processos em relação ao ano anterior, o que corresponde a um acréscimo de 3%, e o número de processos que foram baixados chega a 1,2 milhões.

³⁸ A Doutora Maria Benedita Urbano na sua obra “*Curso de Justiça Constitucional (2012)*” entende como pacificada o questionamento da legitimidade democrática do judiciário.

ela passa a ser desconsiderada como se nunca houvesse existido. Barros³⁹ entende que “tido juridicamente, o chamado ato inconstitucional é tudo juridicamente como se nunca tivesse tido existência. *Sendo assim, o Judiciário não apodera-seda competência dada ao Legislativo, mas respeita a divergência de poderes, de tal forma que não anula a lei inconstitucional, o que equivaleria a revogá-la, mas apenas deixa de aplicá-la num caso concreto, podendo até vir a aplicá-la em outros casos, pois a lei permanece em vigência*”.

Já o modelo Austríaco ou concentrado, conforme ensina Mendes⁴⁰, atribui o julgamento de questões constitucionais a um órgão jurisdicional superior ou a uma Corte Constitucional autônoma, e objetiva fulminar, em abstrato, o ato normativo que possua vício ou incompatibilidade com o ordenamento constitucional vigente⁴¹.

Faz-se necessário também discutir acerca da visão abordada por Zaffaroni⁴², que vislumbra três modelos de Judiciário: o modelo empírico-primitivo, tecnoburocrático e democrático-contemporâneo.

O primeiro consiste na nomeação arbitrária dos juízes, sem a exigência de critérios técnicos. A arbitrariedade seletiva em conjunto com a falta de conceituação técnica costuma fazer com que o serviço judicial apresente baixos níveis. Pressupostos democráticos como o Estado de Direito, a independência e autonomia do juiz e um controle constitucional com baixa incidência são praticamente inobserváveis. Este modelo estará presente, geralmente, em países que não adotam a democracia como norte fundamental do Estado ou a adotam de forma inconstante, temerária e sem estabilidade.

No modelo tecnoburocrático existe uma elevação do nível técnico, dado ao fato da exigência de concurso para seleção dos juízes. Zaffaroni entende que este é um modelo superior ao empírico-primitivo no que se refere a uma crescente do que denomina como “cultura jurídica”, porém, não o considera como o mais adequado, destacando a independência apenas externa, tendenciado a métodos exegéticos e ao pragmatismo

39 BARROS, Sérgio Resende de. Controle de constitucionalidade: proposta de simplificação. In Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. n. 54. dez./2000.

40 MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional* – São Paulo: Saraiva, 2007, Pág. 955.

41 Um terceiro modelo foi desenvolvido no decorrer da história, modelo este que congregava elementos de ambos os sistemas, o chamado sistema misto. Esse novo modelo é adotado por países como Portugal e Brasil. Importante ressaltar também que a França adota um modelo próprio em que o controle da Constituição não é uma atribuição do Judiciário, mas sim de um Conselho Constitucional- Conselho Político, que faz a apreciação antes da entrada em vigor das leis ou atos normativos.

42 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1995, p.100.

argumentativo. Frise-se que este é o modelo adotado no Brasil, um país democrático. Apesar das discordâncias, tal modelo não é uma exclusividade da democracia podendo estar presente em estados antidemocráticos.

Por último, o modelo democrático-contemporâneo exposto por Zaffaroni consiste num aprimoramento dos critérios técnicos, conseguidos através da adoção de mecanismos no processo de seleção. O controle de constitucionalidade é constante e assegurado por um tribunal constituído por seleção dispersa. Os juízes, além do perfil técnico possuem uma abrangência política, além de ser perceptível uma elevação drástica da cultura jurídica.

Superado essa etapa introdutória com a abordagem dos mais diversos modelos de controle judicial, na perspectiva de diferentes autores, se faz necessário agora uma análise do sistema jurídico brasileiro com uma abordagem prática, buscando uma maior especificidade.

Reportando-nos brevemente ao Supremo Tribunal Federal, por ser este o que podemos chamar de termômetro percussor de todo o sistema jurídico e há quem considere também do sistema político nacional, isto por acumular as funções de Corte Recursal, bem como a de Tribunal Constitucional.

Observamos o estudo de Paixão⁴³ que aborda o histórico e a expansão do STF com base na sua jurisprudência, dividindo-a em sete fases distintas.

É imperioso destacar que em algumas das fases citadas pelo doutrinador é possível observar que o STF desempenhou uma postura bem mais política, uma vez que em outras fases apenas confirmou decisões de outros órgãos. Senão, vejamos as fases indicadas pelo professor supracitado.

A primeira fase consiste na sua criação, em 1808, quando o Príncipe Regente D. João, em virtude da Guerra Napoleónica na Europa que forçou a Corte Real a se mudar para o Brasil, elevou o Tribunal de Relação do Rio de Janeiro a condição de Casa de Suplicação do Brasil, nomeadamente pela inexecutividade de se remeter agravos e apelações a Portugal. Essa fase se estendeu até pouco depois do golpe Republicano de 1889, que retirou

⁴³PAIXÃO, Leonardo André. *A função política do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: [Tese de Doutorado], Universidade de São Paulo, 2007.

criminalmente a Monarquia⁴⁴ e instaurou a frágil República, marcada por uma procura de espaço – da Corte no ordenamento jurídico institucional brasileiro⁴⁵.

A segunda fase, tratada por Paixão como ampliação do seu papel institucional, se estendeu de 1897 a 1926, com a abrangência do instituto do *habeas corpus* para suprir lacunas da lei, fase considerada com um altíssimo nível de ativismo.

A terceira fase se inicia com a EC de 1926 e compreende uma postura autocontida⁴⁶ da Corte com relação à esfera política, durando todo o primeiro governo Vargas até 1945. Nessa fase⁴⁷, Paixão considera que a Corte teria sofrido a maior interferência na sua independência, nomeadamente nos anos de 1930 e 1931.

Na quarta fase, que se iniciou com o fim do Estado Novo⁴⁸ e que durou até o início do golpe militar de 64, tratada como uma fase de sintonia entre o STF e os outros poderes.

A fase seguinte se inicia com a resistência sutil e quase impercetível da Corte ao golpe militar⁴⁹, sendo aniquilada com o AI-5, em dezembro de 1968, com o esvaziamento da competência do órgão.

⁴⁴ A Proclamação da República Brasileira foi um golpe político-militar deflagrado em 15 de novembro de 1889 que derrubou a monarquia constitucional parlamentarista do império do Brasil, cerceando os poderes do Imperador D. Pedro II. No trágico evento, o marechal Deodoro da Fonseca, alinhado com um grupo de militares do exército brasileiro, destituíram o imperador e assumiram o poder no país, tendo como presidente o próprio marechal Deodoro.

⁴⁵ Chega a ser natural que num novo sistema de governo e de Estado, as indefinições de competência, autonomia, de espaço propriamente dito sejam em um primeiro momento indefinidas, até que se possa conseguir uma estabilidade político-jurídica.

¹⁸ Essa postura autocontida está relacionada com o momento que o Brasil estava passando. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal atua como um órgão de soberania, responsável por parte da função política do Estado. Assim, o STF tentou durante vinte anos resistir às chamadas tentativas de domesticação. Com a revolução de trinta, o Supremo Tribunal Federal passou a atuar de forma mais incisiva para o bom funcionamento da política do Estado.

⁴⁷ No Ano de 1926 um conjunto de emendas à Constituição de 1891 foi aprovado e vieram algumas mudanças, como por exemplo, o exame de diversos atos do campo de atuação do Poder Judiciário deixou de ser da competência da Justiça Federal e do Supremo Tribunal Federal. Por outro lado, as questões passíveis de decisão dos Tribunais Estaduais passaram a ser da competência recursal do Supremo Tribunal Federal, o que acabou acarretando uma verdadeira uniformização da jurisprudência dos Estados no que toca à aplicação das leis federais, ocasionando o bom funcionamento do sistema federativo.

⁴⁸ Estado Novo, conhecido também como Terceira República Brasileira, foi o regime político instaurado por Getúlio Vargas em 10 de novembro de 1937 e que perdurou até 31 de janeiro de 1946. Era caracterizado pela centralização do poder, nacionalismo, anticomunismo e autoritarismo. É parte do período da história do Brasil conhecido como a Era Vargas.

⁴⁹ Sobre a passividade do Judiciário durante o regime militar de 64, é importante fazer menção ao seguinte depoimento do Juiz Henrique Roenick, coordenador do Departamento de Valorização Profissional da Associação dos Juizes do Estado do Rio Grande do Sul – AJURIS: “A alienação política e social dos magistrados na época – em parte decorrente das deficiências dos cursos de direito; o posicionamento legalista de não discutir a legitimidade dos textos revolucionários e simplesmente aplicar a legalidade posta; é a identidade ideológica de alguns juizes com a Revolução de 64. O Judiciário perdeu, naquela ocasião, a grande oportunidade de se posicionar como um Poder de Estado contra a repressão ocorrida no país. O Poder Judiciário, como outras instituições, foi instrumento de pressão da população. Se tivesse maior descortínio na

Por fim, a fase iniciada com a redemocratização pós-golpe militar de 64, tendo como marco a Constituição Federal de 1988 e se estendendo até aos dias atuais, sendo classificado por Paixão⁵⁰ como etapa de restauração e ampliação de sua competência, que pode ser entendida como uma ampliação contínua e crescente marcada por uma postura política muito forte, ativista e até mesmo interferente nos outros poderes.

Reportando-nos às classificações de modelos judiciários já mencionados anteriormente neste estudo, e agora com um conhecimento mais detalhado da linha de decisões da Corte de cúpula do ordenamento jurídico brasileiro, pode-se comungar do entendimento de Verónica Chaves Carneiro Donato⁵¹ de que o modelo trazido por Zaffaroni, denominado “democrático-contemporâneo” é o que mais permite com que o juiz esteja próximo da sociedade de forma a responder suas demandas, contornando crises e consolidado a democracia.

Discordamos do entendimento aplainado por Donato⁵². Até que ponto poderíamos dizer que se trata de uma função ou responsabilidade, ou até mesmo, se seria o caso de competência do juiz ou do Judiciário dar essas respostas à sociedade. Não entendemos que um técnico jurídico-politizado tenha competência técnica e não de jurisdição para contornar crises com viés econômicos ou ambientais, por exemplo.

Não devemos confundir a independência do Judiciário com a sua necessidade, desejo, ou ainda, por uma cobrança da sociedade por posturas e respostas a questões que fogem da sua esfera de poder, quando na verdade temos um leque de princípios constitucionais e infraconstitucionais que nos asseguram os pressupostos da independência e imparcialidade, entre outros.

O que se vislumbra aqui é que o Judiciário brasileiro está alcançando, perante a sociedade e os demais poderes da nação, um temor e uma idolatria obrigacionista⁵³ que ultrapassa os limites do aceitável para um sistema democrático. Isto abre margem para uma independência do Judiciário não apenas dos demais poderes, o que dentro do sistema político

época, a história poderia ser outra. E hoje pagamos o preço de não obtermos o reconhecimento da população. Hoje teríamos o galão de poder.”

⁵⁰ PAIXÃO, Leonardo André. *A função política do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: [Tese de Doutorado], Universidade de São Paulo, 2007.

⁵¹ DONADO, V.C.C. *O Poder Judiciário no Brasil: estrutura, críticas e controle*, *Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional)*, Fundação Edson Queiroz, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2006.

⁵² *Idem*.

⁵³ Entendemos que o poder de polícia do Judiciário deve ser forte e atuante, porém quando esse poder é exercido através do medo, da insegurança de um julgamento justo e de um devido processo legal, faz com que a própria autoridade do Judiciário seja colocada em questão.

democrático é saudável, porém quando essa independência põe em risco a própria democracia, deixando esta para tornar-se uma ditadura das leis, ou melhor, dos aplicadores das leis, torna-se inteiramente prejudicial.

Essa independência traduz-se por tentar evitar que o nosso Judiciário seja conivente com desmandos e até mesmo com os crimes de outros poderes, como aconteceu no Brasil na época da ditadura militar⁵⁴, e há quem entenda que se repetiu no caso dos processos de *impeachment*, tanto de Collor de Melo como de Dilma Rousseff⁵⁵, quando o Judiciário se aliou aos anseios do Legislativo e da pressão popular. Porém, devemos ter em mente que não é porque falta independência em alguns momentos que deva haver compensação em outros. Ademais, a falta de independência não é do poder nem das instituições, mas sim da politização delas pelos seus membros.

Dalmo Dallari⁵⁶ entende que o respeito que se busca construir com referência ao Judiciário fez com que a magistratura se distanciasse dos demais poderes e também da sociedade, voltando-se exclusivamente para si própria, perdendo a cronologia da atualização do dinamismo social sem se dar conta da necessidade de interação.

Ainda merecem ponderações outros três pontos cruciais para explicar a postura do Judiciário nas circunstâncias atuais. São eles: a exposição do Judiciário pela mídia institucional e também pela mídia aberta; a leitura do judiciário externada em grande escala pelos veículos de comunicação; e as posturas dos magistrados no que se refere a publicização de seus atos.

Com a exigência na contemporaneidade de dar uma maior publicidade aos atos dos poderes, talvez o Judiciário tenha tentado se reaproximar da sociedade pelos mecanismos errados. A exemplo, podemos lembrar que a maioria das Cortes Superiores possuem canais

⁵⁴ Inúmeros respeitáveis doutrinadores ao analisarem o histórico de nosso Judiciário atestam a sua inércia e submissão tal como no regime militar de 64. Macalóz aduz: “*A omissão inicial do Poder Judiciário, perante a ditadura militar de 64, foi uma das responsáveis pela sucessão posterior de perseguições, torturas, mortes e desaparecimentos políticos. À maioria dos juízes, faltou coragem. Alguns magistrados chegaram a assinar mandados de prisão em branco, para preenchimento pelos militares com nomes de pessoas a serem presas*”. MACCALÓZ, Saete. O poder judiciário, os meios de comunicação e opinião pública. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2002. P.7.

⁵⁵ Em ambos os casos a imparcialidade da Corte foi questionada tanto pela sociedade, pela imprensa, como por operadores do Direito. Inquestionada por perceber que em várias situações dos mencionados casos o Judiciário deixou de aplicar ou criou mecanismos jurídicos para serem aplicados, com o intuito de atender a anseios em alguns casos da sociedade e em outros da classe política. Ainda neste trabalho teremos a oportunidade de apreciar esse caso de forma mais detalhada.

⁵⁶DALLARI, Dalmo de Abreu. Poder Judiciário: poder do povo. Jornal do Brasil. Disponível em: <http://www.jb.com.br/dalmo-dallari/noticias/2014/08/16/poder-judiciario-poder-do-povo/>. Acesso em 12 de novembro de 2016.

para transmissão de julgamentos e audiências e essa é uma situação que acaba permitindo que a sociedade faça o que não está capacitada para fazer, que é emitir juízo de valor técnico sobre assuntos que geralmente têm repercussões nela mesma⁵⁷.

No que se refere ao segundo ponto abordado, observamos que, em geral, no Brasil os veículos de comunicação não estão preparados para fazer um jornalismo de forma independente, e no que se refere ao judiciário a opinião que é transmitida para a sociedade, quase sempre estará voltada para as decisões que tenham uma repercussão com baixa popularidade ou que atinjam grupos direcionados que não detenham o carisma ou até mesmo a atenção social⁵⁸.

Não apenas a qualidade mas a imparcialidade da nossa mídia é posta em questão, desde o simples fato de atribuir notícias como “*polícia prende jovens de classe média com 300 kg de maconha no Rio*”⁵⁹ para um determinado caso, e “*polícia prende traficante com 10 kg de maconha em Fortaleza*”⁶⁰. Percebemos que são circunstâncias semelhantes, mas que neste caso a diferença se dá pela classe social, cor de pele, região que mora ou repercussão social do fato.

Essa mesma linha se repete quando tratamos de casos com enfoque jurídico. É natural que a mídia, de uma forma ampla, acabe contribuindo para a formação de opinião da sociedade, repercutindo decisões judiciais pelo seu cunho político.

Podemos citar um exemplo, a repercussão nacional dada para um *Habeas Corpus* que fora expedido por um desembargador do Estado da Paraíba para um jovem branco e de

⁵⁷ Como fonte exemplificativa deste tópico, o STF detém uma TV própria, a Justiça, que iniciou suas atividades em 11 de agosto 2002. Como emissora pública, transmitida pelo sistema a cabo, satélite (DHT), antenas parabólicas e internet. Outras Cortes possuem transmissões diretas por diversos canais de comunicação, por exemplo, *youtube*, *facebooke twitter*, além de que em muitos casos onde ocorrem julgamentos com grande repercussão nacional a transmissão ocorre por inúmeros veículos de comunicação como G1, globo e Record News, além de emissoras de rádio.

⁵⁸ As críticas quanto à forma de transmissão do noticiário jurídico e político no Brasil são constantes e partem de diversas organizações, instituições e grupos da sociedade em geral, que costumeiramente duvidem a mídia em mídia de direita ou de esquerda ou de extrema. Porém, em raras oportunidades a qualificam como independente ou imparcial. A título de exemplo, na situação do sistema carcerário atual (janeiro/2017), como uma solução para a crise, grande parcela da mídia tende a colocar a culpa no Judiciário, pela não apreciação de quase metade dos casos que tratam-se de presos em regime provisório e que segundo a mídia deveriam estar cumprindo outros tipos de penas de forma a reduzir a população carcerária. Por outro lado, em incontáveis casos de crimes que causam uma comoção nacional a mídia se posiciona de forma contrária, condenando o Judiciário por ser demasiado flexível na aplicação das leis e pondo rapidamente “*criminosos*” em liberdade.

⁵⁹ *Polícia prende jovens de classe média com 300 kg de maconha no Rio*, disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/03/policia-prende-jovens-de-classe-media-com-300-kg-de-maconha-no-rio.html>, acesso em 25/01/2017.

⁶⁰ *Polícia prende traficante com 10 quilos de maconha em Fortaleza*, disponível em: <http://g1.globo.com/ceara/noticia/2015/03/policia-prende-traficante-com-10-quilos-de-maconha-em-fortaleza.html>, acesso em 25/01/2017.

classe média alta que teria atropelado e causado o óbito de um agente de trânsito ao desrespeitar uma fiscalização da chamada “lei seca”⁶¹. Neste caso em especial, o noticiário não levou em consideração o amparo jurídico da decisão que considerava os pressupostos constitucionais de primariedade, residência e emprego fixo, de não apresentar risco para a sociedade⁶², sem estes impossibilitando a prisão antes de proferida sentença condenatória transitada em julgado, sendo considerado apenas a repercussão social gerada pelo trágico fato.

Deve ser levado em consideração também os modelos que em sendo adotados pelos telejornais e revistas eletrônicas, que permitem que cada vez mais seus âncoras e repórteres emitam opiniões pessoais, que possuem, muitas vezes, na sua origem, posições duvidosas e premeditadas, e terminam por influenciar a opinião de milhares de pessoas.

Por fim, merece destaque o que talvez se configure pela busca desesperada de membros do Judiciário de aproximação com a sociedade e, para tanto, usam a mídia para atingirem uma maior amplitude dos seus atos e decisões ou, até mesmo, de atos pré decisórios.

É neste sentido que Benedita Urbano⁶³ quando trata dos meios de prevenir o ativismo judicial, entre outros pontos, aborda a necessidade de prudência na midiaticização da justiça constitucional e dos próprios juízes. Aderimos integralmente ao entendimento da professora, em especial por também entender que essa exposição pode ter como reflexo uma veneração dos juízes, tornando-os como ela mesma adjectivade “atores políticos nacionais”.

Um caso emblemático que marcou o país foi o de procuradores do Ministério Público, no processo conhecido popularmente como “lava jato”, que convocou por diversas vezes coletivas de imprensa, inclusive algumas delas realizadas antes mesmo de se oferecer a denúncia, para “apresentar” à sociedade resultados de investigações⁶⁴. O que mais chama

⁶¹ Mídia nacional destaca polémica e acidente que matou agente de trânsito, disponível em: <https://www.pbagora.com.br/conteudo.php?id=20170123101941&cat=policial&keys=midia-nacional-destaca-polemica-acidente-matou-agente-transito-paraiba>, acesso em 25/01/2017.

⁶² *Habeas Corpus* com pedido de liminar. Podendo ser consultado em: <https://app.tjpb.jus.br/consultaprocessual2/views/consultarPorProcesso.jsf>, sob o número 0000059-04.2017.815.0000.

⁶³ URBANO, Maria Benedita. Curso de Justiça Constitucional, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2016 p.151, 152 e 153

⁶⁴ *Força tarefa da lava jato terá coletiva com todos os procuradores hoje a tarde*, disponível em: http://www.diariodecanoas.com.br/_conteudo/2016/09/noticias/pais/1994238-forca-tarefa-lava-jato-tera-coletiva-com-todos-procuradores-hoje-a-tarde.html, acesso em 26/01/2017; *Coletiva da lava jato nesta quinta terá novas denúncias*, disponível em: <http://jovempan.uol.com.br/programas/jornal-da-manha/coletiva-da-lava-jato-nesta-quinta-tera-novas-denuncias.html>, acesso em 26/01/2017.

a atenção é, inicialmente, a necessidade de tal exposição tanto para a instituição, quanto para os indiciados e, como consequência, a própria repercussão jurídica que tal exposição possa ensejar, haja vista que tais atos foram praticados em fases de indiciamento ou alguns de denúncia, mas não com julgamentos realizados, o que não comprova a culpabilidade de tais agentes que podem no futuro serem absolvidos ou, ainda, não terem sequer a denúncia recebida pelo Judiciário⁶⁵.

Essa situação não se limita a casos de repercussão nacional, mas até com mais frequência para as instituições de investigação menores, como delegacias locais, que estão cada vez mais abusando da utilização de efeitos midiáticos, com um agravante ainda maior: tais exposições ocorrem muitas vezes sem as investigações terem sido concluídas; a simples prisão de suspeitos já se torna motivo para convocar coletivas de imprensa e fazer a “apresentação à sociedade” de presos ou apreendidos⁶⁶.

⁶⁵ O caso de corrupção conhecido popularmente como lava jato, possui inclusive um *site* próprio para divulgar as estatísticas e outros dados da operação. *Lava jato em números*, disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados/a-lava-jato-em-numeros-1>, acesso em 26/01/2017.

⁶⁶ *Delegado convoca imprensa para falar sobre ocorrências da polícia civil*, disponível em: <http://palotinaapress.com.br/artigo/policial/palotina-delegado-convoca-imprensa-para-falar-sobre-ocorrencias-da-policia-civil>, acesso em: 26/01/2017. *Delegado chefe da polícia civil convoca imprensa para apresentar investigador acusado de matar a esposa*, disponível em: <http://blogdowalterley.com.br/site/2011/11/10/delegado-chefe-da-policia-civil-convoca-imprensa-para-apresentar-investigador-acusado-de-matar-a-esposa/>, acesso em: 26 de janeiro de 2017. *Suspeito de matar empresária em cg é liberado pela polícia civil*, disponível em: http://www.jornaldaparaiba.com.br/vida_urbana/noticia/179697_suspeito-de-matar-empresaria-em-cg-e-liberado-pela-policia-civil, acesso em 26/01/2017.

CAPÍTULO 3 - A COMPOSIÇÃO E FORMAÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E CORTES DE CONTAS COMO FATOR DE RELEVÂNCIA TANTO PARA POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO COMO PARA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA⁶⁷

Diante da amplitude do sistema judiciário brasileiro, para efeitos deste tópico do trabalho, vamos levar em consideração, quanto aos tribunais judiciais: o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior Eleitoral, o Tribunal Superior do Trabalho e o Superior Tribunal Militar. Quanto à Corte de contas: o Tribunal de Contas da União e, em apontamentos exemplificativos, os Tribunais de Contas dos Estados.

Alexandre de Moraes⁶⁸ faz questão de esclarecer que o dispositivo do art. 94 da CF/88⁶⁹, que resguarda na composição dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e territórios, um quinto dos lugares para membros do Ministério Público com mais de dez anos de carreira, como também de advogados com notório saber jurídico e reputação ilibada, além da exigência dos dez anos de experiência, não são aplicáveis aos tribunais superiores, bem como dos tribunais de contas, pois esses possuirão individualmente regras de investidura e composição.

O STF⁷⁰ é composto por onze ministros de livre indicação do presidente da República, devendo para tanto serem sabatinados (questionados) e aprovados pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal⁷¹. Atualmente, compõem o STF a ministra presidente Carmem Lúcia, os ministros Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Celso de Mello, Marco

⁶⁷ Neste tópico queremos ressaltar a importância do trabalho intitulado “*Composição do STF: da escolha política à legítima*”, do professor Christopher Elias Valente.

⁶⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. P.593.

⁶⁹ Assim aduz o artigo 94 da CF/88: “*Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes. Parágrafo único. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subseqüentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação.*”

⁷⁰ Sobre a composição do STF preceitua o Art. 101º da CF: “*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.*”

⁷¹ Além do já mencionado art 101º, parágrafo único da CF/88, quando trata da competência do Senado Federal a constituição traz também no seu artigo 52º, III, a “*Compete privativamente ao Senado Federal: III - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de: a) Magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição*”.

Aurélio, Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Rosa Weber, Alexandre de Moraes, Roberto Barroso e Edson Fachin.

No âmbito legitimidade democrática do STF, entendemos por sua inquestionabilidade e usamos para tal um único argumento: a legitimidade da escolha do presidente que é eleito e da aprovação dos Senadores, que também são eleitos, é automaticamente transferida para os Ministros. Contudo, essa legitimidade democrática não afasta as críticas da forma e requisitos para composição da Corte e as principais delas se prendem ao caráter político sempre presente nas indicações, a vitaliciedade dos Ministros, a ausência de critérios técnicos e objetivos e a imposição de paramentos etários.

Quanto à este tema, Benedita Urbano⁷² apresenta posicionamentos de diversos autores que entendem por está superado esse questionamento observando o controle constitucional como uma concretização e um reforço à democracia, detalhando um rol de argumentos que tendem a rebater fortemente a suposta falta de legitimidade democrática, argumentos estes que vão desde a legitimidade dada pelo próprio povo ao assegurar na constituição a competência do Judiciário de realizar o controle de constitucionalidade, perpassando por uma pacificação de questões políticas, dando a estas um trato jurídico, considerando também como um elemento caracterizador do pensamento de *checks and balances*.

Nos reportando agora ao Superior Tribunal de Justiça⁷³, este é composto por trinta e três ministros escolhidos também pelo Presidente da República, porém observados alguns critérios: 1/3 de seus membros devem ser de juízes oriundos dos TRFs, 1/3 de desembargadores dos Tribunais de Justiça Estaduais e 1/3 dividido entre 1/6 de advogados e 1/6 de membros do Ministério Público Federal, Estadual e Distrital. Os demais requisitos seguem de acordo com os critérios de escolha do STF.

As críticas à forma de composição do STJ são reduzidas devido ao fato que para sua composição, ainda que indiretamente, são observados os critérios técnicos e objetivos

⁷²URBANO, Maria Benedita. Curso de Justiça Constitucional, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2016 p.142 e 143.

⁷³ Aduz o art.104º da CF: “O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros. Parágrafo único. Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) I - um terço dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal; II - um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente, indicados na forma do art. 94”.

nos referindo para o caso dos membros oriundos dos TRFs e TJs, além de obrigatoriamente os originários do MP terem ingressados em suas respectivas carreiras através de concurso público⁷⁴.

Nos reportando agora ao Tribunal Superior eleitoral⁷⁵, sendo este formado por sete juízes – dois com indicações direta do Presidente da República e outros cinco com indicação indireta, haja vista já terem sido indicados para a composição de outros tribunais, sendo três juízes entre os Ministros do STF, dois juízes entre os Ministros do STJ e dois juízes entre advogados.

Não faremos maiores comentários às críticas existentes à composição da Corte que é responsável, entre diversas outras atribuições, por gerir todo o processo político/eleitoral brasileiro. Uma Corte onde, por exemplo, o julgamento de eventuais crimes eleitorais cometidos pelo Presidente da República candidato à reeleição pode ser julgado por sete juízes que direta ou indiretamente foram indicados por ele próprio, torna o processo no mínimo suspeito.

Partindo para uma breve apreciação da formação e composição do Tribunal Superior do Trabalho⁷⁶ este coincidentemente não é o que menos tem o poder de interferência direta de suas decisões nos demais poderes e, também, o que menos recebe críticas à sua forma de composição, principalmente pelo fato da maioria de seus Ministros terem ainda que indiretamente passado pelo crivo de rigorosos critérios técnicos e objetivos.

⁷⁴ A faculdade é aberta quando nos referimos aos membros oriundos dos TRFs e TJs porque esses não necessariamente precisam ser da classe da magistratura, conforme decisão do STF em sede mandado de segurança impetrado pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE). Como já mencionado nesse estudo na composição dessas Cortes se abriga o artigo 94º da CF que assegura 1/5 das vagas para advogados.

⁷⁵ Sobre o Tribunal Superior Eleitoral, a inteligência da Constituição Federal preceitua no seu art. 118º: “São órgãos da Justiça Eleitoral: I - o Tribunal Superior Eleitoral;” e o art. 119º: “O Tribunal Superior Eleitoral compor-se-á, no mínimo, de sete membros, escolhidos: I - mediante eleição, pelo voto secreto: a) três juízes dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal; b) dois juízes dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça; II - por nomeação do Presidente da República, dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Supremo Tribunal Federal. Parágrafo único. O Tribunal Superior Eleitoral elegerá seu Presidente e o Vice-Presidente dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, e o Corregedor Eleitoral dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça.”

⁷⁶ No que se refere ao Tribunal Superior do Trabalho a CF/88 preceitua no seu art. 111º-A: “O Tribunal Superior do Trabalho compor-se-á de vinte e sete Ministros, escolhidos dentre brasileiros com mais de trinta e cinco anos e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 92, de 2016); I- um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público do Trabalho com mais de dez anos de efetivo exercício, observado o disposto no art. 94; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004), II- os demais dentre juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho, oriundos da magistratura da carreira, indicados pelo próprio Tribunal Superior.”

Graças a existencia total de vinte e sete ministros em sua formação que um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade no âmbito profissional e membros do Ministério Público do Trabalho com mais de dez anos de efetivo exercício junto aos demais juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho, oriundos da magistratura de carreira, são indicados pelo próprio Tribunal Superior.

Por fim, o Superior Tribunal Militar⁷⁷ que é composto por quinze Ministros, sendo dez Militares com exigências específicas e cinco civis. Assim como o TST, o STM é detentor o menor índice de críticas, no que se refere sua composição, haja vista que dois terços de seus Ministros cumprem maiores e mais criteriosos requisitos sendo três em meio aos oficiais-generais da Marinha, quatro são oficiais-generais do Exército, três são oficiais-generais da Aeronáutica, e todos são ativos no posto mais elevado da carreira e o restante, especificamente 1/3 é entre os civis. Três dessas vagas são destinadas a advogados, de conduta ilibada e notório saber jurídico; outra é reservada a um juiz auditor e a última a um membro do Ministério Público Militar.

Encerrando essa rápida tomada de conhecimento sobre a composição das Cortes superiores brasileiras e antes que possamos formar um juízo de valor quer seja positivo ou negativo, interessante se faz conhecermos e fazermos uma breve análise da composição e formação das Cortes judiciais de ordenamentos de outros países.

3.1 - Modelo alemão

É sabido que os Tribunais alemães são uma referência mundial no quesito organização e deformação jurisprudencial de elevado nível técnico-jurídico. Na Alemanha, existe o chamado Tribunal Constitucional e os Tribunais Especializados, a exemplo do Tribunal do Direito Tributário, Tribunal Administrativo, Tribunal Social Federal, entre outros, sendo o Tribunal Constitucional Federal a mais alta instância da Justiça Alemã.

⁷⁷ Aduz o art. 123º: “O Superior Tribunal Militar compor-se-á de quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo três dentre oficiais-generais da Marinha, quatro dentre oficiais-generais do Exército, três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis. Parágrafo único. Os Ministros civis serão escolhidos pelo Presidente da República dentre brasileiros maiores de trinta e cinco anos, sendo: I - três dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional; II - dois, por escolha paritária, dentre juízes auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar.”

A forma de escolha dos membros da Corte Constitucional da Alemanha, por exemplo, incumbe aos integrantes da *Bundesrat*, que é a Câmara Alta ou Senado, escolher metade dos dezesseis juizes do Tribunal Constitucional. Já a escolha da outra metade compete aos membros do *Bundestag*, que é a Câmara Baixa. Lembramos que tais juizes não podem ser reconduzidos ao posto e possuem um mandato de doze anos.

Para além da composição, um fato relevante que merece menção é que o Direito Constitucional alemão prevê uma reclamação constitucional que pode vir a ser impetrada por qualquer pessoa que entenda ter sido lesada por qualquer autoridade pública em relação a direitos fundamentais previstos na lei.

3. 2 - Modelo austríaco

O Tribunal Constitucional Austríaco é composto por quatorze ministros que possuem mandatos vitalícios e seis suplentes. A escolha é feita da seguinte forma: cabe ao Poder Executivo indicar seis de seus membros, além do presidente, vice-presidente e três suplentes, a uma das casas do Poder Legislativo. Ao Conselho Nacional- Câmara Baixa do Parlamento Austríaco -, cabe indicar por maioria qualificada outros três membros e dois suplentes e para a outra casa indicará o Conselho Federal - Câmara Alta do Parlamento.

No que toca à vitaliciedade, tem-se que no modelo austríaco os magistrados só irão perder os seus cargos em situações previstas no ordenamento jurídico do país e após ser proferida uma decisão judicial. Ademais, a aposentadoria compulsória ocorre aos 70 anos. Tanto o presidente, como o vice presidente, são escolhidos pelo governo federal e aqueles que tenham exercido nos últimos quatro anos cargos como membros do governo federal ou estadual, de qualquer Assembleia Representativa ou do Conselho Federal ou Estadual, fica impedido de ter acesso.

3.3- Modelo espanhol

Na Espanha, o Tribunal Constitucional é composto de doze membros nomeados pelo Rei, destes 1/3 é indicado pelo Senado, outro 1/3 pelo Congresso de Deputados, e do 1/3 restante, 1/2 é indicado pelo governo e outro 1/2 pelo Conselho Geral do Poder Judiciário.

Apesar de terem mandato fixo de nove anos e de obrigatoriamente 1/3 ser renovado a cada três anos, a principal crítica ao modelo espanhol deve-se ao fato do Legislativo ter poder sobre a indicação de 2/3 da Corte e pela pouca ou quase nenhuma influência do Rei nas indicações.

3.4- Modelo italiano

Já na Itália, a Corte Constitucional é composta por quinze membros e os requisitos necessários são: serem magistrados (ainda que aposentados); membros das jurisdições superiores ordinárias e administrativas; professores universitários e advogados que comprovem ao menos vinte e cinco anos de atividades.

Assim sendo, afirma-se que um terço dos ministros do Tribunal Constitucional é escolhido de maneira direta pelos já pertencentes dos tribunais superiores, igual parte é indicada pelo parlamento e os outros membros são escolhidos pelo Presidente da República. Não esquecendo que os ministros escolhidos não tem direito a reeleição e possuem mandato de doze anos.

3.5- Modelo francês

Por sua vez, a França não exige requisitos de instrução técnica para investidura. A Corte é composta por nove membros, sendo três escolhidos pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembleia Nacional e três pelo Presidente do Senado. Para não coincidir a mudança de todos os membros, à cada três anos são indicados três membros. Observe-se que a competência para nomeação não pertence aos parlamentares, mas aos presidentes da Assembleia e do Senado.

Por sua vez, o presidente do Conselho é nomeado pelo presidente da República e os ex-Presidentes são membros natos do Conselho, apesar de não assumirem os seus assentos, Vincent Auriol e René Coty, na IV República, foram os únicos ex-Presidentes que se tornaram membros do Conselho na condição de ex-Chefes de governo. Não se apontam outros casos, porque eles próprios reconhecem, como políticos, a dificuldade que têm para guardar imparcialidade nos julgamentos. Apesar disto, em 1993, não passou

a proposta de revisão constitucional para excluir os ex-Presidentes do Conselho Constitucional. Registre-se que os juristas são minoria na composição da Corte.

3.6- Modelo canadense

A Corte Suprema do Canadá é composta por nove membros, um deles sendo o presidente. Esses são indicados pelo Governador-Geral para uma investidura vitalícia, ressaltando que três desses membros devem ser obrigatoriamente de origem da província do Quebec⁷⁸.

Apesar de não possuírem requisitos de idade mínima e possuírem mandato vitalício, os membros da Suprema Corte do Canadá devem ser originalmente de outras Cortes Superiores do país ou advogados com mais de dez anos de carreira. Ademais, os membros podem ser destituídos dos seus cargos em situações de incapacidade ou má conduta.

3.7- Modelo português

De modo final, temos o modelo optado em Portugal, formado por treze juízes no qual, dez desses são eleitos pela Assembleia da República e os outros são escolhidos pelo próprio Tribunal.

Os juízes dispõem um mandato de nove anos, sendo impossível a reeleição. Dentre os membros integrantes da Corte, no mínimo seis são escolhidos dentre os juízes de outras cortes do país e os demais devem ser compulsoriamente de juristas.

3.8- Modelo Brasileiro

Percebe-se, então, que o Brasil possui um modelo bastante diferenciado dos demais, diga-se de passagem, arcaico, apesar de provir de uma constituição tão jovem. No Brasil, não se analisa o perfil dos ministros do Supremo Tribunal Federal, diferentemente do que

⁷⁸ CANADÁ. *Consolidação dos atos constitucionais de 1867 a 1982*, 2013.

ocorre nos Estados Unidos, em que é observada a tendência política do cidadão, bem como a sua opinião acerca de temas polêmicos⁷⁹.

No Brasil, existe um processo falho e retardado que nos remete a uma insegurança jurídica constante e crescente, tanto que tem refletido no nosso cenário político atual, com fundamento no sentimento de desconfiança e incredibilidade que a população brasileira tem ao observar assuntos tão importantes para a nossa sociedade serem decididos por juízes indicados politicamente.

Por entender que a insegurança é fundada não somente pela indicação, mas pela necessidade de uma independência dos indicados, o ex-presidente do Tribunal Constitucional Português, o juiz-conselheiro Luiz Nunes de Almeida⁸⁰, defende que não se deve conferir ao Presidente da República o poder de indicar/nomear os membros da Corte constitucional, não podendo haver uma relação pessoal entre a entidade nomeante e o juiz nomeado⁸¹.

Favoreu⁸² alerta para a necessidade de a metodologia de indicação e nomeação dos membros das Cortes constitucionais dever, imprescindivelmente, abraçar e assegurar a legitimidade popular, ou seja, que a vontade do povo seja considerada na escolha⁸³.

Favoreu defende, também, a rotatividade e periodicidade dos membros da Corte, bem como do aparato que lastreia a ascensão de forma a possibilitar a alternância de predominância com uma certa periodicidade.

Ainda na mesma linha, Moraes⁸⁴ assevera a necessidade da renovação regular dos membros da Corte, além de mecanismos que impossibilitem a indicação de maioria num

⁷⁹ É de extrema valia ressaltar que ao longo dos anos da República alguns poucos nomes foram recusados. Tal como relata José Celso de Mello, “*Na história republicana brasileira, ao longo de 114 anos (1889 a 2003), o Senado Federal, durante o governo Floriano Peixoto (1891 a 1894), rejeitou 5 indicações presidenciais, negando aprovação a atos de nomeação, para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, das seguintes pessoas: (1) Barata Ribeiro, (2) Innocêncio Galvão de Queiroz, (3) Ewerton Quadros, (4) Antônio Sève Navarro e (5) Demosthenes da Silveira Lobo*”.

⁸⁰ ALMEIDA, Luis Nunes de. Da Politização à Independência: algumas reflexões sobre a composição do Tribunal Constitucional, in: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*.

⁸¹ Nesse sentido FALCÃO constatou que, até então, desde a CF/88, 50% dos membros do STF possuíam vínculos trabalhistas com a presidência. FALCÃO, Joaquim. *A escolha do ministro do Supremo*. Folha de São Paulo, São Paulo, 10 mai. 2002.

⁸² FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*, Tradução Dunia Marinho Silva, São Paulo, Landy Editora: 2004.

⁸³ Favoreu ainda ressalta a necessidade da presença de três objetivos na composição das Cortes: o primeiro diz respeito à presença da diversidade nacional nas Cortes, diversidade de etnias, religiões e inclusive minorias. O segundo é a necessidade do pluralismo político dos membros como forma de atenuar conflitos entre poderes, e, por fim, a abertura para membros de outras áreas de competência além da jurídica.

⁸⁴ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: Garantia Suprema da Constituição*. São Paulo. Editora Atlas, 2000.

único governo, e que só assim a Corte conseguirá acompanhar a evolução social e, conseqüentemente, suas celeumas, de forma imparcial.

De forma ainda mais concisa para que a abordagem por essa linha de pensamento não fique exaustiva, porém não podendo deixar de mencionarmos posicionamentos importantes para, se é que é possível, uma formação de entendimento sobre a temática, destacamos a postura da Associação Brasileira dos Advogados Trabalhistas (Abrat) e da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) relativamente à indicação do então advogado-geral da União, Gilmar Mendes, para assumir a titularidade de uma cadeira na Suprema Corte.

Mesmo reconhecendo o mérito e a capacidade técnica de Gilmar Mendes, a AMB e a Abrat questionam que esses méritos foram adquiridos ou evidenciados numa proximidade muito grande com o governo e reacendem, assim, a discussão acerca do método de indicação e nomeação dos ministros do STF.

Tavares⁸⁵ não distante desse entendimento adverte para dois pontos estratégicos o primeiro para a possibilidade, causada pela forma de escolha dos membros do Supremo, de mudança de grande parte de sua composição em um espaço curto de tempo, e o segundo comparando a escolha unipessoal do Presidente da República a um arbítrio.

Neste mesmo sentido, ao que parece, Costa⁸⁶ estava prevendo a crise política de 2015/2016 quando tratou do STF como se fosse uma espécie de Legislador positivo, dando uma resposta ao enfraquecimento do Legislativo e tendo como necessidade uma renovação com maior periodicidade.

Podemos então constatar que quando se trata de processos de primeira instância onde, apesar de se cometerem mais erros judiciais, os critérios são mais técnicos e objetivos e dão mais confiança ao Judiciário, quando partirmos para a segunda e terceira instância, a falta desses critérios deixa o Judiciário com a confiabilidade reduzida.

Por outro lado, deve ser ponderado contrariamente quando nos referimos à retirada da vitaliciedade dos ministros, pelo fato de tal poder acarretar uma insegurança jurídica ainda maior que a questão das indicações políticas, devido às mudanças mais constantes na Corte

⁸⁵ TAVARES, André Ramos. As relações institucionais na avaliação de um constitucionalista, *Revista Jurídica Consulex*, n° 304, pp. 6-9, set. 2009.

⁸⁶ COSTA, Flávio Dino de Castro e. *A política e o Supremo Tribunal Federal*, Folha de São Paulo, 20 fev. 2009.

poderiam ocasionar modificações de entendimentos mais frequentes, que acarretariam em uma interferência em todo sistema.

Podemos evidenciar tudo isso e ainda outros pontos fundamentais que já estudamos ou ainda iremos abordar nesta dissertação, observando especificamente o STF que, hoje, diferentemente do seu propósito inicial, quando instaurado nas condições que já aqui visualizamos, pela recém chegada família real de Portugal, está cada vez mais atuante em assuntos com forte repercussão política e que tenham influência direta na vida e no cotidiano das pessoas que, em contrapartida, se apresentam muito mais interessadas no andamento da atuação da Corte.

Essa proximidade com a população também ocasiona fatores negativos, e um deles é deixar o tribunal mais suscetível a críticas, como já mencionado, principalmente de julgamentos sem imparcialidade, julgamentos políticos, falta de observância de preceitos jurídicos em detrimento de sociais, económicos, políticos, entre outros⁸⁷. Não são raras as oportunidades em que, como agora, onde um único grupo político detém oito das onze cadeiras do STF, deixando a credibilidade da Corte abalada.

Numa tentativa até hoje infrutífera de alterar a forma de indicação e nomeação dos ministros do STF, inúmeras PECs⁸⁸ tramitam no Congresso. De forma concisa destacamos a proposta 92/95 que deixaria a cargo da própria Corte elaborar uma lista tríplice composta por membros dos tribunais superiores.

A proposta 71/99, que divide as indicações em 1/3 para o Judiciário, 1/3 para o Legislativo e 1/3 para o Chefe do Executivo. Já a 473/2001 apresenta essa escolha sendo feita apenas pelo Chefe do Executivo e pelo Legislativo de forma alternada e quando da escolha pelo Legislativo se dê por maioria absoluta.

Em 2002, foi apresentada a PEC 546 que em alguns termos reedita a proposta 92/95 no que trata da elaboração da lista tríplice para escolha dos membros do STF, porém exigindo quinze anos de magistratura e mantendo a necessidade da sabatina pelo Senado Federal.

Por fim, destacamos a PEC 566 que prevê a escolha pelo próprio STF de forma alternada entre os juizes dos Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça e do Ministério Público, com posterior confirmação pelo Senado. Ademais, temos a PEC 569 que

⁸⁷ Refiro-me as decisões do judiciário que levam em consideração aspectos que não são jurídicos e que muitas vezes contrariam as próprias previsões legais. Sendo ainda mais cristalino, decisões que são proferidas por aspectos subjetivos como condição social e econômica.

⁸⁸ A alteração da composição ou qualquer outra na Corte só pode se dar por meio de emenda à Constituição que deve ser aprovada por maioria absoluta em dois turnos e em cada casa do Congresso Nacional.

além de exigir mínimo de 15 anos de magistratura prevê a necessidade de concurso público de provas e títulos. Por fim, a PEC 484/2005 prevê a indicação do congresso com a nomeação pelo Presidente da República, restringindo quanto à estes quem nos últimos quatro anos tenha ocupado as funções de Ministro de Estado, Presidente de partido político ou algum cargo eletivo.

CAPÍTULO 4 - ATIVISMO COMO FORMA DE LEGISLAR⁸⁹

É natural do ser humano se dispor a ajudar outrem em caso de necessidade. Assim, este é um sentimento que já está intrínseco na nossa essência, pois é a única explicação plausível e “politicamente correta” encontrada para justificar a postura do Poder Judiciário, não apenas no Brasil, mas em diversos outros países do mundo⁹⁰.

A descrença da população na classe política, entrelaçada com a dicotomia entre exigir uma postura diferente dos poderes legislativo e executivo e ao mesmo tempo legitimá-los, reconduzindo-os por mandatos sequenciados para continuarem a representar e tomar as decisões pela sociedade⁹¹, permitiram que, cada vez mais, o Poder Judiciário ocupe esse vácuo e anseio social.

⁸⁹ Vejamos o que aduz o Min. Luis Roberto Barroso com relação ao ativismo judicial. “*Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificara atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais (...)* Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – 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.” BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*, 2010. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20100204-04.pdf. Acesso em 12 de novembro de 2016

A sociedade cobra de maneira muito incisiva uma resposta célere dos nossos tribunais. Assim, é possível constatar que o Judiciário está a cada dia atuando mais e mais além dos limites impostos pelo nosso ordenamento jurídico. Então nós temos uma sociedade que está cobrando cada vez mais e um Judiciário que vem tentando acompanhar toda essa demanda.

⁹⁰ Estamos tratando da postura do Judiciário a nível Brasil e mundial e podemos citar um exemplo bastante atual dessa situação. O presidente dos EUA, Donald Trump assinou um primeiro Decreto no mês de janeiro de 2017 proibindo temporariamente a entrada de cidadãos de países de maioria mulçumana e de refugiados. Assim, o primeiro Decreto acabou sendo suspenso por através de uma liminar há mais de um mês e acabou tendo três derrotas em sequência nos Tribunais. Apesar de o governo Trump ter recorrido da decisão, esta acabou sendo mantida visto que o magistrado entendeu que o texto violava a Constituição, por se tratar de um vero religioso. Aqui nós podemos observar de forma cristalina a atuação do Judiciário.

⁹¹ A proposta de emenda à Constituição nº 113 A, de 2015, da autoria da Câmara dos Deputados, institui a reforma às instituições político-eleitorais, alterando os artigos 14º, 17º, 57º e 61º da nossa Carta Magna, e cria regras temporárias para vigorar no período de transição para o novo modelo, acrescentando o artigo 101º ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Dentre as alterações, existe a proibição da reeleição para os cargos executivos e a criação de uma cláusula de barreira que limita o acesso ao fundo partidário. Neste caso, a proposta seria de ao invés de quatro anos de mandato passaria a cinco anos prevendo que o Presidente, Governadores e Prefeitos ficariam inelegíveis para os mesmos cargos no período seguinte, com exceção dos que prevalecem no cargo, mas que ainda não foram reeleitos. O mesmo texto também prevê o fim da reeleição de membros das mesas da Câmara e do Senado e, neste caso, continuariam com o mandato atual, que é de dois anos, porém impossibilitados de se reeleger para o mesmo cargo na reeleição seguinte. Sabemos que foi a partir de junho de 1997, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 16 do mesmo ano, que a reeleição passou a vigorar. Para tanto, há doutrinadores, políticos e especialistas que entendem que a atual crise política do país na verdade poderia ter sido evitada se a opção original da República, ora ratificada pela Constituição de 1988, tivesse sido mantida, já que ela proibia a reeleição do Chefe do Executivo. Há muita divergência com relação

O que se pode considerar é que a legitimidade para legislar, apesar de toda e qualquer crise, continuará sendo do Legislativo, e continuará cabendo ao Executivo a administração das esferas do poder nos seus respectivos âmbitos - com referência ao Brasil nos Estados, Municípios e na União, cabendo à sociedade, em caso de insatisfação, responder com a soberania(voto), que pode ser sufragado periodicamente.⁹²

Apesar da periodicidade adotada no caso do Brasil⁹³, a demora principalmente para apresentar respostas satisfatórias para problemas que geralmente atingem diretamente a sociedade, fazem com que esta não tenha a paciência necessária para esperar o moroso Legislativo e se recorra cada vez mais ao Judiciário. O Judiciário, por sua vez, ao apresentar as suas respostas, quando estas não vêm estritamente cumprir os aparos legais, se tornando extensivas ou abrangentes, ultrapassam os limites do respectivo poder e passam a configurar o ativismo, exercendo funções além das suas competências.

É nesse contexto que, cada vez mais e com mais força, o Judiciário vem crescendo e ocupando espaços que outrora não tinha condições de ocupar, diante da supremacia de outros poderes. Em outras palavras, percebe-se que ao longo da sua história o Judiciário sempre demonstrou querer se sobressair frente aos outros poderes, porém enfrentou um Legislativo forte, geralmente em períodos democráticos, e, por vezes, um Executivo forte, como na era Vargas ou na ditadura. Após a redemocratização, um período curto de menos de 30 anos para os dias atuais fora alternado entre momentos de destaque para o Executivo e o Legislativo.

ao tema e muitos entendem que o país deveria passar por uma verdadeira reforma política, o que talvez não fosse interessante tomando por base que o Brasil vem atravessando uma péssima fase política.

⁹² 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. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas no seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; 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; a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf, acesso em 04/06/2017.

⁹³ A proposta de Emenda Constitucional 349/2001 determina o voto aberto nas votações parlamentares e foi somente após doze anos que ela veio a ser aprovada na Câmara. Sabemos que houveram diversas manifestações populares a exemplo de abaixo-assinados nas ruas e até mesmo no Parlamento, mas que foi somente após muita labuta que o voto secreto chegou ao fim. Ora, a morosidade no Congresso para a aprovação de leis acaba acarretando uma verdadeira postergação a consolidação de direitos dos cidadãos que deveriam estar em vigor há muito mais tempo. Em suma, nós temos diversos projetos aguardando aprovação no Senado, mas que muitas vezes, por questões de interesse de maioria parlamentar, acabam ficando engavetados.

É perceptível a crescente concentração de poder no Judiciário, bem como a sua crescente demonstração de força nos últimos quatro anos diante da crise política e da elevada descrença popular na classe política.⁹⁴

Ademais, uma outra motivação que também foi fundamental para essa postura ativista é causada, ainda que de forma imperceptível, pelos próprios Chefes dos Executivos, partindo de uma análise pelo seguinte vetor: é inquestionável que a postura do Judiciário como um todo é guiada não apenas em termos jurídicos vinculantes, ou seja, em suas posições processuais, mas em sua amplitude de aspetos – extraprocessuais, tribunais superiores, quer seja em âmbito nacional pelo STF, STJ, CNJ, TSE e TCU, ou em âmbitos regionais pelos TJs, TRFs, TCEs, TREs e TCMs.

Como será visto mais à frente neste estudo, a escolha dos membros das Cortes vem sendo feita cada vez mais por critérios políticos do que por quaisquer outros. Não se pode assim exigir uma postura diferente do Judiciário daquela que vem adotado. O próprio Executivo, na maioria das vezes com anuência do Legislativo, politiza as Cortes que, por sua vez, com a política imersa por seus membros emitem posições cada vez menos jurídicas.

Ademais, quando nos referimos à presença de critérios políticos na composição dos tribunais não estamos tratando de uma exceção, mas sim da regra. Vemos um STF com, ao menos, metade de seus membros tendo fortes ligações ao tempo de suas indicações com

⁹⁴ Curtolo cita no seu artigo um entendimento de Luís Roberto Barroso, o qual aduz que o ativismo judicial estaria ligado “a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação de outros Poderes.” Conforme o autor, as objeções tecidas sobre a expansão do Poder Judiciário em Estados constitucionais, não enfraquecem a importância dos juízes nas democracias modernas. Assim, Barroso defende que o fenómeno do ativismo possui uma face positiva, “o Judiciário está atendendo as demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais”. CURTOLO, Cristiano Maria de Lima. *Interpretação da Constituição: A Relação entre Direito e Política na jurisdição constitucional*, disponível em: <http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/viewFile/159/101>, acesso em 04 /06/2017.

governos e partidos políticos⁹⁵. Se partirmos para os Tribunais de Contas, essa incidência atinge quase que a sua totalidade⁹⁶.

4.1-As principais diferenças existentes entre o ativismo judicial, juridicização e judicialização da política

Algumas pessoas acabam utilizando as expressões ativismo judicial e judicialização da política como sendo sinónimas, todavia, é importante destacar que essa dificuldade quanto à diferenciação entre os termos pode ser mais bem compreendida quando observamos a origem da atuação judicial quanto ao limite da interpretação. É incontestável que percebemos em ambos uma tomada injusta do Poder Judiciário no domínio dos demais poderes estatais. É nesse sentido que a doutrina do Professor e ministro do STF Luiz Roberto Barroso⁹⁷ ainda consegue cristalizar mais essa diferenciação no momento em que direciona

⁹⁵ O Supremo Tribunal Federal é um órgão jurídico e não político, de última instância, que compõe o Judiciário, sendo composto pelo Tribunal Constitucional e Corte Recursal, almejando garantir segurança jurídica às relações sociais. Sabemos que, em tese, um ministro do Supremo Tribunal Federal não deveria estar ligado a interesses partidários, mas que ao longo dos anos pudemos notar algumas evoluções. Entretanto, a verdade é que o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal é uma indicação direta do Presidente da República após a ratificação do Senado Federal através de maioria dos votos. Assim, nos questionamos sobre a segurança jurídica das decisões proferidas pelo Tribunal quando na verdade há essa forte relação entre o indicado e indicador. Por esta razão, é possível dizer que a legitimidade do sistema de indicação merece ser questionada. Ao longo da história, se fossemos enumerar a quantidade de parlamentares investigados e os seus envolvimento nos esquemas de corrupção, acabaríamos tomando todo o trabalho. Um exemplo cristalino seria o fato do juiz Sérgio Moro ter condenado, até a presente data, um número de cem pessoas quando o STF só conseguiu receber uma única denúncia. É o que conhecemos sobre a morosidade no nosso sistema, conforme artigo encontrado no endereço eletrônico: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/342779691/stf-evoluui-mas-ainda-e-grande-aliado-da-corrupcao-politica>, acesso em: 30 de março de 2017.

⁹⁶ Tem-se que o Tribunal de Contas da União é uma instituição com previsão na nossa Carta Magna para desenvolver as funções de fiscalização orçamentária, contábil, financeira, operacional e patrimonial, tanto da União, como de entidades da administração direta e indireta. Além disso, é necessário destacar que, de acordo com a Constituição, os ministros do TCU se equipararam aos ministros do Supremo Tribunal Federal, possuindo, inclusive, o foro privilegiado. Para tanto, com todos os escândalos de corrupção no país, alguns nomes de ministros acabaram sendo citados a exemplo de Augusto Nardes que foi acusado de ter efetuado o pagamento de propina ao ministro em esquema que estava sendo investigado na operação Zelotes. Tivemos também o ministro Raimundo Carreiro que estava sendo investigado para apurar acusações feitas pelo empreiteiro Ricardo Pessoa, que usufruindo da delação premiada acabou informando que efetuou pagamentos para que pudesse vir a ser beneficiado num determinado processo da usina nuclear Angra 3. Tivemos ainda o ministro Vital do Rêgo, que também foi integrante do TCU e que acabou sendo investigado sob a acusação de compras de votos.

⁹⁷ Segundo Barroso, “A ideia de ativismo judicial está associada à 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 à situações não expressamente contempladas no 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

parte da responsabilização pelo ativismo judicial ao próprio Legislativo pela sua postura retraída⁹⁸.

O professor Elival da Silva Ramos, quando trata do Ativismo Judicial, ainda com maior amplitude do que Barroso, aborda e evidencia os aspetos negativos do exercício de funções para além dos seus limites originários⁹⁹.

O ativismo judicial se caracteriza pelo modo de interpretação constitucional pelo Poder Judiciário. Ao proferir as suas decisões, os magistrados passam a constitucionalizar direitos com as suas formas interpretativas. Ainda neste sentido, o professor André Ramos Tavares observa e afirma catedraticamente que a Teoria dos Três Poderes é claramente violada quando da influência do ativismo judicial no sistema jurídico como um todo.

Sabemos que a função do Poder Judiciário é a de protetor da legalidade e da constitucionalidade. Entretanto, com a falta de resposta por parte de algumas democracias, o Poder Judiciário passou a desenvolver um verdadeiro controle imparcial sobre os demais poderes. Para tanto, fatores históricos, políticos e sociais acabaram acarretando o que nós chamamos de judicialização da política.

O que vem ocorrendo, na verdade, é que o Judiciário está deixando de ser um mero intermediador entre sociedade e poder público e está passando a intervir, de forma cada vez mais incisiva, nas questões políticas em virtude do clamor que a sociedade vem realizando mediante a inércia dos Poderes Legislativo e Executivo, e é nesses casos que

matéria de políticas públicas”. BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática*, 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao-ativismo-legitimidade-democratica?pagina=4>. Acesso em 12 de novembro de 2016.

⁹⁸ “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, à 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 acima referidos, 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 certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.” *Ibidem*.

⁹⁹ De acordo com Ramos, o “exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadida por decisões excessivamente criativas”. RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010., p. 129.

as minorias públicas estão fazendo o uso do processo judicial para alcançar interesses pessoais frente à uma maioria parlamentar.

O ativismo é na verdade uma forma de o Poder Judiciário interpretar a nossa Carta Magna, chegando inclusive a ampliar o seu sentido de modo a participar de forma mais incisiva na concretização dos fins constitucionais.

O ativismo judicial necessita de uma provocação do Poder Judiciário. É uma nova interpretação do direito que necessita de um amparo de uma lei e que muitas vezes não é contemplada sequer pela própria lei. É um entendimento criado por determinado Tribunal, passando o Judiciário a atuar extrapolando o respaldo legal. Diferentemente da judicialização que necessita de decisões de cunho político na qual o Judiciário passa a interferir nas decisões de outros poderes passando a atuar também além das suas competências.

Se tomarmos por base o que já vimos anteriormente, a judicialização virá no sentido de emitir uma resposta final às questões que não apreciadas pelo Judiciário¹⁰⁰, ainda que essa resposta tenha alcance que vá além da normatização existente. Nesse caso, nós teremos como entender facilmente o significado e o contexto da juridicização que, em suma, vem aser a possibilidade dada pelo Judiciário para uma conciliação ou pactuação entre os litigantes.

Muito recentemente o STF nos apresentou uma possibilidade reconhecidamente nítida de juridicização, quando da apreciação do litígio onde os estados requeriam que as suas contas com a União fossem calculadas com base em juros simples e a União pleiteava permanecer com os cálculos feitos em juros compostos. No apreço, a Corte decidiu por suspender o julgamento do mérito por dois meses diante de presente conversação entre os litigantes no sentido de formalizar um acordo¹⁰¹.

¹⁰⁰BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*, 2010. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20100204-04.pdf. Acesso em 12 de novembro de 2016.

¹⁰¹ Situação em que os estados realizam a cobrança de ICMS sobre a conta de energia elétrica. Assim, ele não lança a tributação sobre o total de energia elétrica que é consumida, mas utiliza na base de cálculo a tarifa de uso dos sistemas elétricos de distribuição e a tarifa de uso dos chamados sistemas elétricos de transmissão. Desta feita, a Lei Complementar 87/96, que dispõe sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, não prevê a incidência de ICMS sobre o uso um sistema de transmissão e distribuição de energia elétrica o que acabou caracterizando uma cobrança indevida.

4.2 – A expansão do Poder Judicial e as garantias constitucionais

A expansão do Poder Judicial, se for dada sem um respaldo legal, ou seja, se ela ocorrer sem uma prévia autorização constitucional e sim à revelia da lei maior, naturalmente acarretará diversos transtornos à segurança jurídica e, por consequência, às garantias constitucionais.

Ora, se a política ativista ou de judicialização de competências dos demais poderes não pode ser prevista e não tem amparo legal o que pode garantir os pressupostos constitucionais e, até mesmo, a manutenção pacífica da governabilidade garantida, entre outros, pela independência e harmonia dos poderes?

Este tópico se destina a observar e entender que quando o Judiciário tem uma expansão dada pelo ativismo ou pela judicialização de competências e responsabilidades de outros poderes, a insegurança jurídica é posta e todas as garantias constitucionais são postas em risco.

Foi a partir do século XIX que o Poder Judiciário começou a se expandir, mas foi na primeira metade do século XX que ele atingiu o seu ápice, acarretando inúmeras discussões acerca da judicialização da política tendo em vista que passou a haver uma procura muito maior pela atuação do Judiciário utilizando-se da sua intervenção no chamado processo decisório político.

Juliana Costa Meinerz Zalamena¹⁰², à semelhança de Arantes, afirma que as transformações sociais pelas quais o mundo ocidental atravessou a partir do século XVIII impactaram fortemente no Poder Judiciário e foram responsáveis pela maior importância que este veio ganhando no cenário político. E ainda que desde a racionalização e centralização da Administração Estatal¹⁰³, operacionalizada pelas monarquias absolutistas num período anterior (século XV a XVIII) até as revoluções comerciais, e a afirmação do sistema capitalista através da valorização da Justiça na garantia das relações econômicas, influenciaram este processo. No entanto, a mais profunda transformação se deu com a queda dos regimes absolutistas e a consolidação dos primeiros Estados Liberais. A partir daí,

¹⁰² ZALAMENA, Juliana Costa Meinerz. A expansão do poder judiciário e a judicialização da política. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/43804/a-expansao-do-poder-judiciario-e-a-judicializacao-da-politica>, acesso em 05 de março de 2017.

¹⁰³ BOURDIEU, Pierre. A força do Direito: Elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

segundo Arantes¹⁰⁴, o Poder Judiciário passa a ser reconhecido como função estatal e, em alguns casos, como poder do Estado.

Arantes¹⁰⁵ cita ainda dois exemplos clássicos que vieram a estabelecer dois padrões distintos de organização institucional do Poder Judiciário: a França e os EUA. Ambos os Estados Liberais formados a partir do texto constitucional norte-americano, em 1787, e pela Revolução Francesa, em 1789, tinham como inspiração o pensamento político liberal da época.

É possível dizer que nos últimos anos pudemos observar uma forte tendência com relação a intensificação das atividades jurídicas, inclusive com o aumento expressivo do número de ações judiciais. Frise-se que quando os Estados Unidos da América passou a ser considerado uma potência, tal fato acabou possibilitando que outros países passassem a copiar os seus padrões referentes as questões do Judiciário.

Nesse mesmo sentido, Arantes¹⁰⁶ afirma que a ampliação do acionamento do Poder Judiciário se dá em duas fases: na primeira, um *WelfareState* inchado de legislações sociais, garantindo direitos aos cidadãos, mas incapaz de implantar tais direitos pela ausência de recursos, levando à busca pelo Judiciário para garantir que fossem aplicados. E na segunda, o retorno do Estado Liberal, na perspectiva ainda mais agressiva do neoliberalismo, onde o Estado perde boa parte da sua capacidade de intervenção econômica e social, passando por processos de privatizações, desregulamentação da economia, redução do déficit público, equilíbrio fiscal e combate à inflação.

Temos um Judiciário se expandindo junto do Estado e chegamos à conclusão de que ele vem se tornando para a sociedade o chamado reduto político moral. Ora, é fato que em se tratando das instâncias políticas nós observamos uma verdadeira falta de solidez de modo que o cidadão já não enxerga uma classe política confiável.

A ausência de princípios éticos e morais dentro da nossa classe política faz com que a população se sinta extremamente vulnerável e insegura ao ponto de perceber que as suas necessidades, garantidas constitucionalmente, não estão sendo atendidas. É quando o Poder Judiciário passa a ser visto como o grande salvador. Chegamos ao ponto de ter no Brasil, uma

¹⁰⁴ ARANTES, Rogério Bastos. A expansão do Poder Judiciário e a judicialização da política. Direito e Política: O Ministério Público e a Defesa dos Direitos Coletivos, In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Vol. 14, n. 39, fevereiro/1999. p. 81-115.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

população clamando para que um membro do STF pudesse se filiar à algum partido e pleitear a vaga da Presidência da República deste país.

Destacando algumas das funções dadas ao Poder Judiciário, que vão desde a sumaria aplicação das leis, ao controle dos demais poderes do Estado e sua própria administração, é também um garantidor dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de direito. os direitos fundamentais e garantir o Estado Constitucional Democrático de Direito.

O Estado não deve agir de modo apenas a impedir que os bens jurídicos sejam lesionados, mas deve atuar de forma incisiva e positiva protegendo de qualquer tipo de ameaça. Assim, em meio a um desrespeito aos direitos fundamentais, o Poder Judiciário não pode se manter inerte, ele deve intervir de forma judicial e direta atuando de forma ampla garantindo todos os direitos expressos na nossa Constituição.

De outro lado, é importante destacar que, por vezes, o Judiciário atua de modo a suprir omissões dos poderes Legislativo e Executivo em casos onde há inoperância. Inclusive, nos questionamos até que ponto o Estado deve atuar para garantir a proteção aos direitos fundamentais. Ora, cabe ao Estado regulamentar, legislar, o poder de polícia e de fiscalização. Assim, ele pode utilizar os meios necessários para garantir que os direitos fundamentais venham a ser devidamente respeitados.

CAPÍTULO 5 - POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Essa primeira etapa de nosso trabalho já conseguiu agrupar pontos suficientes que ainda serão agregados a outros que serão apresentados no sentido de tornar cristalina a visão de que o diapasão entre a politização do Judiciário e a judicialização da política são fenômenos de nosso sistema democrático e estão diretamente entrelaçados e concorrentes nas suas causas e também consequências.

Dito isto, se faz necessária uma análise mais detalhada dessas causas e consequências. À princípio, na nossa visão, não se trata de um problema institucional em sentido estrito, mas sim dos agentes que fazem parte das instituições. Devemos estar cientes de que essa ideia se reforça em virtude de a crise interpoderes possuir uma variante de intensidade de acordo, a exemplo da legislatura do Congresso e/ou a composição das Cortes Superiores. Em contrapartida, ainda que em menores intensidades, a presença constante da disputa e interferência entre poderes nos leva a crer que se trata de um fracasso no sistema, ou seja, no modelo de tripartição de poderes.

No caso do Brasil, sabemos que o país vive uma crise política que se alastra há pelo menos 5 anos e que essa crise vem contribuindo cada vez mais para o desemprego, a recessão econômica, o desgaste ético e moral, a descrença da classe política e também do Judiciário. Nesse contexto, para efeitos de nosso estudo, devemos nos ater à quantidade de subsídios que surgem diariamente e que apresentam cada vez mais elementos lastreadores que reforçam as ideias apresentadas anteriormente.

Antes de chegarmos ao contexto atual da crise institucionalizada vivida pelo Brasil, vamos voltar um pouco atrás para explicar o que à nosso ver são elementos históricos que reforçam o entendimento da constante disputa entre poderes. Para tanto, vamos nos prender predominantemente a aspetos pós redemocratização no caso do Brasil.

A nossa Constituição Federal vigente, promulgada em 1988, ela tem um aspecto muito “mãe”. Ela traz para o ceio constitucional muitos elementos pormenorizados que deveriam ser abraçados por elementos infra constitucionais e também condicionou alguns elementos com proteção constitucional para que tenham uma regulamentação por meio de lei específica¹⁰⁷.

¹⁰⁷ O professor Dirley da Cunha Junior atribui como um dos fatores do crescimento do Poder Judiciário a formulação de exaustivo índice de direitos fundamentais que passaram a fazer parte do corpo principal das constituições dos Estados Democráticos de Direito pós segunda guerra mundial, nomeadamente pela

Ocorre que com este modelo adotado pela constituinte, efeitos negativos surgiram como conseqüências, entre eles destacamos, por um lado, o abarrotamento do STF em virtude de quase toda matéria ter respaldo constitucional e ser passível de apreciação pela Corte. Por outro, nós temos a entrega de grande parte do poder decisório para o Judiciário. Em outros aspetos, também destacamos a inércia e inoperância do Legislativo para concretizar as regulamentações previstas por ele e para si próprio, abrindo assim espaço, mais uma vez, para ação do Judiciário¹⁰⁸.

Esses efeitos puderam ser percebidos conforme a inaplicação da Constituição que foi assimilada pela sociedade e como efeito acabou gerando uma demanda para o Judiciário, a exemplo da saúde que é um direito com previsão constitucional. Ocorre que para garantir um atendimento público de saúde satisfatório, a população começou a requerer os seus direitos de forma judicial, desde a concessão de um medicamento à procedimentos mais complexos.

Faustino da Rosa Júnior estuda a judicialização da política com um viés de relação com a aplicação dos direitos fundamentais, todavia, ele reconhece que sua efetivação se dá pela alçada política¹⁰⁹.

O mesmo professor leciona reconhecendo que as matérias estritamente políticas passaram a ser transferidas para os magistrados, fazendo com que situações importantes para o país passassem a depender de decisões do Judiciário. O que não ficou perceptível para o Judiciário, ou se foi percebido não foi considerado, é que quando o Judiciário está se

necessidade de proteção maior para valores como a dignidade da pessoa humana, cidadania, direitos humanos e bem-estar social. Tendo para tanto dado força ao Judiciário com a concepção do que o professor se refere como *Justiça Constitucional das Liberdades*, cabendo o importante papel do Judiciário no controle de abusos por atos comissivos e omissivos por parte de outros poderes.

¹⁰⁸ Sabemos que os poderes são independentes e harmônicos entre si, entretanto, há diversas situações em que pode ocorrer uma verdadeira “quebra” de conceito tendo em vista que a própria Constituição autoriza a interferência de um poder sobre o outro, caracterizando o que conhecemos de sistema de freios e contrapesos. E através dessa possibilidade que o Estado pode controlar os abusos cometidos por um outro poder de forma que passem a se equilibrar, mantendo sempre a harmonia garantida pela nossa Carta Magna.

¹⁰⁹ Assim ensina Faustino: “Realizar concretamente direitos fundamentais é a grande finalidade do direito constitucional brasileiro. Entretanto, aplicar um direito fundamental significa eleger um meio de efetivação concreta deste respectivo direito, ou seja, implica em uma opção política que tende a levar em consideração a relevância, o interesse, a conveniência e a oportunidade de uma determinada medida. Esta espécie de opção sempre é determinada por uma ideologia política, cujo produto assume a forma de política pública. Se as políticas públicas são fruto de opções ideológicas tomadas por representantes da comunidade, no âmbito de um Parlamento, o seu produto é executado, no âmbito imparcial, legal e burocrático pela Administração. Este contexto, levado ao Judiciário, leva a uma judicialização da política no sistema brasileiro.” ROSA JUNIOR, Faustino da. O problema da judicialização da política e da politização do judiciário no sistema brasileiro, In *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, nº 58, out 2008. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3164. Acesso em 25 de outubro de 2016.

posicionando na tentativa de proteger os direitos fundamentais (que são os que mais demandam do Judiciário) e está substituindo quase que totalmente a competência de outro poder, do qual cabe essa decisão.

Importante ressaltar o entendimento completamente averso a esta linha, que é de Dirley da Cunha Junior, o qual atribui a constante transformação do Estado enquanto contexto social como causa da politização do Judiciário, perdendo este, ou melhor, no entendimento do professor, ampliando a sua esfera de mera resolução de conflitos privados, não podendo mais ser comparado ao *gendarme* ou *nightwatchman*

Ao que o professor Dirley chama de “*novo estado- o État providence dos franceses ou o Welfare State*” ele se lastreia em Cappeletti para consolidar o seu entendimento de que o Judiciário passou a assumir uma nova função assumindo responsabilidades importantes na consagração dos direitos sociais, que segundo o próprio Cappeletti por estar prescrito na legislação cabe justamente aos juízes fazer cumprir¹¹⁰.

Apesar do respeitado entendimento do professor Dirley que é muito bem amparado nos estudos dos professores Cappeletti, Tércio Sampaio Ferraz Junior, José Eduardo Faria, Garcia Herrera, entre inúmeros outros respeitados e incontestes estudiosos do direito Constitucional e da separação dos poderes, não podemos comungar do mesmo entendimento, porém, mesmo em discordância, a sua posição contrária foi considerada neste estudo.

Nossa contrariedade ao estudo de Dirley é por entendermos que o fracasso se dá não na aplicabilidade das funções constitucionais pelo Judiciário, mas sim em outros dois motivos. O primeiro motivo, na essência do direito, com a falência do princípio da separação dos poderes como é hoje aplicado e, o segundo, mais adiante com o que classificamos como oportunismo do Judiciário, por não preferir uma facultada postura autocontida ou, até mesmo, chamar a responsabilidade dos demais poderes para tomar as posturas que por eles devem ser tomadas.

Incontestemente, como já expressei neste trabalho, a culpa omissiva e comissiva é tanto do Legislativo como do Executivo. Ocorre que o Judiciário na condição de poder mais técnico dos três, deveria usar a sua confiança popular e sua capacidade técnica por essência para, ao invés de usurpar poder para si, conquistá-lo de forma mais democrática cobrando dos demais poderes o cumprimento de suas obrigações constitucionais.

¹¹⁰ O professor Dirley entende que esse movimento elevou o Judiciário a condição de “terceiro gigante” chegando ao patamar dos outros poderes, em virtude das mudanças nas funções dos juízes que foram exigidas naturalmente para que fosse possível que os mesmos efetivassem a aplicação dos novos direitos sociais.

Há também entendimento no sentido de que com a judicialização passou a haver uma maior garantia dos direitos individuais, difusos e coletivos, o que vem a ser um aspecto positivo observando-se a expansão do Poder Judiciário, que é externado pelo ministro Luís Roberto Barroso que afirma que as garantias da magistratura que consagradas pela constituição aproximaram o poder judicial muito mais de um poder político ou um poder social que jurídico propriamente dito, pois é dada a ele a jurisdição de normas da Constituição, leis infraconstitucionais e um vasto aparato normativo¹¹¹.

Para além desses, em nosso entendimento, outros elementos importantíssimos devem ser considerados. Um deles é a confusão causada pelo legislador originário que permitiu ou garantiu a outros poderes o poder de indicação de membros do Poder Judiciário, o que não ocorre na vertente contrária. É importante destacar que esse poder abre espaço para uma presença mais política e menos técnica nas cúpulas do Judiciário, o que tem reflexos diretos na confiabilidade das decisões do Judiciário perante a sociedade e aos próprios poderes que os indicaram. Talvez seja este o maior “teto de vidro” do poder na atualidade.

É neste diapasão que vislumbramos que a justiça esta intrinsecamente atrelada à noção de um julgamento justo e imparcial. Todavia, esse sentimento se perde quando, por exemplo, uma Corte como o nosso STF, que possui seus membros com indicações políticas do Presidente da República, inviabiliza a realização de julgamentos contra os que o indicaram com a garantia de total imparcialidade. Em um segundo momento, tem-se que com essa proximidade entranhada nas cúpulas dos poderes, a presunção de cumprimento do pressuposto da independência dos poderes fica posta em dúvida.

Fato é que este fenómeno de politização da justiça, que no caso do Brasil despertou com a CF/88, embrião gerador da judicialização, vem se agravando à uma velocidade incontrolável. E esse agravamento se dá por uma disputa constante por espaço, poder e, de certa forma, (apesar de surtir efeito contrário) respeito da sociedade. Indubitavelmente, é necessário que sejam tomadas medidas para conter essa crise entre as instituições de forma inadiável.

Para além desses, toda essa situação permite que surjam outros movimentos no país. De um lado vislumbramos o crescimento da extrema direita¹¹² com políticas duras,

¹¹¹BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*, 2010. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20100204-04.pdf. Acesso em 12 de novembro de 2016.

¹¹²Essa onda de crescimento da extrema direita pode-se dizer generalizada por todo o globo, claro que foram impulsionadas por motivos e situações diferentes e não necessariamente as mesmas do Brasil. Destaca-se a

nacionalistas e também a incerteza dos limites a serem respeitados¹¹³. De outro, temos a demonstração de falência do sistema presidencialista que acarreta uma crescente onda parlamentar e monárquica e um fortalecimento nos países que já a adotam¹¹⁴, vislumbrando ainda o risco cada vez mais sentindo da possibilidade de uma nova intervenção militar no caso do Brasil.

5.1- O processo de judicialização das eleições

Antes de adentrarmos propriamente no mérito da temática sobre a judicialização do processo eleitoral no Brasil, é necessário fazer um apanhado histórico do nosso sistema eleitoral para que possamos obter um conhecimento, caso ainda não tenhamos, ainda que superficial, do funcionamento na atualidade do chamado modelo brasileiro de governança eleitoral¹¹⁵.

Eduardo Meira Zauli¹¹⁶, citando Victor Nunes Leal¹¹⁷, ao tratar do sistema de governança eleitoral na época do Império, aborda este como inexistente e utiliza para tanto o principal argumento de que a formação do Parlamento se dava predominantemente e quando não exclusivamente por critérios pessoais do monarca.

eleição do referendo para o BREXIT e, como consequência, a escolha da nova *Premier* Britânica Teresa May, do partido conservador, seguida pela eleição de Trump para presidente dos Estados Unidos da América, vale mencionar também o crescimento avassalador da extrema direita na França, chegando até ao segundo turno das eleições, e no Brasil, a crescente ascensão do Deputado Jair Bolsonaro nas pesquisas presidenciais.

¹¹³ Da mesma forma que a eleição de Trump, apesar de iniciar como sendo uma surpresa ainda hoje, gera incertezas tanto no aspeto económico, como social, e, principalmente, militar e humanitário, se compararmos ao Brasil a rejeição a extrema direita representada pelo Deputado Jair Bolsonaro também se dá pela incerteza que ela representa, nomeadamente, nos campos dos direitos humanos e das minorias.

¹¹⁴ É crescente no Brasil uma onda que busca restabelecer a monarquia, movimento que vem se organizando pelo país e já com apresentação de sugestão legislativa para um plebiscito mudando o regime de governo e de Estado para uma monarquia parlamentarista. Há quem entenda que as monarquias possuem menores gastos e melhores resultados quando nos referimos ao índice de desenvolvimento humano. Entretanto, há diversas divergências acerca do tema, pois ao passo que muitos entendem ser uma solução para o Brasil, que vem atravessando uma verdadeira crise política, outros entendem que seria um verdadeiro retrocesso, o que entendemos que de fato seria, devido à própria cultura popular que já não abarcaria um sistema monárquico.

¹¹⁵ A literatura moderna da ciência política se reporta a todo o aparato estatal ou não que visa garantir a integridade do processo eleitoral como “governança eleitora”. Segundo Mozafar e Schedler esse sistema pode ser compreendido em três esferas distintas a primeira compreendida pela formulação das regras (*rulemaking*), a segunda pela aplicação das regras (*ruleapplication*) e a terceira pela adjudicação das regras (*ruleadjudication*). MOZAFFAR, Shahheen e SCHEDLER, Andreas.(2002), *The Comparative study of Electoral Governance – Introduction*. *International Political Science Review*, vol. 23 n° 1, pp. 5-27.142

¹¹⁶ ZAULI, Eduardo Moreira. Justiça eleitoral e judicialização das eleições no Brasil, In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n° 102, pp. 255-289, jan./jun. 2011.

¹¹⁷ LEAL, V.N. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*, Rio de Janeiro: Forense, 1948.

Victor Nunes¹¹⁸, por sua vez, citando Nabuco de Araújo, assevera que o poder moderador-representado na figura do monarcapoderia convidar quem fosse pra formar o governo e que, após essa escolha prévia, se faria uma eleição apenas por mera formalidade.

Chegando a República Velha, a prática não passou a se distanciar muito da forma era no império. Foi assim que o Brasil demonstrou na sua participação na Assembléia Constituinte de 1933, que acabou sendo replicado no estudo de Victor Nunes Leal, quando compara a incerteza e insegurança em todo o sistema eleitoral, desde a própria inconfiabilidade do voto creditado na urna, passando pela incredulidade numa apuração justa até a dúvida da proclamação do resultado, tanto no império quanto no novo regime, com o Presidente da República¹¹⁹.

O modelo atual de governança eleitoral originou-se com o advento da revolução de 1930, em que foi retirado do amparo dos poderes Legislativo e Executivo a competência sob o processo eleitoral e atribuiu a uma nova organização, criando assim a Justiça Eleitoral, que após a constituição de 1934 passou a fazer uma grande parcela do Poder Judiciário do Brasil. À época, a criação da Justiça eleitoral não foi suficiente para garantir a equidade, imparcialidade, transparência, justiça e inúmeros outros pressupostos inerentes ao processo eleitoral e, até hoje, não é.

É imperioso destacar que quando tratamos do STF não se diferencia substancialmente ao TSE nos aspectos aqui abordados, mas toda a justiça eleitoral recebe críticas pela sua abordagem mais ou menos ativista em diferentes momentos da história. Essas críticas se tornam muito mais enfáticas e incisivas quando da tomada de decisões que têm uma forte interferência na sociedade ou no próprio sistema eleitoral. Foi assim quando se posicionou quanto ao princípio da fidelidade partidária¹²⁰, ainda em 1984, no mesmo ano

¹¹⁸LEAL, V.N. Coronelismo, *enxada e voto*..., p. 101.

¹¹⁹*Ibidem*.

¹²⁰ Neste caso, numa apertada síntese dos fatos, quando da ocasião ainda da eleição indireta mas que escolheria o primeiro presidente civil da redemocratização, concorrendo o então deputado federal Paulo Maluf - do Partido Democrático Social (PDS/SP), apoiado pelo regime militar - e Tancredo Neves, da oposição, ex-governador de Minas Gerais (1983-84), do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB). A escolha de Paulo Maluf desagradava a parte dos membros de seu partido de maneira que vários de seus dissidentes criaram uma nova agremiação - a Frente Liberal - e apoiaram o candidato da oposição. Ocorre que existia uma legislação muito forte quando se tratava da fidelidade partidária, através do art. 152º, § 5º, c.c. o art. 35º, V, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969 - da Constituição de 1967 -, alterado pela Emenda Constitucional nº 11, de 1978, também presente na Lei nº 5.682/71 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos) que assegurava a perda do mandato aquele parlamentar que contrariasse orientações partidárias por atitudes e até pelo voto. Desta feita, instada a se manifestar, a Corte se posicionou através da resolução 12.017, de 27 de novembro de 1984. O TSE derrubou o princípio da fidelidade partidária na esfera do Colégio Eleitoral que escolheria o primeiro Presidente civil encerrando assim o regime militar no Brasil iniciado ainda em 1964 com o golpe militar.

quando foi instado a se posicionar por questões internas¹²¹ no então Partido Democrático Social (PDS), também sobre a verticalização das coligações partidárias¹²² em 2002, na limitação do número de vereadores¹²³ em 2004, quando redefiniu os critérios para os repasses dos recursos do fundo partidário¹²⁴ em 2007. Nesse mesmo ano a regulamentação da perda de mandatos eletivos¹²⁵ e já em 2010 quando se posicionou sobre a validade da lei ficha limpa¹²⁶.

Em ambos os posicionamentos mencionados de 1984, não se faz necessário ser um crítico do ativismo judicial para verificar que o TSE legislou de forma clara, e não se vem aqui discutir o mérito nem a relevância da questão, que nesse caso é inquestionável. As decisões do tribunal foram fundamentais para o fim do regime militar no Brasil e para o início do processo de redemocratização.

¹²¹ Ainda com a decisão exalada e aqui citada na nota anterior, o PDS requereu à Justiça Eleitoral o arquivamento de cópia da ata da reunião de seu Diretório Nacional, em que estabelecera diretriz quanto à obrigatoriedade do voto, pelos membros do Colégio Eleitoral, no candidato escolhido pela convenção nacional. Que por sua vez se posicionou na resolução nº 12.028, de 04 de dezembro de 1984, indeferindo o pedido, em razão da incompetência do Diretório Nacional do PDS para fixar diretrizes políticas a serem seguidas pelos seus filiados. A competência, nos termos do estatuto do partido, era da convenção nacional.

¹²²Referindo-se a 26 de fevereiro de 2002, onde o Tribunal Superior Eleitoral apreciou consulta formulada pelos Deputados Federais Miro Teixeira, José Roberto Batochio, Fernando Coruja e Pompeo de Mattos, todos integrantes do PDT – Partido Democrático Trabalhista (Consulta nº 715 - Classe 5ª - Distrito Federal), para respondê-la negativamente, emitindo a Resolução nº 21.002 Para o TSE, os partidos, apesar de sua autonomia, têm “caráter nacional”. A expressão “verticalização” se deve ao fato de que a instrução do TSE se impõe ao partido, devendo ser seguida de cima para baixo, ou seja, do órgão nacional para os estaduais. Dessa forma, nas eleições de 2002, a regra de verticalização foi observada, sendo que as alianças feitas no âmbito federal (para as eleições de Presidente da República) tiveram de ser respeitadas ou repetidas no âmbito estadual (na escolha de Governador de Estado).

¹²³ Reportando-se à Resolução nº 21.702 PET 1442, do Tribunal Superior Eleitoral, que definiu a composição das Câmaras Municipais de todo o país, que diminuiu 8936 cadeiras nas câmaras municipais do país, que passaram de 60311 cadeiras para 51375.

¹²⁴ Se reportando à Resolução nº 22.506, de 06 de fevereiro de 2007, de relatoria do ministro Cesar Asfor Rocha que estabelecia novos critérios para a distribuição dos recursos do fundo partidário. Ainda hoje o fundo de assistência financeira aos partidos políticos, em sucinta síntese, divide entre os partidos políticos que tenham registro junto ao TSE e não possuam contas desaprovadas ou aporte financeiro com a arrecadação de multas eleitorais e o duodécimo oriundo dos recursos da União. 5% de todo o valor é dividido de forma igualitária entre os partidos e 95% de acordo com a sua representatividade na câmara federal. Atualmente, no Brasil, 35 partidos políticos estão registrados junto ao TSE e, em 2016, eles tiveram um orçamento em 2016 segundo o tribunal de 819 milhões.

¹²⁵ Em nosso entender, o TSE regrediu a legislação do regime militar, não naturalmente nos mesmos moldes, para através da Resolução nº 22.526, de março de 2007, estabelecer regras mais duras para perda de mandato eletivo por infidelidade partidária.

¹²⁶ Em mais uma decisão polêmica, a Corte Superior Eleitoral ao julgar uma preliminar em um recurso de um candidato que teve seu registro impugnado, entendeu que a Lei Complementar nº 135, publicada no Diário Oficial da União, em 07 de junho de 2010, entendeu por maioria que apesar de sua publicação se dar a menos de um ano do pleito eleitoral, o princípio da anualidade não atingiria a lei complementar por estar suprindo um vácuo da legislação.

O caso da fidelidade partidária voltou a ser abordado em 2007 a exemplo da cassação do Deputado Federal pelo PRB, Walter Brito Neto, que foi o primeiro parlamentar federal punido por ter realizado a troca de partido após o prazo determinado pela legislação eleitoral¹²⁷.

Há de se destacar que na época em que o parlamentar veio a ser cassado, não existia previsão legal que determinasse que a infidelidade partidária gerava a perda do mandato. Neste caso, o próprio tribunal legislou e cassou o mandato do Deputado.

O Supremo Tribunal Federal havia decidido que os mandatos pertenciam aos partidos e não aos políticos eleitos. Nesse caso pergunta-se: seria mais prudente o presente caso ser apreciado pela própria Casa Legislativa, pelo Judiciário ou pelo próprio partido? Mais uma vez vimos o Judiciário dando a sua resposta. Ele mesmo determina o erro e o corrige quando na verdade em diversas situações a resolução de determinados problemas deveriam advir do povo que é o verdadeiro responsável pelas escolhas dos seus representantes.

Os casos citados de 2002¹²⁸ e 2004¹²⁹ servem para corroborar com o forte argumento de que o Judiciário tem sede de legislar. Reportando-nos à posição do TSE, no primeiro caso, um dia após a decisão, e antes mesmo de sua publicação, o Legislativo passou a dar respostas, que referente à verticalização partidária, um grupo expressivo de parlamentares impulsionou a tramitação de uma PEC visando a modificação da decisão da Corte. A citada emenda foi rapidamente aprovada e promulgada e não foi aplicada imediatamente para as eleições seguintes. Percebe-se, dessa forma, que também foi utilizada por meio de uma decisão do Judiciário.

Em se tratando da decisão que reduziu o número de vereadores a demora foi maior, principalmente pelo fato da interferência judicial não ter atingido diretamente congressistas e sim o parlamento mirim. Ainda assim, em 2009, o congresso promulgou a EC 58, de 23 de setembro, que estabeleceu os limites para composição das câmaras de vereadores, e mais uma vez por medida do Judiciário a emenda não vigorou para eleição imediata.

¹²⁷ O Tribunal Superior Eleitoral, na observância do que decidiu o Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Segurança nºs 26.602, 26.603 e 26.604, disciplinou através da Resolução nºs 22610/2007 e 22738/2008, o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária. O primeiro parlamentar federal que teve efetivada a perda do mandato foi o Deputado Walter Brito Neto através do acórdão 5.5.2008 (pet nº2.756) pelo TSE e posteriormente confirmada pelo STF no julgamento do Agravo de Instrumento (AI) 733387.

¹²⁸ Ver nota 122.

¹²⁹ Ver nota 123.

Tanto no caso da repartição dos recursos do fundo partidário como no da perda do mandato por infidelidade, nós tivemos respostas dadas pelo próprio Judiciário para desarranjos graves nas relações político partidárias.

Em suma, a leitura que se pode fazer dos casos abordados é que problemas internos partidários ou até mesmo problemas da administração e gerência do sistema político que deveriam ser solucionados pelo próprio Legislativo ou por iniciativa direta ou indireta do Executivo, quando fosse o caso, são levados pelos próprios, entes inertes, para apreciação do Judiciário, e após a decisão do Judiciário não ser satisfatória ou não corresponder às expectativas é que se tomam providências legislativas de forma a sobrepor tal medida ou simplesmente sujeitar-se e permanecer na inércia.

Por diversas vezes o Judiciário toma medidas que aparentam ser mais populistas que jurídicas, inclusive foi assim quando da apreciação da já mencionada aplicabilidade da Lei da Ficha Limpa, na época em que foi apreciada pelo Judiciário essa lei era assegurada por um imenso apoio popular que acabou fazendo com que o TSE abrisse mão de princípios consagrados, a exemplo da anualidade em matéria eleitoral para se sujeitar a pressões externas.

De acordo com os exemplos citados foi possível observar que alguns deles não tratavam de uma posição da Corte Eleitoral dada sob um caso concreto, mas tão somente de uma consulta em abstrato¹³⁰, e esse é, sem dúvidas, um avanço constitucional para a justiça eleitoral que necessitava ser extensivo a outras instâncias de nosso Poder Judiciário.

¹³⁰ As competências do TSE atribuídas pelo código eleitoral (este datado de 1965), tendo sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988 na forma de lei complementar, entres as quais a de “responder, sobre matéria eleitoral, as consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político” estão expressas no artigo 23º do código eleitoral brasileiro que em sua total inteligência dispõe: “Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior: **I** – elaborar o seu Regimento Interno; **II** – organizar a sua Secretaria e a Corregedoria-Geral, propondo ao Congresso Nacional a criação ou extinção dos cargos administrativos e a fixação dos respectivos vencimentos, provendo-os na forma da lei; **III** – conceder aos seus membros licença e férias, assim como afastamento do exercício dos cargos efetivos; **IV** – aprovar o afastamento do exercício dos cargos efetivos dos Juízes dos Tribunais Regionais Eleitorais; **V** – propor a criação de Tribunal Regional na sede de qualquer dos Territórios; **VI** – propor ao Poder Legislativo o aumento do número dos Juízes de qualquer Tribunal Eleitoral, indicando a forma desse aumento; **VII** – fixar as datas para as eleições de Presidente e Vice-Presidente da República, Senadores e Deputados Federais, quando não o tiverem sido por lei; **VIII** – aprovar a divisão dos Estados em Zonas Eleitorais ou a criação de novas Zonas; **IX** – expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código; **X** – fixar a diária do Corregedor-Geral, dos Corregedores Regionais e auxiliares em diligência fora da sede; **XI** – enviar ao Presidente da República a lista tríplice organizada pelos Tribunais de Justiça, nos termos do art. 25; **XII** – responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político; **XIII** – autorizar a contagem dos votos pelas Mesas Receptoras nos Estados em que essa providência for solicitada pelo Tribunal Regional respectivo; **XIV** – requisitar força federal necessária ao cumprimento da lei, de suas próprias decisões ou das decisões dos Tribunais Regionais que o solicitarem, e para garantir a votação e a apuração; **XV** – organizar e divulgar a súmula de sua

Todo avanço tem seu custo e, nesse caso, é importante para a segurança jurídica de nosso sistema eleitoral que essas consultas, em casos concretos, permitam que a Corte mude de entendimento consoante a dinâmica eleitoral, por exemplo. Esta realidade já foi vista, inclusive já examinamos os casos em que o TSE se reposicionou sobre a verticalização das alianças eleitorais em 2001 e no momento em que mudou o seu entendimento quando da titularidade dos mandatos eletivos e da fidelidade partidária em 2007, momento em que todos passaram a tratar de uma adequação ou mutações constitucionais sobre assuntos que o tribunal já havia se posicionado anteriormente, porém de forma distinta.

Essa abertura dada pela CF/88 torna a competência de julgar dos juízes eleitorais tão amplas que podemos equiparar não apenas à legisladores, mas à legisladores originários. Comportamento este observado não somente nos Tribunais Regionais Eleitorais e no Tribunal Superior Eleitoral, mas com maior alcance pela sua mais próxima incidência na sociedade e com maior amplitude também nos juízes eleitorais de primeira instância¹³¹.

5.2- A presença do Judiciário em atos exclusivamente legislativos e do poder Executivo

Ao longo do presente estudo, nós observamos que o Judiciário aparenta ter através de seus atos um anseio de legislar. O que precisamos compreender é que além das causas desse fenômeno há elementos que caracterizam e comprovam os efeitos de seus atos.

Não obste em nos prendermos unicamente à teoria, ao estudo de casos concretos, nos permite avaliar o contexto em que se insere a presença do poder Judiciário em atos que extrapolam de suas competências e causam uma espécie de mal estar ou insatisfação com os demais poderes, quando tem suas garantias constitucionais atacadas.¹³²

Antes de adentrarmos na análise de casos específicos, é preciso entendermos que as decisões do Judiciário que tornam mais perceptível viés extrapolador são as emitidas pelos Tribunais Superiores e, principalmente, pelo STF. Isto por dois principais fatores: o primeiro, pelo fato das decisões emanadas das Cortes Superiores terem repercussão em

jurisprudência; XVI – requisitar funcionários da União e do Distrito Federal quando o exigir o acúmulo ocasional do serviço de sua Secretaria; XVII – publicar um boletim eleitoral; XVIII – tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral.”

¹³¹ Nas eleições municipais é comum em zonas eleitorais vizinhas, por exemplo, constatar a proibição ou não de alguns tipos de mídias, eventos, entre inúmeras outras.

¹³² Importante destacar que o controle prévio dos atos administrativos do Poder Executivo é feito exclusivamente pelo Poder Executivo, cabendo aos Poderes Legislativo e Judiciário exercer o controle desses atos somente após sua entrada em vigor.

maiores quantidades de pessoas e, o segundo, é que com a amplitude dos direitos com garantias constitucionais no Brasil, os mais diversos assuntos conseguem chegar para apreciação do STF¹³³.

5.2.1 – A ADIn 3.510 trata das pesquisas com células tronco

De pronto destacamos o caso tratado por Luís Roberto Barroso (2009) que em 2013 passou por indicação da então presidente Dilma Rousseff a integrar o STF quando observava o pedido da PGR, através da ADIn 3.510, para que fosse declarada a inconstitucionalidade do art. 5º da lei de Biossegurança que permitia as pesquisas com células troncos embrionárias.

Em apertada síntese, tratava-se da decisão de 29 de maio de 2008 na qual o STF não aceitou os argumentos da PGR de que as análises com células-tronco embrionárias vem a transgredir o direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

5.2.2- Resolução nº 7, de 2005, do CNJ, que trata sobre nepotismo no poder Judiciário

Trata-se de um emblemático caso que se refere aos efeitos da Resolução nº 7, de 2005, do CNJ, chegados ao STF através de pedido de declaração de constitucionalidade, ADC 12. Esta resolução proibia o nepotismo no poder Judiciário.

Sabemos que há nepotismo quando ocorre a contratação de pessoas que possuem parentesco até terceiro grau, cônjuges ou companheiros de agentes políticos, para o serviço público de modo a desenvolver funções em cargos comissionados, como forma de favorecimento a pessoas que possuem algum tipo de relação com agentes políticos, quando na verdade os cargos supracitados prescindem de concurso público.

Ainda, é imperioso destacar que tal objurgação se estende àquelas pessoas que possuem algum tipo de parentesco por afinidade, proibindo desta forma o que nós

¹³³ O professor Pedro Victor de Santana no seu artigo “*Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal: Impactos na Ordem Democrática do Brasil abordando a Constituição cidadã de 1988*”, apresenta, entre suas principais características, a de ser fortemente principiológica e extremamente prolixa, obrigando o STF a tomar decisões com grande amplitude. O mesmo professor assevera exemplificando que em quase dez vezes mais antiga que a Brasileira a Constituição Americana é composta de basicamente 34 artigos que se restringem a apresentar linhas norteadoras da organização governamental e seus fundamentos básicos. Citando também a Constituição alemã com 146 artigos, a italiana com 139 e a francesa com 92 em comparação com a brasileira e seus 250 artigos, o que nos permite entender que quase tudo no Brasil é matéria constitucional.

conhecemos por apadrinhamento, que ocorre quando os agentes políticos passam a nomear entre si os seus parentes, cônjuges ou companheiros como uma verdadeira troca de favores.

A mencionada *Ação Declaratória de Constitucionalidade 12* onde a pedido da Associação dos Magistrados Brasileiros o Supremo Tribunal Federal entendeu que não era necessário uma lei específica para versar sobre a situação do nepotismo mas que os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade já eram mais que suficientes para proibir a contratação de parentes até terceiro grau¹³⁴.aprofundar mais

O que se pode vislumbrar nesse caso não é tão somente uma interpretação extensiva da Corte, mas que esta se dá inclusive para delimitar o grau de parentesco (3º grau). Ora se já não fosse suficiente ter que aceitar que o Judiciário possa discernir os casos em que se faz necessário ou não a existência de legislação específica, vê-se então o Judiciário conseguindo extrair de fontes principiológicas delimitações de grau, tempo, lugar, etc.

É fato que o Conselho Nacional de Justiça pode agir de ofício ou mediante provocação, tomando por base os princípios da legalidade e da moralidade. Assim, ele irá fiscalizar e atestar se os atos administrativos, financeiros e outros cabíveis de fiscalização correcional estão sendo cumpridos pelos integrantes do Judiciário em conformidade com os princípios acima expostos.

É válido destacar que o Conselho Nacional de Justiça fundamentou a sua atuação na Resolução nº 7, de 2005¹³⁵, e na nossa Carta Magna, de modo que as suas decisões se sobrepõem inclusive às decisões do Tribunal de Contas da União, o que acabou acarretando uma verdadeira discussão junto ao STF, onde por meio de uma ADC a de numero 12 a Associação dos Magistrados do Brasil, confirmando a a eficácia normativa da resolução com lastro no art. 103-B, §4º, II, CF.¹³⁶

¹³⁴ BRASIL. STF, 2008.

¹³⁵ Trata-se da resolução do CNJ que disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências.

¹³⁶ Vejamos o que preceitua o art. 103-B, seu § 4º II da CF/88: O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009) § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

O STF ao apreciar a ADC 12 aplicou os efeitos da resolução do CNJ através da edição de uma Sumula vinculante – SV nº13, para proibir o nepotismo no âmbito de todos os poderes do Estado.¹³⁷

O nepotismo não possui amparo constitucional e consoante preceitua o art. 103-A, §1º da Carta Magna, não deveria ser objeto também de sumula vinculante, pelo fato principal de possuir amparo apenas em resolução do CNJ e do CNMP, seria até então impensável editar SV sem a previsão de normatismo jurídico incontroverso ou sem um leque reiterado de decisões¹³⁸.

5.2.3- Súmula vinculante nº 11 que se refere ao o uso de algemas

Dando continuidade ao infinito leque de decisões questionáveis quanto à sua competência, o STF abdicou do entendimento da necessidade de reiteradas decisões

¹³⁷Senão, vejamos o que aduz: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.” SÚMULA VINCULANTE Nº 13, STF.

¹³⁸ Vejamos o que preceitua o art.103-A e seu § 1º da CF/88: O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006). § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

interpretações conflitantes para editar súmulas vinculantes¹³⁹, e com isto fez a edição da SV nº 11 lastreada por um específico caso¹⁴⁰ e regulamentou o uso de algemas.

Mais uma vez ao ver a inércia, pelo período de mais de 20 anos, do Legislativo diante da previsão dada pela Lei Federal nº 7210/84 para que fosse regulamentado através de lei específica o uso das algemas, não foi levado em consideração que a competência para estabelecer uma legislação específica era do poder Legislativo e não do Judiciário, porém este último legislou e editou a SV nº11¹⁴¹, restringindo a sua utilização a casos extremos de resistência, perigo de fuga, risco a integridade da autoridade policial ou de terceiros.

5.2.4 - MS 37.485/DF sobre a quebra de sigilo telefônico por CPI

Ainda em 2008, no episódio da crise institucional mais direto envolvendo Judiciário e o Legislativo, este último impugnou em face de Mandado de Segurança MS 37.485/DF uma requisição feita por uma comissão Parlamentar de Inquérito para quebra de sigilo telefônico.

A Corte decidiu que o fornecimento das informações sem ordem judicial estaria configurando quebra de sigilo judicial sem a respectiva autorização. Por fim, como forma de tentar ponderar e minimizar os efeitos da sua decisão permitiu que as

¹³⁹ A Emenda Constitucional de nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que instituiu a súmula vinculante como conhecemos hoje, a ser emitida pelo Superior Tribunal Federal, incluindo do texto constitucional o artigo 103-A que em sua inteligência afirma: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder a sua revisão ou cancelamento na forma estabelecida em lei. §1º A súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. §2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a prolação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor ação direta de inconstitucionalidade. §3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, que julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.”

¹⁴⁰ O caso específico em referência tratou-se do *Habeas Corpus* HC 91952 que foi apreciado pela Corte em 7 de agosto de 2008.

¹⁴¹ Afirma o texto da *Sumula Vinculante nº 11*: “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.”

operadoras de telefonia passassem por uma série de informações, porém com a ressalva da preservação do sigilo das partes, caso a CPI possuísse interesse¹⁴².

Neste caso, não nos vamos prender à uma interpretação literal e limitada da decisão, mas tão somente levantar alguns questionamentos que não precisam ser respondidos no presente estudo. Mas, partindo do pressuposto que quem investiga deverá ter a seu alcance os meios legais de investigar, em se tratando de uma investigação de crime de responsabilidade cometida pelo Presidente da República, com fulcro nesta decisão, havendo a necessidade de quebra de sigilo da autoridade seria necessário uma investigação compartilhada entre o Senado e o Judiciário? Esse é um questionamento que levanta diversos entendimentos.

5.2.5- Lei da ficha limpa

A lei da ficha limpa já foi abordada neste trabalho, porém foi observada por outros aspetos e propósitos. Inclusive nós temos a decisão do STF que não considerou para as eleições de 2010 os efeitos da lei de iniciativa popular conhecida como “*lei da ficha limpa*”

Apesar de o texto da lei ser expresso em sentido contrário, para que fosse possível a superação de seus efeitos a Corte entendeu que o princípio da anualidade no processo eleitoral¹⁴³ era considerado cláusula pétrea da constituição e, portanto, não poderia ser atacada sem que com isso cause prejuízos para segurança jurídica.

Neste último caso, observamos por suficiência para configuração mais uma vez do efeito extrapolador do Judiciário que indiretamente acrescenta um inciso ao artigo que trata de forma exaustiva as previsões das chamadas cláusulas pétreas da lei maior do Brasil¹⁴⁴.

¹⁴²BRASIL. STF, 2008.

¹⁴³ O princípio da anualidade está expresso no art. 16º da Constituição Federal de 1988 que afirma que “*A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.*”

¹⁴⁴ A CF/88 apresenta um *hall* taxativo dos requisitos para mudança constitucional e também das previsões das imutabilidades, consoante o artigo 60º: “*A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas*

5.2.6 - ADIn 4.277 e ADPF 132 sobre a união homoafetiva

Em 2012 o pleno do STF decidiu em sede de julgamento da ADI 4.277 ajuizada pelo Procurador-Geral da República e a ADPF 132 pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, para reconhecer a paridade entre pessoas com união estável e união homoafetiva¹⁴⁵.

O Judiciário ocupando desta vez o papel de protetor das minorias se viu numa situação que é uma constante no cotidiano que é a crítica popular, com a diferença que quando a crítica é dirigida ao Legislativo e ao Executivo ela pode ter efeito direto diante da ciclicidade do processo eleitoral para escolha dos respectivos representantes o que não é possível no caso em tela.

Não se vem aqui questionar o intocável e imprescindível princípio que lastreou a decisão da Corte – o da Dignidade da Pessoa Humana, e sim a forma como foi utilizado que, de forma clara, fere tantos outros e até mesmo os próprios alicerces da separação dos poderes.

5.2.7 - ADPF 54 sobre o aborto de anencéfalos

Outro alvo de duras críticas e, até então, talvez a decisão mais criticada do STF, que foi o julgamento em medida de Ação de Descumprimento de Preceito fundamental (ADPF 54) que afastou a punibilidade para casos de interrupção de gravidez para os casos em que o feto seja anencéfalo.

Ainda que não fosse um caso de judicialização de competência legislativa, já é questionado por parte da doutrina o instrumento que se foi utilizado para proferir tal

da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. § 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.”

¹⁴⁵ No caso em tela, o voto do ministro Ayres Britto, que era relator do caso, dando interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723º do CC para dele excluir qualquer significado que dificulte ou crie um óbice ao reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinónimo de família, na sua decisão afirma “(...) não obsta que a união de pessoas do mesmo sexo possa ser reconhecida como entidade familiar apta a merecer proteção estatal.”BRASIL. STF, 2011.

decisão com a persecução de seus efeitos, a qual possa ser considerada como o princípio da legalização total do aborto¹⁴⁶.

Não se faz necessário ser um *expert* em direito para fazer uma interpretação no contexto de que se a carta magna apresenta um rol taxativo de exceções para determinada situação e ocorre um acréscimo de uma exceção, esta apenas poderia se dar por meio de processo legislativo e nunca por meio de decisão judicial. Somando-se ao fato de que tais medidas como esta de grande repercussão social deveriam, ao menos em tese, ser tomadas pela própria população, por meio de plebiscito por exemplo, ou pelos representantes por ela escolhidos.

A justificativa usada pelo STF de que teria analisado não a vida em si, porém a potencialidade da vida, e na não existência de vida não se pode falar em aborto, se torna no mínimo absurda se nós considerarmos o fato de que a vida não é totalmente atribuída a sua concepção e sim quando da comprovação de que o feto é ou não anencéfalo.

5.2.8 - HC 124306 sobre o aborto

Não bastasse a já mencionada decisão de 2012 (ADPF 54), o STF surpreende novamente quando expressa entendimento sobre a matéria e, em 2016, por meio do julgamento do *Habeas Corpus (HC) 124306*, afastando mais uma vez a punibilidade desta feita para os abortos sob quaisquer circunstâncias até os três primeiros meses da gestação.

O entendimento da Corte fora o de que os artigos do código penal, que é datado de 1940, criminalizava o aborto para a mulher e para os profissionais que o praticassem tornando-os incompatíveis com a Constituição de 1988, além de diversos outros direitos inerentes ao ser humano que não poderiam ser restringidos pelo judiciário.

Se a decisão anterior do STF que versava sobre a mesma matéria, já poderíamos considerá-la como sendo absurda, falta a este estudo um adjetivo para classificar tal decisão de maneira mais justa e merecedora. Importante ressaltar que a última decisão não possui efeito vinculante, sendo proferida em face de caso concreto, porém pode servir de jurisprudência para decisões futuras, inclusive de instâncias inferiores.

¹⁴⁶ A Constituição Federal apresenta duas exceções para que seja afastada a punibilidade nos casos de aborto. A primeira quando se trata de uma gravidez resultante de um crime de estupro e, a segunda, quando tratar-se de uma gravidez que apresenta risco de vida para a mãe.

5.2.9- MI 670/ES, MI 708/DF e MI 712/PA sobre o direito de greve para o setor público

O mandado de injunção vem sendo instrumento para que o Judiciário aja de forma ativista judicializando matérias que fogem a sua competência isso não é novidade. Os seus efeitos acarretam um grande risco para a manutenção da ordem democrática e foi assim quando o Tribunal julgou três mandados de injunção que foram interpostos pelo Sindicato dos Servidores da Polícia Civil no Estado do Espírito Santo (MI 670/ES), pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Distrito Federal (MI 708/DF) e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará (MI 712/PA).

Nos mandatos de injunção acima descritos, o direito de greve era aplicado ao setor privado pela lei nº 7.783/89 (lei das greves). Assim, deveriam ser aplicados subsidiariamente ao setor privado e, apesar de a carta magna nacional prever explicitamente que o direito de greve deve ser regulamentado por lei específica, o entendimento da Corte foi de encontro ao texto constitucional e interpretou por analogia a lei de greve aplicada ao setor privado, para o setor público¹⁴⁷.

Não é o caso de se abordar sequer a semelhança das circunstâncias do pleito constitucional, tão somente merecia observância da Corte para o fato da presença e exigência no texto constitucional de lei específica para tal regulamentação, não permitindo assim e nem deixando lacuna para uma possibilidade de interpretação analógica como assim fora dada pela Corte¹⁴⁸.

¹⁴⁷ A Constituição Federal, quando do capítulo VII que trata da administração pública, em sua seção I das disposições gerais, preconiza no seu artigo 37º: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).”

¹⁴⁸ Não com o objetivo de apresentar uma descontinuidade na linha de estudo que adotamos, mas unicamente de apresentar um contraponto a postura adotada pela Corte apresentamos um caso em concreto onde a posição do STF fora adotada em uma linha autocontida mais acertada e condizente com o texto constitucional. Quando da apreciação da *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3682/MT* que versa sobre a omissão legislativa quando da previsão no artigo 18º da Carta Magna que afirma: “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. § 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 15, de 1996)”. Vide art. 96º - ADCT. Não tendo, passado o lapso temporal de 10 anos desde da EC 15, o Congresso Federal e o Congresso Nacional regulamentado em lei complementar os prazos para tais modificações na organização político-administrativa do Brasil. A postura autocontida da Corte nesse caso se deu quando da apreciação da referida ADI tendo o STF por unanimidade dado procedência a ação e em sua decisão fixado o prazo de 18 meses para que o Congresso tome as medidas necessárias a tal

5.2.10 - ADPF 378 sobre o rito do processo de impeachment

Em 2015, o presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, aceitou o pedido de abertura de processo de impedimento contra a Presidente da República Dilma Rousseff e realizou a eleição para escolha dos membros da comissão que analisou o pedido. Este foi um dos períodos mais conturbados desde a ditadura militar no Brasil, da relação institucional entre os três poderes do Estado

A eleição se deu com a possibilidade de mais de uma chapa se candidatar e por meio de voto secreto. Em total discordância o PC do B (Partido comunista do Brasil) ingressou com uma cautelar incidental em uma ADPF (378) que já questionava como deveria se dar o rito do processo de *impeachment*. Como bem ressaltou o relator do processo, ministro Luiz Fachin, defendendo a legitimidade da comissão, da forma como foi realizada a eleição, restou como sendo voto vencido.

É incontestável que quando falamos de eleição presumi-se falar em disputa, e foi esse o entendimento do ministro Fachin, quando se posicionou em uma postura autocontida que a eleição da comissão deveria ser regida pelos regimentos internos de suas respectivas casas legislativas, concordando inclusive com o voto secreto.¹⁴⁹

A decisão da Corte não apenas se posicionou sobre uma matéria de competência que não era sua, como interferiu de forma direta na própria organização interna de outro poder. Aqui, o que se vislumbra também é que a Corte foi provocada por parte do poder que teve suas prerrogativas feridas pela própria Corte. Neste caso, falta auto independência também dos demais poderes que não tem capacidade de resolverem

regulamentação. Vislumbra-se, então, um outro problema, passado o prazo fixado pelo STF a inércia tendo persistido não existe previsão legal para que a Corte aplique alguma penalidade aos agentes inertes, nem tampouco se posicione novamente no mesmo caso ou sem que seja novamente provocado.

¹⁴⁹ Importante ressaltar que na votação do texto principal e nos embargos, os ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli tiveram entendimento *a quo* o do ministro Fachin. Toffoli em seu voto afirma, quando trata da eleição da comissão, que: *“Teríamos que permitir candidaturas avulsas. Senão não seria caso de eleição (...) Isso subtrai a representação popular, porque o cidadão votou num determinado deputado, que está manietado. Onde na Constituição está que isso é uma escolha do líder partidário? Estamos trocando a representação de 513 por 28 líderes partidários, ou menos porque há os blocos (...) Se a eleição não é secreta ela não é livre! Onde há eleições abertas? Em ditaduras, talvez em países comunistas. Em países democráticos não há que se falar em eleição aberta como livre!”*. E Mendes, mais incisivo até com a própria Corte, além de tratar o julgamento como uma ficção afirma: *“Eleição aqui é no sentido mesmo de eleição. O plenário vota e há um forte direito costumeiro no âmbito do Congresso Nacional respeitante a isso. A mim me parece que pelo menos essa contradição deveria ser explicitada (...) Pode-se afirmar o que quiser. O que não há nesse julgado é integridade. Porque o que se produz é uma grande incongruência”*.

internamente as suas querelas e recorrem ao Judiciário visando apenas a resolução de problemas pontuais e não medem que como consequência terão uma perda gradativa de poder.

Na mesma ADPF, além da escolha da Comissão da Câmara que fez a análise do pedido de *impeachment* da presidente houve outras incongruências, como no papel do Senado Federal no rito anterior à aprovação de abertura do processo de *impeachment* pela Câmara e, nesse caso, já ensejaria o afastamento da Presidente. Assim, com a decisão do STF essa decisão ainda precisaria ser chancelada ou não pelo plenário do Senado em votação simples.

Além de afrontar diretamente uma das Câmaras do Legislativo Federal, essa decisão acaba diminuindo o poder da casa que representa efetivamente o povo brasileiro no momento que além do julgamento propriamente dito, no qual cabe ao Senado condenar ou absolver o presidente, centralizou o poder na Câmara Alta permitindo, desta forma, que se esta entender por maioria simples, não reconhecer do pedido de abertura já seria suficiente para suprimir todos os atos processuais realizados até então pela Câmara dos Deputados.

5.2.11- MS34.087, abertura de processo de impeachment do vice Presidente Michel Temer

O STF por meio de medida liminar expedida em 05 de abril de 2016 pelo ministro Marco Aurelio, determinou que o presidente da Câmara dos Deputados desse prosseguimento ao processo de impeachment do então vice-presidente Michel Temer. A decisão foi tomada após a provocação por meio de um MS ao STF feita pelo advogado Mariel Márley Marra que foi o autor do pedido de impedimento de Michel Temer. No entendimento do Menistro não caberia ao Presidente da Câmara negar provimento ao processo, devendo ser apenas um ato formal de receber e dar prosseguimento a denúncia.

Ora, o julgamento do Presidente da República, nos casos de crime de responsabilidade, cabe ao Senado com autorização prévia da Câmara, até admitimos que no caso de alguma irregularidade insanável nesses casos o STF possa se posicionar, caso seja provocado, nos aspetos constitucionais. É difícil de entender que um ministro do STF decida se dá prosseguimento ou não a pedidos de *impeachment* protocolados na Câmara dos Deputados, quando, em primeiro caso, trata-se de uma prerrogativa do Presidente da Casa e,

em segunda hipótese, caso a decisão do presidente vá de encontro ao entendimento do próprio Legislativo, este deverá de forma interna solucionar a querela, usando os mecanismos existentes para sanar tal situação ou criando em caso de inexistência ou insuficiência.

Podemos dizer que seria como o Congresso avocar para si a competência de decisão de processos que se encontram pendentes de julgamento há muito tempo na Corte ou ainda aqueles que tiveram um desfecho contrário ao entendimento do Legislativo.

Não obstante a decisão tomada até o presente momento, a Câmara não deu cumprimento à mesma. Nesse caso, a inércia abre margem para algumas interpretações entre as quais a de que o STF mais uma vez ainda não se posicionou para não ter que resolver o dilema entre tomar uma decisão que atingirá a autonomia de um outro poder ou contrariar a decisão de um de seus membros e com isso enfraquecer a Corte ou, ainda, que as decisões do STF tenham um caráter político e que como hoje não seria mais uma necessidade nacional como fora na época do *impeachment* da presidente Dilma Rousseff.

O fato é que cada vez com mais frequência, decisões e posições do STF vêm sendo desobedecidas ou postas de lado, isto em virtude também da natureza intervencionista das decisões, além de ser uma forma dos demais poderes demonstrarem força e independência diante de situações em que a Corte tenta extrapolar seus limites.

5.2.12- AC 4.079, que versa sobre o afastamento do mandato do Presidente da Câmara Federal Eduardo Cunha

Mais adiante, em 2016, o STF cometeu em termos jurídicos o que podemos considerar o maior absurdo já praticado por uma Suprema Corte ao redor do mundo desde o julgamento de Nuremberg, no contexto da segunda guerra mundial, claro que guardando as devidas proporções e também a repercussão social que tinham efeitos extremamente opostos nos casos¹⁵⁰.

¹⁵⁰ O julgamento de Nuremberg é até aos dias de hoje fonte de críticas por diversos estudiosos do direito, entendemos por ter sido mais um espetáculo midiático realizado pelo Judiciário com total interferência do meio político da época. Entre os vários questionamentos que fazem com que Nuremberg seja considerado um absurdo em termos jurídicos destacamos o cerceamento do direito de defesa, como pode haver justiça em condenação por um crime que não existia em seu país? Além da falta de legitimidade jurisdicional, com a criação de um tribunal de exceção, e também a falta de legitimidade política, ética e moral dos juízes que representavam as potências vitoriosas que praticaram na guerra crimes se não piores, mas em mesmas proporções dos condenados.

Referimo-nos à ação cautelar 4.070 distrito federal, que levou ao afastamento do mandato e, por consequência, da presidência da Câmara dos Deputados do deputado Eduardo Cunha. Não é objeto deste trabalho discutir aspectos éticos, morais ou infra legais, mas unicamente os aspetos jurídicos da decisão.

O presidente da Câmara dos Deputados foi afastado por uma decisão monocrática e, por seguinte, confirmada pelo pleno do STF. Na própria decisão, o ministro relator reconheceu que não existia previsão constitucional¹⁵¹, mas a medida, por uma série de aspetos, se fazia necessária. Devemos concordar que chega a ser constrangedor fazer uma análise e um estudo desse caso em específico, principalmente por ter que defender juridicamente posições que vão de encontro a princípios morais e éticos de cunho pessoal, porém mais constrangedor entende-se a posição tomada pela Suprema Corte.

Entre incontáveis aspetos negativos da decisão, podemos destacar alguns ataques diretos a princípios que regem nosso ordenamento e até mesmo ao texto da Constituição. Cumpre ressaltar que quando da decisão do afastamento, não pesava sobre o deputado supramencionado nenhuma condenação ainda que fosse em primeira instância, e tão somente o STF havia recebido e aceite a denúncia contra ele, de pronto a garantia constitucional da presunção de inocência foi deixada à mercê.

Consideramos ainda que o seu afastamento do mandato acarretou consequentemente o seu afastamento da presidência da Câmara dos Deputados que, por si só, pode ser considerada uma pena paga sem que houvesse condenação por crime algum. Nesse caso, a insegurança jurídica deixou de ser um receio, como tínhamos receio ao iniciar esse trabalho e passou a ser uma constante em nosso ordenamento, sem ainda levar em consideração os efeitos consequentes acarretados pela decisão que vão desde a perda definitiva do mandato até a sua prisão decretada por um juiz de primeiro grau.

Fazendo uma leitura mais aberta de toda situação que margeou a decisão do afastamento do deputado Eduardo Cunha, tem-se que esta se deu em um cenário onde

¹⁵¹Em seu voto o Ministro relator Teori afirma: “*Mesmo que não haja previsão específica, com assento constitucional, a respeito do afastamento, pela jurisdição criminal, de parlamentares do exercício de seu mandato, ou a imposição de afastamento do Presidente da Câmara dos Deputados quando o seu ocupante venha a ser processado criminalmente, está demonstrado que, no caso, ambas se fazem claramente devidas. A medida postulada é, portanto, necessária, adequada e suficiente para neutralizar os riscos descritos pelo Procurador-Geral da República*”.

ele era visto pela sociedade como o responsável direto pelo impedimento de uma presidente que apesar de ter cometido crime de responsabilidade fora eleita pela maioria dos votos e pertencia à um partido com uma militância política muito forte, e era difícil para a população entender como uma presidente, nessas circunstâncias, era destituída sem ser investigada ou condenada pela justiça e um deputado que era investigado pelo cometimento de diversos crimes não sofria nenhuma punição.

Em tempos de crise e de tomadas de decisões duras é comum que a população em geral não tenha interesse em como a solução deva ser tomada ou a decisão proferida, interessando tão somente que o problema seja resolvido de imediato. Afirmamos isto tendo por base o caso em tela, uma vez que o entendimento da sociedade não interessava que a presidente havia ou não cometido crime de responsabilidade, o que se verificava é que ela não podia ser julgada pelos próprios políticos, já que apesar de eles terem competência constitucional não detinham credibilidade nem confiabilidade, além de que todo esse processo sendo norteado por atos de um deputado que deveria ser destituído antes mesmo da presidente.

Foi nesse contexto que o STF se sentiu na obrigação social de dar uma resposta à sociedade e, com isso, aumentar o seu grau de confiabilidade e de respeito tendo afastado o Deputado Eduardo Cunha.

É importante mencionar dois fatores. O primeiro é que na decisão que afastou o deputado foi considerada a urgência em solucionar a situação em que a Câmara se encontrava. Todavia, o que chama a atenção é que essa urgência poderia ter se dado cinco meses antes, que é o tempo que a Corte aguardou até realizar o julgamento, que coincidentemente se deu quando finalizado o processo de impedimento na Câmara. O segundo ponto se refere ao precedente aberto para convivência da Corte em realizar os julgamentos, dando prioridade com base em requisitos desconhecidos. Cumpre observar que, diferentemente do que ocorre em instâncias inferiores, os atos não são integralmente cumpridos, mas servem como norteadores, que asseguram prazos para alguns atos processuais, minimizando assim o caráter discricionário para apreciação de matérias pelo Judiciário, tentando diferenciar do que ocorre hoje em que matérias aguardam anos e até décadas para serem levadas à julgamento, enquanto outras são apreciadas em horas.

5.2.13- ADI 4983, sobre a proibição das vaquejadas

Por alguns momentos é perceptível que tanto o poder Legislativo como o poder Executivo entendem que o poder Judiciário está passando dos limites e extrapolando a sua área de competência e diante da situação eles buscam rechaçar tal postura. O que se percebe nesse caso é que essa resposta só é dada quando se trata de matérias externas que versam sobre aspetos da população e não internos dos poderes. Essa situação pode ser percebida quando da proibição por parte do STF das vaquejadas¹⁵².

Em julgamento feito em 6 de outubro, o Supremo Tribunal Federal (STF) considerou inconstitucional a lei Lei nº 15.299/2013 do Estado do Ceará que regulamentava eventos desse tipo. A decisão se deu em sede de uma ADI (4983), onde o procurador-geral da República convenceu a maioria da corte de que se tratava de uma crueldade o que acontecia com os animais na vaquejada.

Em agosto de 2015 o julgamento da matéria teve início, quando ao votar pela primazia da ação, o relator afirmou que o dever de proteção ao meio ambiente (artigo 225º da Constituição Federal) se sobrepõe aos valores culturais da atividade desportiva.

Desde a decisão de 6 de outubro, a proposta que visava no Congresso a legalização da vaquejada, rodeio e outros esportes semelhantes ganhou força no Congresso Nacional e foi aprovada no mesmo dia (1º de novembro) tanto na Comissão de Educação, Cultura e Esporte quanto no plenário do Senado e no dia 30, o Diário Oficial da União traz a sanção da Lei nº 13.364, que eleva a vaquejada e o rodeio à condição de manifestações da cultura nacional e patrimônio cultural imaterial. Em menos de 60 dias, o Congresso e o Executivo nacional dão uma resposta – que ainda não é definitiva, ao Judiciário.

Para ser definitiva a resposta precisava ser dada por meio de uma emenda à Constituição que no último dia 14 de fevereiro foi aprovada em segundo turno pelo Senado da República e que, atualmente, segue para a Câmara dos Deputados, onde precisa ser aprovada também em dois turnos para seguir para sanção presidencial.

5.2.14- ADPF 402, sobre o afastamento do Presidente do Senado

¹⁵² Vaquejada é uma tradição cultural nordestina na qual um bói é solto numa pista e dois vaqueiros montados à cavalo tentam derrubá-lo pela cauda, no espaço entre duas faixas marcadas no solo da pista.

O Judiciário recebeu ainda outras respostas às suas posturas ativistas, que merecem nossa atenção, uma delas quando a Rede¹⁵³ entrou com um pedido de afastamento-atraves da ADPF 402 -, do então presidente do Senado da República, Renam Calheiros sob o argumento que mesmo não tendo finalizado o julgamento sobre a questão já tinha se formado maioria no entendimento que réus não poderiam figurar na linha sucessória a Presidência da Republica, mais uma vez o Ministro Marco Aurelio proferiu Liminar favorável no processo em 05 de dezembro de 2016..

Durante quase vinte e quatro horas o oficial de justiça do STF tentou sem sucesso notificar o Presidente do Senado sobre a referida decisão, quando no dia 06 de dezembro a mesa diretora do Senado da República decidiu não dar cumprimento à decisão monocrática do ministro e aguardar a decisão do pleno da Corte. Estava iniciada mais um episódio da crise institucional entre os poderes da República.

Desde então surgiu uma série de especulações sobre qual seria a postura da Corte diante da decisão da mesa do Senado, especulações essas que esperavam desde a manutenção da decisão por parte da Corte e então aguardar a postura do Senado diante dela, ou voltar atrás e deixar um de seus ministros desmoralizado.

Por fim, mesmo com o descumprimento da Liminar do Ministro Marco Aurelio o pleno do STF decidiu por maioria suspender os efeitos da referida liminar e manter o Presidente do Senado Federal da Republica no exercício do cargo.

Contudo, a decisão não veio com o efeito de desmoralização para um dos seus membros. Porém, é perceptível que houve um recuo tendo o STF tido a confiança para declarar guerra ao Legislativo. Neste sentir, consolidou o entendimento do STF que os integrantes da linha sucessória a Presidencia da Republica que tenham denuncia recebida pela corte poderiam permanecer o cargo porém seriam impedidos de assumir a presidencia no caso de vacância.

Num contexto mais amplo, mais uma vez constatamos o Judiciário extrapolando a sua competência na expectativa de que com o apoio da sociedade em decisões que tem grande respaldo popular, consigam se sobrepor aos demais poderes da república, se consagrando como o detentor da última palavra, tendo para tanto um lastro

¹⁵³Rede Sustentabilidade (REDE) é um partido político brasileiro, liderado pela política Marina Silva. Teve seu registro definitivo concedido em 22 de setembro de 2015. Na sua primeira tentativa de registro como partido político, o então movimento teve negado o registro e assim o direito à concorrer às eleições de 2014 pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), que julgou, em outubro de 2013, que a Rede não conseguiu provar a autenticidade das 496 mil assinaturas necessárias para sua oficialização.

não somente de garantidor da legalidade como populista, mesmo em confronto com os poderes outros que tem seus representantes escolhidos de forma direta pelo povo.

5.3 - A necessidade de autocontenção do Judiciário frente aos outros poderes

A autocontenção do Judiciário já foi mencionada algumas vezes ao longo deste trabalho e até o presente momento foi possível perceber que a autocontenção do judiciário é necessária para reduzir o grau de acirramento entre o poder Judiciário e os demais poderes, porém, não foi possível ainda entendermos de que forma deve ocorrer essa autocontenção e nem propriamente do que se trata.

Maria Benedita Urbano¹⁵⁴ tende a definir a autocontenção judicial não como uma postura sistemática que os juízes deveriam ter apenas de aplicação mecânica da lei, mas sim como uma manutenção dentro da razoabilidade da aceitabilidade da autonomia criativa dos juízes na aplicação criativa das leis, entendendo que não pode ocorrer a usurpação ou invasão de outros poderes por parte do Judiciário.

Ainda, Maria Benedita Urbano faz referência ao surgimento da expressão autocontenção judicial atribuída ao *Chef justice Stone* (1936), quando da apresentação de seu voto no julgamento *United States v. Butler*. Benedita citando Stone, apresenta dois pressupostos que, em nosso entender, deveriam nortear a atuação do Judiciário nos dias de hoje. O primeiro é o de que não compete ao juiz a análise qualitativa da lei, compete a ele aplicá-la. O segundo é que diferente dos demais poderes que se devem se sujeitar ao controle do judicial, isso não ocorre nele próprio que estão sujeitados unicamente ao seu “sentido pessoal de autocontenção”.

Tendemos a concordar com Benedita Urbano de que não é aceitável ou até admissível que os juízes devam se prender ao estrito legalismo, entendimento este também sustentado por Castanheira Neves quando reconhece que a ideia montesquiana, apesar de não completamente, mas já grandemente superada, deixa o positivismo pragmático deveras ultrapassado¹⁵⁵.

Toda essa dissertação traz intrinsecamente uma discursão que é, sem dúvida, um dos fatores geradores da temática central desse estudo. A discursão a qual nos referimos é a

¹⁵⁴URBANO, Maria Benedita. Curso de Justiça Constitucional, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2016 p.154.

¹⁵⁵ CASTANHEIRA NEVES, A. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros.. In – Digesta III. Cit., pp. 171 E 172.

da separação entre interpretação e criação atribuídos à função jurisdicional. Delineando essa separação que o J.J. Gomes Canotilho¹⁵⁶ ensina que “*interpretar uma norma constitucional com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos normativo-constitucionalista fundada (...) Considerar a interpretação como tarefa, significa, por conseguinte, que toda a norma é significativa, mas o significado não constitui um lado prévio; é, sim, o resultado da tarefa interpretativa*”.

Ainda mais liberal, Cappelletti¹⁵⁷ entende que o problema não se dá entre a diferenciação de interpretação e criação. Entende que está dentro da normalidade jurídica a criação por parte dos juízes e que o que deve ser levado em consideração é o “*tamanho dessa engenhosidade, junto a seus modos, limites e a sua aceitabilidade da elaboração do direito por obra dos tribunais judiciais*”.

O impasse está travado. O nosso entendimento é delineado por todo o contexto político jurídico que foi apresentado neste trabalho que tende a asseverar a necessidade de uma postura mais autocontida do Judiciário como forma de garantir a segurança jurídica e a independência dos poderes.

¹⁵⁶CANOTILHO, J.J. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003, 7ª Ed. p.1200-1201.

¹⁵⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1999.

CAPÍTULO 6 - TEORIA DA ÚLTIMA PALAVRA X TEORIA DO DIÁLOGO¹⁵⁸

A insegurança jurídica é refletida no nosso cenário nacional quase que diariamente. O fato é que com toda a modernização da sociedade o princípio da separação dos poderes vem se distanciando cada vez mais do seu propósito inicial que era o de assegurar as liberdades individuais e os interesses passaram a se sobrepôr.

Nós vivemos numa sociedade na qual juízes não eleitos e irresponsáveis perante o povo acabam derrubando uma decisão política tomada pela maioria dos seus representantes, compreendendo o que chamamos de controle de constitucionalidade das leis. Nesta senda, questiona-se até que ponto um órgão que possui menor legitimidade democrática poderia impor a sua autoridade perante os demais, e entre o Legislativo e o Judiciário qual dos dois deveria ser o detentor da chamada “última palavra”.

Sabemos que é necessário haver uma revisão judicial, afinal, é através dela que teremos uma garantia de imperatividade da Constituição. Inclusive, é graças a Marshall¹ que gozamos do controle de constitucionalidade até aos dias de hoje. Para que possamos entender melhor, nada mais coerente que lembrarmos onde se iniciou o controle de constitucionalidade¹⁵⁹.

Ainda quanto à constitucionalidade das normas, é indispensável compreendermos, assim como Maria Benedita Urbano¹⁶⁰, de que deve ser reforçado a presunção de constitucionalidade, onde o julgador deve entender que a sua atribuição de realizar esse controle deva ser a exceção e não a regra. Esse poder- o de retirar do ordenamento normas ou outros tipos de atos jurídicos em virtude de sua inconstitucionalidade, deve ser usado de forma mais contida possível.

¹⁵⁸ Neste tópico destacamos a contribuição indispensável dos Professores Vinicius Jose Poli que apresentou dissertação à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP) com o requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito

¹⁵⁹ Vejamos a citação que Vinicius José realizou e o trabalho do estudioso Manoel Gonçalves Ferreira Filho: *“O controle de constitucionalidade é a garantia sine qua non da imperatividade da Constituição. Onde ele inexistente ou é ineficaz, a Constituição perde no fundo o caráter de norma jurídica, para se tornar um conjunto de meras recomendações cuja eficácia fica à merce do governante, mormente do Poder Legislativo. Ao contrário, quando não só é previsto na Carta, mas tem meios de impor-se efetivamente, esta é a Lei Suprema, a que todos os Poderes têm de curvar-se. Assim sempre foi nos Estados Unidos da América, onde, graças a Marshall, o controle cedo se impôs, como ainda hoje se impõe.”* POLI, Vinicius José. Título: Controle de Constitucionalidade: das teorias da última palavra às teorias do diálogo. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

¹⁶⁰ URBANO, Maria Benedita. Curso de Justiça Constitucional, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2016 p.153.

No ano de 1797, existiam nos Estados Unidos da América dois partidos muito bem definidos, o Federalista, ora representado pelo partido de Adam's que era vice de George Washigton e acabou se tornando presidente à época, e o partido Republicano, representado por Tomas Jefferson. Ocorre que Adam's e o seu partido acabaram perdendo força política e conseguiu alterar o “*Judiciary Act*”, de 1789, tendo tal mudança acarretado o aumento do número de juízes. Destarte, após o Judiciário ter sido preenchido com os aliados políticos de Adam's, John Marshall, que era Secretário de Estado, acabou sendo nomeado para chefe da Suprema Corte Americana.

Para tanto, em 1801 Thomas Madison acabou assumindo o posto de Presidente e, conseqüentemente, acabou optando por nomear James Madison como seu Secretário de Estado. Desta feita, tendo observado que havia nomeações pendentes dos juízes de paz que iriam ser nomeados para o Distrito de Columbia, o Secretário acabou optando por não designar ato para empossar aqueles juízes e, dentre eles, estava Wiliam Marbury que iria assumir o posto de juiz de paz no Distrito de Colúmbia.

Foi então que Marbury, através de uma ação de nome “*writ of madamus*”, requereu à Suprema Corte americana que ordenasse a sua posse com fundamento na seção 13 do *Judiciary Act*, que conferia a mesma uma competência originária em mandados contra autoridades federais. Esse conflito ficou conhecido como “*Marbury versus Madison*”.

Marshal¹ alegou que a Suprema Corte era incompetente para julgar o caso tendo declarado que a seção 13 do “*Judiciary Act*” era inconstitucional, assim sendo nula em todos os seus aspectos legais. Com a decisão ele elencou três pontos importantes, sendo eles: se o requerente teria direito a tomar posse como juiz de paz; havendo esse direito, é fato que houve uma violação e, nesse caso, Marshal questionava se o ordenamento jurídico poderia garantir uma reparação; por fim, questionou se a Suprema Corte possuía legitimidade para julgar o caso.

Inicialmente Marshal entendeu que Marbury possuía o direito a tomar posse e que não era possível revogar a nomeação, uma vez que no momento em que ele negasse restaria firmada a maculação de um direito legal estabelecido. Esse ainda veio por destacar que a essência da liberdade civil residia na possibilidade de, no momento em que o cidadão sentisse o seu direito lesado ou ameaçado, reclamar das leis.

Ademais, ao responder o terceiro quesito, Marshall¹⁶¹ tratou de fixar as bases do “*Judicial Review*”¹⁶² no momento em que negou que a Suprema Corte era competente para julgar o caso tendo declarado a seção 13 do “*Judiciary Act*”, de 1789, inconstitucional, uma vez que ampliado a competência da Suprema Corte torna completamente nulo os efeitos da decisão do congresso de ampliar as competências da Corte¹⁶³.

Neste *mister* podemos dizer que foi através desse modelo de controle que os nossos governantes se basearam para criar a nossa primeira Constituição Republicana e o sendo o nosso método de constitucionalidade lastreado pelo modelo americano¹⁶⁴.

¹⁶¹ Marshall foi o responsável pela criação do instituto conhecido como o “*Judicial Review*”.

¹⁶² Para Vinícius José, na sua tese de mestrado, *Controle de Constitucionalidade: das teorias da última palavra às teorias do diálogo*, mais precisamente na página 87, ele aduz: “*Em Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review, Ely assume a tarefa de apresentar uma “terceira via”, uma “postura intermediária” capaz de demonstrar que a imposição de valores por juízes não eleitos e irresponsáveis perante o povo não é única resposta possível frente à consciente necessidade de que a Constituição precisa ser preenchida*”²⁸³. Para bem compreendê-la, convém recorrer à famosa nota de rodapé apresentada em *Carolene Products*. No caso *United States v. Carolene Products Co. (1938)*, em que se discutiu a constitucionalidade de uma lei que proibia o transporte interestadual de leite com óleo vegetal, a Suprema Corte estadunidense após três importantes observações em uma nota de rodapé. Basicamente, o tribunal consignou que é dever do judiciário: (i) aplicar as disposições específicas da Constituição; (ii) intervir no processo político para proteger o bom funcionamento do sistema democrático; e (iii) avaliar o modo como as majorias tratam as minorias. Segundo Ely, ninguém mais do que a Corte presidida por Earl Warren nos anos 1960 soube desenvolver as orientações expostas acima. Inegavelmente, a identificação dessa Corte como ativista é merecida. Para Ely, porém, tratar-se-ia de um ativismo *sui generis*.”

¹⁶³ Senão vejamos: “*É uma proposição por demais clara para ser contestada, que a Constituição veta qualquer deliberação legislativa incompatível com ella; ou que a legislatura possa alterar a Constituição por meios ordinarios. Não há meio termo entre estas alternativas. A Constituição, ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias; ou está no mesmo nível conjuntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modifica-la. Si é verdadeira a primeira parte do dilema, então não é lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; si a segunda parte é verdadeira, então as constituições escriptas são absurdas tentativas da parte do povo para limitar um poder por sua natureza illimitavel. Certamente, todos quantos fabricaram Constituições escriptas consideraram taes instrumentos como a lei fundamental e predominante da nação e, conseqüentemente, a theoria de todo o governo, organizado por uma Constituição escripta, deve ser que é nulla toda a resolução legislativa com ella incompatível(...) emphaticamente, é a provincia e o dever do Poder Judiciário dizer o que a lei é. Aquelles que applicam a regra aos casos particulares, devem necessariamente expor e interpretar essa regra. Si duas leis collidem uma com a outra, os tribunaes devem julgar acerca da efficacia de cada uma dellas. Assim, si uma lei está em opposição com a Constituição; si, applicadas ellas ambas a um caso particular, o Tribunal se veja na contingencia de decidir a questão em conformidade da lei, desrespeitando a Constituição, ou consoante a Constituição, desrespeitando a lei, o Tribunal deverá determinar qual destas regras em conflicto regerá o caso. Esta é a verdadeira essência do Poder Judiciário. Sim, pois, os tribunais têm por missão atender à Constituição e observá-la e se a Constituição é superior a qualquer resolução ordinária da legislatura, a Constituição, e nunca essa resolução ordinária, governará o caso a que ambas se applicam*”. MARSHALL, John; *Decisões constitucionais de Marshall*, Tradução de Américo Lobo Leite Pereira, Brasília: Ministério da Justiça, 1997. P. 25.

¹⁶⁴ Vejamos o que diz a nossa Carta Magna: “*Art. 59º - “Ao Supremo Tribunal Federal compete: § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face*

Podemos dizer que esta foi a primeira vez na história em que o Poder Judiciário se declarou competente para analisar a constitucionalidade das leis. O juiz Marshal proferiu decisão no caso “*Marbury versus Madison*” tendo implementado o instituto ora conhecido como o “*Judicial Review*”. Foi após a pressão sofrida pelos adversários políticos que o Partido Federalista acabou perdendo a maioria dos apoiantes que detinha no Congresso e a cadeira de presidente que John Adams deveria ceder ao líder do Partido Republicano, Thomas Jefferson¹⁶⁵⁻¹⁶⁶.

Sabemos que a teoria democrática do controle de constitucionalidade sempre deixou alguns questionamentos em aberto. Neste desiderato, há diversas controvérsias acerca da competência para dar a última palavra nos conflitos referentes aos direitos fundamentais. Apesar de entendimentos contrários de que a última palavra não seria dada pelo Judiciário, em casos como no ordenamento jurídico brasileiro nós devemos levar em consideração que nos casos em que a última palavra é dada pelo Judiciário os seus efeitos, em regra, são mais rápidos, além de exercer o seu poder com mais força e de ser modificada com uma maior dificuldade.

De outro lado, uma decisão proferida pelo Legislativo ou pelo Executivo, além de ter um trâmite burocrático muito mais complexo e demorado, pode ser modificada facilmente por um juiz singular através dos chamados remédios constitucionais¹⁶⁷, por exemplo, além de que para ser cumprida, em regra, ela necessita de um aparato ou de um aval dos outros poderes¹⁶⁸.

da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.”

¹⁶⁵ Thomas Jefferson foi o terceiro presidente dos Estados Unidos (1801-1809), e o principal autor da declaração de independência (1776) dos Estados Unidos da América. A eleição presidencial americana de 1800 resultou num empate entre Jefferson e seu oponente Aaron Burr, membro fundador do Partido Democrata-Republicano no estado de Nova Iorque. Foi resolvida a 17 de fevereiro de 1801, quando Jefferson foi eleito presidente e Burr vice-presidente pela câmara dos representantes. Jefferson foi o único vice-presidente americano a ser eleito para a presidência e servido dois mandatos plenos. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Thomas_Jefferson, acesso em 25 maio de 2017.

¹⁶⁷ Os remédios constitucionais são classificados em administrativos e judiciais e são instrumentos postos à disposição do cidadão. São utilizados quando o Estado não cumpre o seu dever ou com a sua obrigação de garantir à população os direitos fundamentais muitas vezes por não estar preparado. Assim, o cidadão pode provocar o Estado para que este venha a intervir de modo a evitar quaisquer ilegalidades. A título de ilustração, faz-se *mister* destacar que os remédios constitucionais são os seguintes: *Habeas Corpus*, *Habeas Data*, Mandado de Segurança, Direito de Petição, Mandado de Injunção, Ação Civil Pública e a Ação Popular.

¹⁶⁸ Neste sentido, vejamos o que diz Sarmiento: “*Uma decisão do STF é, certamente, um elemento de grande relevância no diálogo sobre o sentido de uma norma constitucional, mas não tem o condão de encerrar o debate sobre uma controvérsia que seja verdadeiramente importante para a sociedade. Sob o ângulo prescritivo, não é salutar atribuir a um órgão qualquer a prerrogativa de dar a última palavra sobre o sentido da Constituição. Definitivamente, a Constituição não é o que o Supremo diz que ela é (...) Aliás, nas ações*

Desta feita, até ao presente momento chegamos à conclusão de que ou há uma forte influência da política no Judiciário ou o nosso Legislativo se encontra totalmente despreparado. Diante do que foi visto, tem-se que resta uma dúvida: no modelo de organização jurídica brasileira atual, a quem deveria pertencer, de fato, a última palavra? Será que deveria ser dada ao Poder Judiciário?

A lei nº 12.875/2013 surgiu poucos meses após o Supremo Tribunal Federal ter julgado a constitucionalidade do artigo 47º, parágrafo 2º, II, da Lei nº 9.504/1997. Neste caso, o STF entendeu fazendo uma interpretação constitucional, de modo a assegurar aos novos partidos o direito ao acesso proporcional à propaganda eleitoral de forma gratuita em rádios e televisão. Assim, é foi com o desiderato de entender esse contexto que o ministro Luiz Fux fez uma breve reflexão, uma vez que surge o questionamento referente à possibilidade de correção legislativa de uma decisão do Supremo, bem como os possíveis limites de superação legislativa desses precedentes.

O ministro Fux¹⁶⁹ entendeu que não seria possível fixar o que poderíamos chamar de “autoritarismo judicial”. Entende que o Supremo Tribunal Federal detém a última palavra de forma “provisória” acerca da constitucionalidade, possibilitando a superação legislativa dos precedentes do próprio STF. Nesta senda, caberia ao Judiciário estimular a interpretação e o diálogo institucional com os demais poderes, mais precisamente, com o Legislativo, objetivando, desta forma, que haja uma melhor qualidade democrática no que concerne à obtenção de resultados em termos de apreensão do significado constitucional.

É no exercício do “*Judicial Review*” que o Supremo Tribunal Federal acaba tomando medidas aptas a assegurar as circunstâncias para manter o funcionamento das

judiciais em geral, é realmente indispensável que haja uma última palavra pondo fim ao litígio, sob pena de se comprometer uma das finalidades essenciais do processo, que é resolver os conflitos intersubjetivo, trazendo segurança jurídica e pacificação social. Mas a interpretação constitucional não se encerra com o término de um processo judicial (...). Se a disputa for de fato muito relevante, é pouco provável que uma decisão judicial baste para colocar uma pá de cal no assunto, aquietando os grupos perdedores e os setores da opinião pública que o apoiam.” NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012. pg 402 e 404

¹⁶⁹ À luz dessas premissas, é forçoso reconhecer que, *prima facie*, o legislador pode, por emenda constitucional ou lei ordinária, superar a jurisprudência, reclamando, a depender do instrumento normativo que veicular a reversão, posturas distintas do Supremo Tribunal Federal. Se veiculada por emenda, há a alteração formal do texto constitucional, modificando, bem por isso, o próprio parâmetro que amparava a jurisprudência do Tribunal. Não bastasse o fundamento de validade último das normas infraconstitucionais também passa a ser outro. Nessas situações, como dito, a invalidade da emenda somente poderá ocorrer nas hipóteses de descumprimento do art. 60º da Constituição (i.e., limites formais, circunstanciais e materiais), endossando, em particular, exegese estrita das cláusulas superconstitucionais. Disponível em: <http://www.aconstituicao.com.br/2015/10/03/separacao-de-poderes-do-estado-2-teoria-dos-dialogos-institucionais/>, acesso em: 24 de maio de 2017.

instituições democráticas, objetivando a correção das patologias que possam vir a modificar o sistema representativo, a exemplo de haver obstrução das vias de expressão e dos canais de participação política e a proteção dos interesses e dos direitos de pequenos grupos políticos que dificilmente acabam encontrando voz nas deliberações predominantes.

Poderíamos então dizer que há uma judicialização da política ou uma politização do Judiciário? Conforme já foi demasiadamente discutido no presente trabalho, nós possuímos um Legislativo eivado de suspeitos da corrupção, e pessoas que para defender seus próprios interesses acabam elaborando propostas e políticas públicas capazes de muitas vezes encontrar um respaldo social. Neste diapasão, surge o Poder Judiciário para auxiliar àquele que deveria, de fato, sanar todos os problemas e não o faz.¹⁷⁰

Podemos dizer que há diversos fatores que acabam contribuindo para a judicialização da política, e é fato que a globalização tem trazido à baila novos direitos que acabam ampliando o acesso ao Poder Judiciário acarretando um verdadeiro aumento na quantidade de litígios. Ocorre que a população acaba atribuindo somente ao Judiciário a credibilidade para solucionar os conflitos em virtude da morosidade principalmente para apresentar respostas satisfatórias para problemas que geralmente atingem diretamente a sociedade, fazendo com que a mesma não tenha a paciência para esperar o moroso Legislativo e passe a recorrer cada vez mais ao Judiciário.

Feita esta explanação, faz-se *mister* destacar que as teorias do diálogo institucional apregoam que o Poder Judiciário não pode e não deve monopolizar a interpretação constitucional¹⁷¹.

¹⁷⁰ No entendimento de Sarmiento, uma decisão do STF é, certamente, um elemento de grande relevância no diálogo sobre o sentido de uma norma constitucional, mas não tem o condão de encerrar o debate sobre uma controvérsia que seja verdadeiramente importante para a sociedade. Sob o ângulo prescritivo, não é salutar atribuir a um órgão qualquer a prerrogativa de dar a última palavra sobre o sentido da Constituição. Este autor afirma também que nas ações judiciais em geral, é realmente indispensável que haja uma última palavra pondo fim ao litígio, sob pena de se comprometer uma das finalidades essenciais do processo, que é a de resolver os conflitos intersubjetivos, trazendo segurança jurídica e pacificação social. Mas a interpretação constitucional não se encerra com o término de um processo judicial. Se a disputa for de fato muito relevante, é pouco provável que uma decisão judicial baste para colocar uma pá de cal no assunto, aquietando os grupos perdedores e os setores da opinião pública que o apoiam. SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*, Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p 402 e 403.

¹⁷¹ Nesse ínterim, vejamos o que diz a estudiosa Cecília de Almeida Silva, na sua obra “*Diálogos Institucionais e Ativismo*”: “*Essa via passa por outra concepção de equilíbrio na relação entre os poderes políticos. Tem-se, assim, um sistema brando de controle de constitucionalidade, partindo-se da premissa de que a força tem de residir não na jurisdição constitucional, mas nos direitos em si, com sustentáculo nos legítimos detentores dessa competência: o povo e sua representação. Desse modo, descaracteriza-se a associação entre o judicial review e a supremacia do Judiciário, passando a construção do sentido*

Poderíamos dizer que o controle judicial de constitucionalidade se assimila à um modelo global para a democratização. Há situações em que o próprio Legislativo, por interesse estratégico, acaba optando por não decidir alguns temas controvertidos objetivando, dessa forma, evitar qualquer desgaste que determinada solução acarretaria em determinadas situações, nas quais tanto os interesses quanto os valores não viessem a ser prestigiados. Assim, requerer ao Poder Judiciário que solucione tal demanda poderia na verdade ser a solução mais coerente para os órgãos representativos.

Constitucionalmente falando, sabemos que a última palavra cabe ao judiciário em específico ao Supremo Tribunal Federal. Todavia, na prática a realidade é totalmente diferente, uma vez que em muitas situações não há “última palavra” e as decisões prolatadas acabam provocando, muitas vezes, reações adversas em meio à própria sociedade e de outros poderes, fazendo com que a Corte acabe revendo a sua posição inicial acerca de determinado assunto. É fato que existem diversas formas onde as decisões os Tribunais Constitucionais acabam sofrendo alterações. Um exemplo cristalino seria o caso de aprovação de uma emenda constitucional que possui um entendimento oposto à suposta nomeação de ministros que possuem entendimentos distintos acerca de determinado tema¹⁷².

constitucional a demandar uma permanente dialética.” SILVA, Cecília de Almeida. Diálogos institucionais e ativismo. Curitiba: Juruá, 2010.

Na mesma linha, temos um entendimento de Barroso: *“Há causas de naturezas diversas para o fenômeno. A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, assim na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade (...) A judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e Tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial.”* Barroso, Luis Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 242-244.

¹⁷²Vejamos o que diz Vinicius Jose Poli no seu trabalho para titulação de mestre *“Controle de Constitucionalidade”*: das teorias da última palavra as teorias do diálogo: *“A disputa pela última palavra entre legislativo e judiciário costuma ser conduzida como um conflito entre duas tradições filosóficas divergentes: Locke, pelo lado da teoria constitucional, defensor de limites ao poder público, e Rousseau, pelo lado da teoria democrática, idealizador da noção de vontade geral ilimitada. Como bem lembra Conrado Hubner Mendes, porém, desconsidera-se com essa polarização, a clássica reflexão hobbesiana: o poder soberano não pode ser impugnado pelo conteúdo de seus atos. Decisões tomadas em sede de controle judicial de constitucionalidade não valem porque protegem direitos ou determinadas condições democráticas, ou porque desbloqueiam os canais de mudança política facilitando a representação de minorias, ou porque realizam uma feliz síntese entre conquistas passadas e aspirações futuras etc. Todos esses objetivos são, evidentemente, louváveis, mas nenhum deles representa qualquer caminho efetivo para a compreensão do papel que um judiciário dotado do*

Sabemos que uma decisão do Supremo Tribunal Federal é extremamente valorosa quando tratamos de norma constitucional. Entretanto, é imperioso destacar que tal decisão não possui a capacidade de acabar com o debate de algum tema de relevância para a sociedade.

O fato é que nós temos uma Corte que possui o dever mínimo de proteger os direitos da minoria diante de abusos da maioria, ora composta por homens comuns, que podem incorrer em erro quando da interpretação da nossa Carta Maior, assim como o próprio Poder Legislativo e Executivo. Então, os nossos governantes devem estar preparados para as mais diversas manifestações da sociedade, que já se sente parte desse controle.

A verdade é que todos os poderes disputam entre si e é fato que se tratando de controle de constitucionalidade o Poder Legislativo pode muito bem invalidar alguma decisão proferida pelo STF. É possível então destacar que no momento em que o Supremo Tribunal Federal declara que um ato vem a ser inconstitucional, tal decisão vem a possuir um caráter definitivo. Nesta situação, podemos dizer que o STF deu a última palavra.

Desta feita, as decisões proferidas pelo STF em matéria constitucional não são passíveis de invalidação por parte de instâncias políticas, conforme assegurado pela nossa própria Constituição¹⁷³.

Em suma, vivenciamos uma verdadeira crise de representatividade do nosso Poder Legislativo. Assim, a nossa sociedade precisa reconhecer *a priori* que o constitucionalismo também se encontra além das Cortes Judiciais e que por mais que o nosso cenário político

poder de revisão judicial exerce: suplantando desacordos com autoridade, independente do que qualquer teoria da justiça possa dizer sobre sua decisão, e seja ela correta ou não.” POLI, Vinicius José. Título: Controle de Constitucionalidade: das teorias da última palavra às teorias do diálogo. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

¹⁷³ No seu artigo científico com o título: “*Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da ‘última palavra’ e alguns parâmetros de autocontenção judicial*”, os estudiosos Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento afirmam o seguinte: “*Foi o que destacou o Ministro Eros Grau, em seu voto vencido: ‘todo ato legislativo envolve a interpretação da Constituição por parte de quem legisla’.* Mais a frente, Eros Grau ressaltou a possibilidade de o Poder Legislativo adotar interpretação da Constituição distinta daquela esposada pelo STF, a não ser para infirmar a declaração de inconstitucionalidade de uma lei. 57 Gilmar Mendes foi ainda mais longe, adotando perspectiva similar à nossa, favorável ao diálogo interinstitucional na interpretação da Constituição: “*Não é possível presumir, portanto, a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados simplesmente porque eles contrariam a ‘última palavra’ conferida pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema. O que pretendo ressaltar, pelo contrário, é o fato de que se o legislador federal (re)incide, cria ou regula essa matéria constitucional de modo inteiramente diverso, o ‘diálogo’, o debate institucional deve continuar.*” *Pode-se concordar, como fazemos, com a posição adotada pelo STF na questão de fundo discutida no caso em questão - a não extensão do foro por prerrogativa de função a ex-ocupantes de funções públicas, que tem lastro no princípio republicano - sem comungar com a premissa em que se baseou a Corte, de absoluto rechaço à possibilidade de interpretação legislativa da Constituição.*” Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/viewFile/11773/9225>, acesso em 26 de maio 2017.

atual esteja passando por uma das maiores crises, é necessário haver um debate constitucional. A população precisa estar à frente do processo, analisando e criticando a forma como os projetos do legislativo estão a ser conduzidos. Desta feita, a chamada jurisdição constitucional vem a ser de extrema importância para o constitucionalismo democrático.

Adentraremos a teoria da última palavra que vem a ser uma questão de difícil resolução, afinal nós temos um Legislativo e um Judiciário que estão à todo o instante confrontando-se de modo a buscar soluções jurídicas e sociais adequadas. Vinicius José Poli traz em seu estudo a ideia de que Ronald Dworkin¹⁷⁴ apresenta uma descrição de argumentos desenvolvidos à favor do controle judicial de constitucionalidade. Afirma que permitir que um grupo de juízes não eleitos e irresponsáveis perante o povo derrubem as leis aprovadas por um poder representativo da vontade popular, auxilia na confirmação de um tipo ótimo e verdadeiro de democracia, cujos traços principais residiram na conjugação de forma e substância e na descaracterização da premissa majoritária como a última descrição do ideal do autogoverno. Ele sustenta ainda que Dworkin acena para a superioridade institucional do Judiciário, que começa a ser delineado como detentor da última palavra na relação entre poderes travada com o Legislativo.

Percebemos que Dworkin sustenta que a última palavra deve ser entregue ao Judiciário. Para tanto, Vinicius José Poli entende que a filosofia moral é objeto do direito constitucional, que há uma maneira de praticar essa filosofia e sucede que os juízes são mais aptos que outros atores políticos.

Ademais, tem-se que o receio de que os grupos de minoria venham a ser suprimidos pelas grandes maiorias representaria, em tese, um verdadeiro desconforto frente à chamada autoridade legislativa, ora irrestrita, e serviria como fundamento para indicação do Judiciário como verdadeiro detentor da última palavra.

¹⁷⁴ POLI, Vinicius José. Título: Controle de Constitucionalidade: das teorias da última palavra às teorias do diálogo. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

CONCLUSÃO

O presente trabalho nos permitiu perceber que o caos institucional debatido não vem a ser um problema exclusivo do Brasil. Ademais, chegamos à conclusão de que não se trata apenas de uma crise momentânea, mas sim de um problema de origem do sistema político adotado pelas Constituições.

Constatamos que foram elencadas algumas hipóteses que vão desde as mais pragmáticas, com uma reavaliação da própria separação dos poderes como conhecemos atualmente até à ideia de mudança nas formas de Governo e Estado, do Presidencialismo na República para o Parlamentarismo, ainda na República ou ainda na Monarquia, as mais discretas seriam uma manutenção dos atuais modelos, sendo revisto apenas as posturas ativista e judicialista do Judiciário para uma postura mais autocontida.

Fizemos também, de forma direta ou indireta, um apanhado de princípios e pressupostos constitucionais que serviram de lastro para a maior compreensão da temática abordada. Iniciamos com o princípio da segurança jurídica¹⁷⁵ que, apesar de não se encontrar expresso na nossa Carta Magna, decorre de diversos outros princípios constitucionais, à exemplo do princípio da legalidade, coisa julgada, devido processo legal, entre outros.

Em se tratando do ativismo judicial, vimos a necessidade do Judiciário de agir em determinadas questões em que o legislador se encontra incapaz de solucionar e nos mostra a abordagem da norma constitucional, ou seja, *“um modo proativo e expansivo de compreender a Constituição, fortalecendo o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário”*¹⁷⁶.

Avalizamos que essa postura extra jurídica do Poder Judiciário deve ser mais autocontida, respeitando os limites constitucionais, tendo assim como consequência um apaziguamento da crise institucional vivida. Impende mencionar ainda a questão da politização da justiça, posto que o Poder Judiciário passou a se apropriar de questões que indisponíveis diante do nosso ordenamento jurídico, consoante nos ensina o ministro Luís Roberto Barroso¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Tratamos ainda da insegurança jurídica tendo como um dos fatos geradores as indicações aos cargos dos Tribunais Superiores que foi demasiadamente discutida chegando a conclusão de que deveria haver uma mudança quando da forma de escolha de pessoas aptas a ocupar os tais cargos. Afinal, a forma arcaica e carcomida põe em risco a credibilidade das decisões emanadas pelo Supremo.

¹⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática*, 2009. Disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em 25 de dezembro de 2016.

¹⁷⁷ “ (...) o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A

Por fim, vimos o Judiciário dando respostas a sociedade. Ele mesmo determina o erro e o corrige quando na verdade em diversas situações a resolução de determinados problemas deveriam advir do povo que é o responsável por escolher os seus representantes. Em suma, percebemos uma verdadeira crise política no Brasil na qual a população, como medida de urgência, vem se socorrendo do Poder Judiciário com o fito de ter os seus problemas sociais sanados.

expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.” BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática*, 2009. Disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em 25 de dezembro de 2016.

BIBLIOGRAFIA

AIDAR, Carlos Miguel. Democratizando as indicações ao STF, *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 3 jul. 2002.

ALMEIDA, Luis Nunes de. Da Politização à Independência: algumas reflexões sobre a composição do Tribunal Constitucional, In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*.

ARANTES, Rogério Bastos. A expansão do Poder Judiciário e a judicialização da política. Direito e Política: O Ministério Público e a Defesa dos Direitos Coletivos, In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Vol. 14, n. 39, fevereiro/1999.

ARISTÓTELES, A Política, Livro III, Cap. XI Trad.: Roberto Leal Ferreira, 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BARROS, Sérgio Resende de. Controle de constitucionalidade: proposta de simplificação. In *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. n. 54. dez./2000.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo.

_____. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*, 2010. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20100204-04.pdf. Acesso em 12 de novembro de 2016.

_____. *Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática*, 2009. Disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em 25 de dezembro de 2016.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, 5ª ed. Rev. Atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. *Revista Consultor Jurídico*, 2008.

BERKENHOFF, João Batista. *Fundamentos de Direito – Visão Panorâmica do Universo Jurídico*, Forense, Rio de Janeiro: 2000.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo .Curso de Direito Constitucional. 13. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2003.

BOURDIEU, Pierre. A força do Direito: Elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: BOURDIEU, Pierre. O Poder Simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003, 7ª Ed.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Editora Coimbra, Coimbra, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1999.

_____. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, 2ª ed. Reimpressão, Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CASTANHEIRA NEVES, A. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros.. In – *Digesta III*.

COSTA, Flávio Dino de Castro e. *A política e o Supremo Tribunal Federal*, Folha de São Paulo, 20 fev. 2009.

DA SILVA, Susana Tavares. *Direitos fundamentais na arena global*, Coimbra.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 25ª edição, São Paulo. Editora Saraiva, 2005.

_____. Poder Judiciário: poder do povo. *Jornal do Brasil*. Disponível em: <http://www.jb.com.br/dalmo-dallari/noticias/2014/08/16/poder-judiciario-poder-do-povo/>. Acesso em 12 de novembro de 2016.

DIAS, Álvaro Fernandes. *Indicação de Toffoli para vaga no STF divide opinião de líderes da oposição do Senado*, Folha Online, set. 2009.

DONADO, V.C.C. O poder judiciário no Brasil: estrutura, críticas e controle, *Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional)*, Fundação Edson Queiroz, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2006.

FALCÃO, Joaquim. *A escolha do ministro do Supremo*. Folha de São Paulo, São Paulo, 10 mai. 2002.

FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*, Tradução Dunia Marinho Silva, São Paulo, Landy Editora:2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo*, São Paulo: Saraiva, 2003.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*, Ed. JusPODIVM Salvador, 2010.

JUNIOR, José Geraldo de Sousa. *Sociedade democrática, direito público e controle externo, Tribunal de Contas da União*, Brasília, 2006.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*, Trad. Sérgio Sérvulo da Cunha, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2006.

LEAL, V.N. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*, Rio de Janeiro: Forense, 1948.

LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil e Outros Escritos: Ensaio Sobre a Origem, os Limites e os Verdadeiros fins do Governo Civil*, 2ª Edição, São Paulo, Editora Vozes, 1999.

MACCALÓZ, Salete. *O poder judiciário, os meios de comunicação e opinião pública*. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2002.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*, Ed. Martin Claret, 2012.

MARSHALL, John. “*Decisões constitucionais de Marshall*”, Tradução de Américo Lobo Leite Pereira, Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional – São Paulo: Saraiva, 2007.*

_____. *Jurisdição constitucional*, Ed. Saraiva, 2005.

_____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Saraiva, 9ª ed., 2014.

MIRANDA, Jorge. *A Constituição de 1976, Formação, estrutura, princípios fundamentais*, Lisboa, 1978.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do Espírito das Leis*, São Paulo, Editora Martins Fontes, 1993.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: Garantia Suprema da Constituição*, São Paulo, Editora Atlas, 2000.

_____. *Desafios do Constitucionalismo: Acesso à Justiça, celeridade e efetividade jurisdicional*, São Paulo. Ed. Atlas 2007.

MOZAFFAR, Shahheen e SCHEDLER, Andreas.(2002), The Comparative study of Electoral Governance –Introduction. *International Political Scienc Review*, vol. 23 nº 1.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. pg 402 e 404

PAIXÃO, Leonardo André. *A função Política do Supremo Tribunal Federal, Tese de Doutorado*, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Resumo de Direito Constitucional*, Niterói: Impetus, 2008.

POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*, 2ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

POLI, Vinicius José Título: Controle de Constitucionalidade: das teorias da última palavra às teorias do diálogo. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010., p. 129.

ROSA JUNIOR, Faustino da. O problema da judicialização da política e da politização do judiciário no sistema brasileiro, In *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, nº 58, out 2008. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3164. Acesso em 25 de outubro de 2016.

SANTANA, Pedro victor. *Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal: Impactos na Ordem Democrática do Brasil, Artigo para obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional*, Faculdade Damasio de Jesus, 2014.

SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*, Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SCHMITT, Carl. *La defensa de la constitución*, Trad. Manuel Sánchez Sarto, Barcelona: Editorial Labor, 1931.

SILVA, Alessandro. Sem Título. Digestivo cultural. Disponível em www.digestivocultural.com. Consltado em 26 de outubro de 2017.

SILVA, Cecília de Almeida. *Diálogos institucionais e ativismo*, Curitiba: Juruá, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 24. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Direito Processual Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2006.

STEACK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014.

TAVARES, André Ramos. As relações institucionais na avaliação de um constitucionalista, *Revista Jurídica Consulex*, nº 304, set.2009.

_____. *Curso de Direito Constitucional*, Ed. Saraiva, 2011.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, 19ª ed. rev. e ampl., 2ª tiragem, Malheiros Editores: São Paulo, 2004.

URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional*, 2ª ed., Almedina. Coimbra, 2016.

VIANNA, Luiz Jorge Werneck *et al.* *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos, *apud* RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*, Impetus, Niterói, RJ, 2010.

ZALAMENA, Juliana Costa Meinerz. A expansão do poder judiciário e a judicialização da política. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/43804/a-expansao-do-poder-judiciario-e-a-judicializacao-da-politica>, acesso em 05 de março de 2017.

ZAULI, Eduardo Moreira. Justiça eleitoral e judicialização das eleições no Brasil, In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, nº 102, pp. 255-289, jan./jun. 2011.

LEGISLAÇÃO CONSULTADA

ALEMANHA. *Lei fundamental da República Federal da Alemanha*, 1949. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>, acesso em 27 de março de 2015.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 14. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, 1891.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, 1934.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1967.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, 1937.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, 1946.

CANADÁ. *Consolidação dos atos constitucionais de 1867 a 1982*, 2013. Disponível em: http://laws-lois.justice.gc.ca/Pdf/Const_e.Pdf., acesso em 4 de janeiro 2017.

ESPANHA. *Constituição espanhola*, 1978. Disponível em: http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/Norm/const_esp_texto_ingles_0.pdf., acesso em: 4 de janeiro de 2017.

ESTADOS UNIDOS. *Constituição dos Estados Unidos da América*, 1787. Disponível em: http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html., acesso em: 4.1.2017.

FRANÇA. *Constituição*, 1958. Disponível em: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/anglais/constitution_anglais.pdf., acesso em 4 de janeiro de 2017.

ITÁLIA. *Constituição da República Italiana*, 1947. Disponível em: https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf., acesso em: 4 de janeiro de 2017.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*, 1976. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>., acesso em: 27 de março de 2015.

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL, Brasília, DF. *Mandado de Segurança 24268*, Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05 de fevereiro de 2004.

BRASIL, Brasília. DF. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132*, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 05 de maio de 2011, Plenário, Informativo 625.

BRASIL, Brasília. DF. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3682/MT*, rel. Min. Gilmar Mendes, 9 de maio de 2007.

BRASIL, Brasília. DF. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção 670/ES*, rel. orig. Min. Maurício Corrêa, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 25 de outubro de 2007; *Mandado de Injunção 708/DF*, rel. Min. Gilmar Mendes, 25 de outubro de 2007; *Mandado de Injunção 712/PA*, rel. Min. Eros Grau, 25 de outubro de 2007.

BRASIL. Brasília, DF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2847*, Relator Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, 05 de agosto de 2004.

BRASIL. Brasília, DF. *Recurso Extraordinário 418918*, Relator Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 30 de março de 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 12*, Rel. Min. Carlos Britto; e *RE 579.951/RN*, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília. DF, 20 de agosto de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54*. Brasília. DF, 11 de abril de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 27.483/DF*, Rel. Min. Cezar Peluso. Brasília. DF, 14 de agosto de 2008.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta nº 1120- 26.2010.6.00.0000*, de 10/06/2010. Disponível em: <[http:// www.tse.gov.br](http://www.tse.gov.br)>, acesso em: 13 de janeiro de 2017.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 12.017*, de 27/11/1984. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/internet/jurisprudencia/index.htm>, acesso em: 07 de janeiro de 2017.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 12.028, de 04/12/1984*. Disponível em: http://www.tse.jus.br/internet/jurisprudencia/inteiro_teor_blank.htm, acesso em: 07 de janeiro de 2017.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 15.900*, de 09/11/1989. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/internet/jurisprudencia/index.htm> , acesso em: 13 de janeiro de 2017.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 22.506, de 06/02/2007*. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/internet/jurisprudencia/index.htm> >. Acesso em: 13 jan. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 22.526, de 27/03/2007*. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/internet/jurisprudencia/index.htm>, acesso em: 13 de janeiro de 2017.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 22.600, de 16/10/2007*. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/internet/jurisprudencia/index.htm> , acesso em: 13 de janeiro de 2017.

OUTROS

AMB. [S.I.]: Associação dos Magistrados Brasileiros, 2002. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2002-mai-12/amb_abrat_questionam_criterio_escolha_ministro, acesso em 03 de janeiro de 2017.

BARROS, S. R. Simplificação do controle de constitucionalidade, p. 8. Disponível em: <https://www.linkedin.com/pulse/no%C3%A7%C3%B5es-sobre-o-sistema-norte-americano-de-controle-taba-zuliani>, acesso em 15 de março de 2017.

VALENTE, Christopher Elias. *Composição do STF: da escolha política à legítima*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 15 jan. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.46711>, acesso em: 03 de janeiro de 2017.

Controle de Constitucionalidade: das teorias da ultima palavra as teorias do dialogo. Disponível em file:///c:/users/camylla/downloads/controle_de_constitucionalidade_das_teorias_da_ultima_vinicius_jose_poli.pdf, acesso em 25 de maio de 2017.

JUSTIÇA em numeros, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>, acesso em: 24 de novembro de 2016.

ROSA JUNIOR, Faustino da. O problema da judicialização da política e da politização do judiciário no sistema brasileiro, In *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, nº 58, out 2008. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3164, acesso em 21 de maio de 2017.