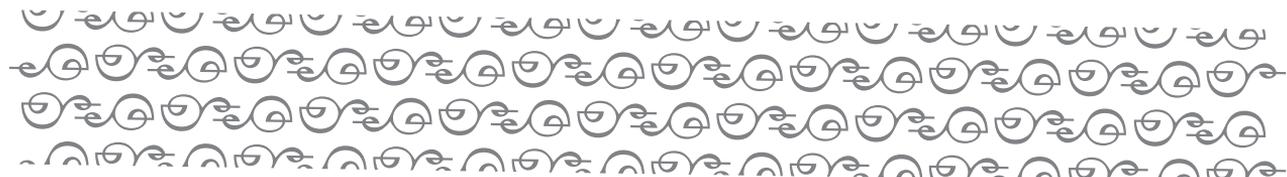


<http://bd.camara.leg.br>

“Dissemina os documentos digitais de interesse da atividade legislativa e da sociedade.”



# Judicialização da política no Brasil

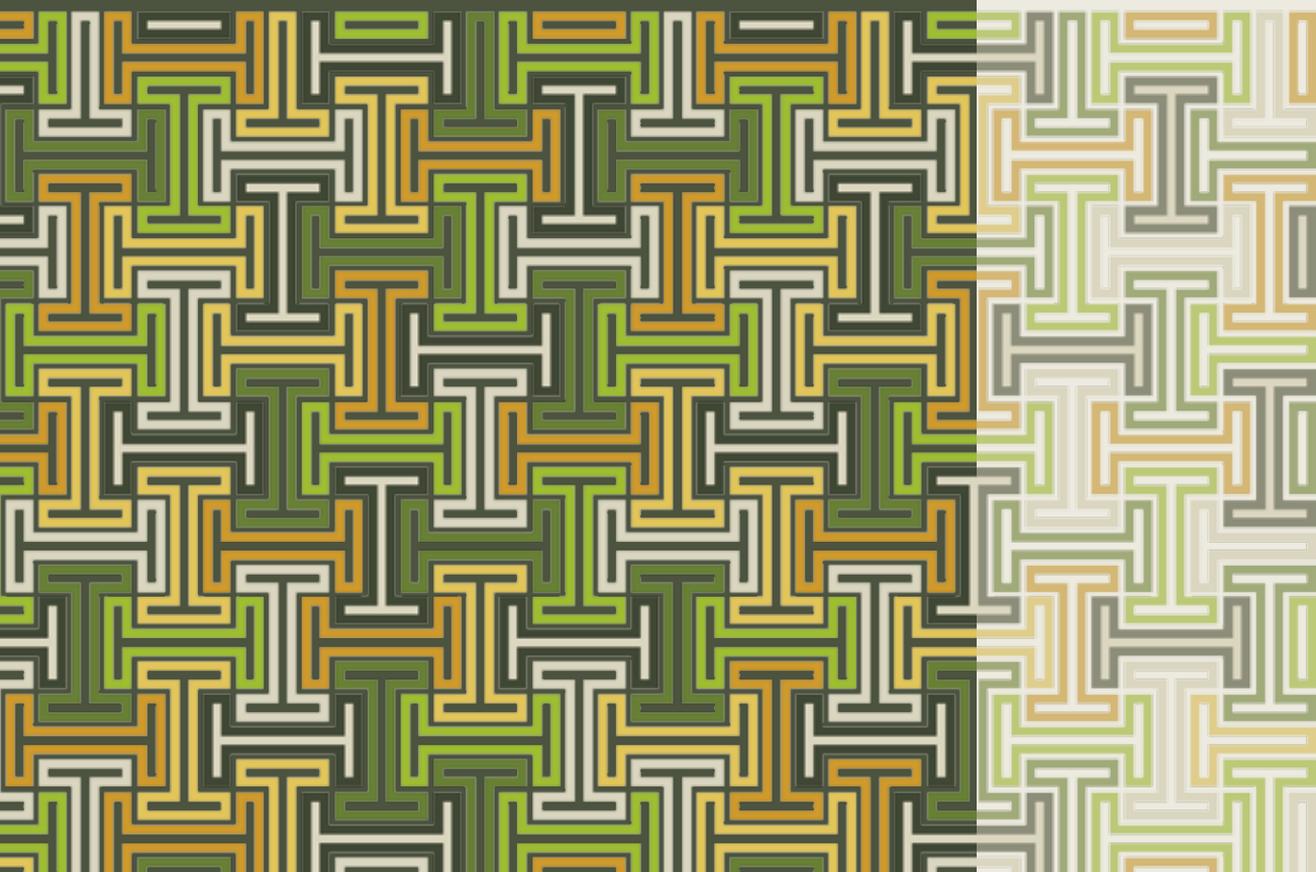
Influência sobre atos *interna  
corporis* do Congresso Nacional

João Carlos Medeiros de Aragão



Câmara dos  
Deputados

TEMAS DE INTERESSE  
DO LEGISLATIVO



Brasília | 2013



**João Carlos Medeiros de Aragão**

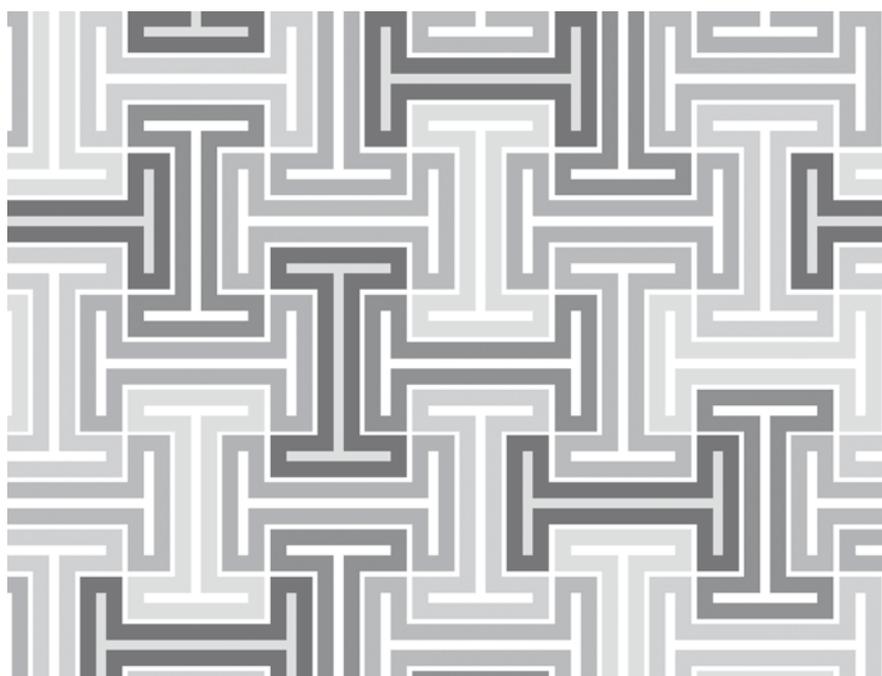
é doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília (Uniceub) e pós-graduado em Advocacia da Instância Superior, em Linguística e em Metodologia do Ensino Jurídico. Exerce a advocacia e atua como professor de graduação e pós-graduação, nas áreas de Direito Processual Civil e Direito Constitucional, e no programa de mestrado e doutorado do Uniceub. Ministra aulas de Direito Constitucional, Parlamentos Comparados e Linguagem do Legislativo no Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor) da Câmara dos Deputados, onde também é servidor.

É autor dos livros *Ética e decoro parlamentar no Brasil e EUA*; *Sistemas jurídicos na visão de jusfilósofos*; e *Parlamentos comparados – Brasil, EUA, França e Espanha*.

O livro procura avaliar a judicialização da política por meio da análise da atuação do Poder Judiciário na ingerência em atos *interna corporis* do Legislativo. As distintas interpretações sobre o tema têm causado polêmicas, por parte da doutrina jurídica, acerca da legitimidade da apreciação jurisdicional das ações praticadas pelo Legislativo. Demonstra-se, com apoio em jurisprudências do STF sobre a matéria, a legitimidade de julgar os atos *interna corporis* das casas legislativas e manter sua integridade preservada, porquanto não é função da Justiça discutir temas afetos ao Legislativo, mas sim aqueles que possam ferir direito subjetivo, individual ou prejudicar interesses coletivos. Ratifica-se a adequação do controle judicial com respeito ao procedimento legislativo à luz dos preceitos constitucionais: a manutenção da ordem democrática demanda que a atuação de todos os agentes públicos, inclusive do Legislativo, se oriente por princípios legítimos e legais, e o Judiciário possui competência para assegurar o cumprimento da lei.

# Judicialização da política no Brasil

INFLUÊNCIA SOBRE ATOS *INTERNA CORPORIS*  
DO CONGRESSO NACIONAL





MESA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS  
**54ª Legislatura – 3ª Sessão Legislativa**  
**2011-2015**

Presidente

**Henrique Eduardo Alves**

1º Vice-Presidente

**André Vargas**

2º Vice-Presidente

**Fábio Faria**

1º Secretário

**Márcio Bittar**

2º Secretário

**Simão Sessim**

3º Secretário

**Maurício Quintella Lessa**

4º Secretário

**Biffi**

**Suplentes de Secretário**

1º Suplente

**Gonzaga Patriota**

2º Suplente

**Wolney Queiroz**

3º Suplente

**Vitor Penido**

4º Suplente

**Takayama**

Diretor-Geral

**Sérgio Sampaio Contreiras de Almeida**

Secretário-Geral da Mesa

**Mozart Vianna de Paiva**

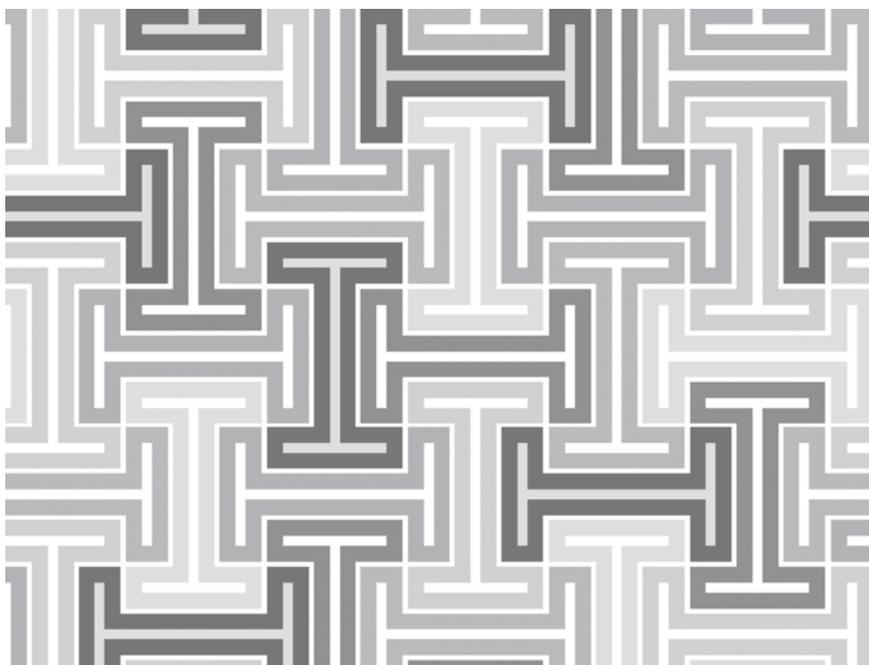


Câmara dos  
Deputados

# Judicialização da política no Brasil

INFLUÊNCIA SOBRE ATOS *INTERNA CORPORIS*  
DO CONGRESSO NACIONAL

João Carlos Medeiros de Aragão



Centro de Documentação e Informação  
Edições Câmara  
Brasília | 2013

## **CÂMARA DOS DEPUTADOS**

### **DIRETORIA LEGISLATIVA**

Diretor: Afrísio Vieira Lima Filho

### **CENTRO DE DOCUMENTAÇÃO E INFORMAÇÃO**

Diretor: Adolfo C. A. R. Furtado

### **COORDENAÇÃO EDIÇÕES CÂMARA**

Diretor: Daniel Ventura Teixeira

**Projeto gráfico** Racsow

**Atualização de projeto gráfico** Renata Homem

**Capa** Sandra Lima

**Diagramação** Sandra Lima e Daniela Barbosa

**Revisão** Seção de Revisão e Indexação

### **Câmara dos Deputados**

Centro de Documentação e Informação – Cedi

Coordenação Edições Câmara – Coedi

Anexo II – Térreo – Praça dos Três Poderes

Brasília (DF) – CEP 70160-900

Telefone: (61) 3216-5809; fax: (61) 3216-5810

editora@camara.leg.br

## **SÉRIE**

Temas de interesse do Legislativo  
n. 24

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)  
Coordenação de Biblioteca. Seção de Catalogação.

---

Aragão, João Carlos Medeiros de.

Judicialização da política no Brasil [recurso eletrônico] : influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional / João Carlos Medeiros de Aragão. – Brasília : Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013.

139 p. – (Série temas de interesse do Legislativo ; n. 24)

ISBN 978-85-402-0112-5

1. Brasil. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. 2. Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). 3. Judicialização da política, Brasil. 4. Controle da constitucionalidade, Brasil. 5. Poder Judiciário, aspectos políticos, Brasil. 6. Poder Legislativo, controle judicial, Brasil. 6. Separação de poderes, Brasil. 7. Processo legislativo, Brasil. I. Título. II. Série.

CDU 342.56(81)

---

ISBN 978-85-402-0111-8 (brochura)

ISBN 978-85-402-0112-5 (e-book)

“Quase todos os homens são capazes de superar a adversidade, mas, se se quiser pôr à prova o carácter de um homem, dê-se-lhe poder.”

Abraham Lincoln.

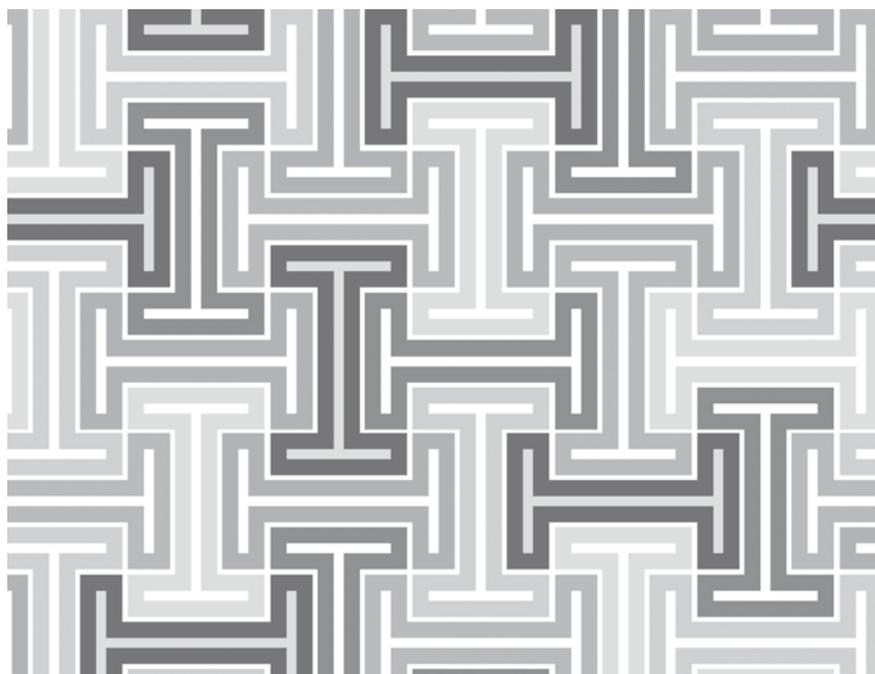


# SUMÁRIO

<b>PREFÁCIO.....</b>	<b>9</b>
<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>13</b>
<b>1 SEPARAÇÃO DOS PODERES .....</b>	<b>19</b>
1.1 Introdução.....	21
1.2 Poder de acordo com Locke .....	22
1.3 Poder de acordo com Montesquieu.....	25
1.4 Poder de acordo com Rousseau .....	28
1.5 Harmonia e independência entre os poderes .....	30
1.6 Sistema de “freios e contrapesos” ( <i>checks and balances</i> ) .....	33
<b>2 PODER POLÍTICO DO JUDICIÁRIO.....</b>	<b>37</b>
2.1 Evolução do conceito de poder.....	39
2.2 Poder político.....	42
2.3 Poder político do Judiciário.....	46
2.4 Poder Judiciário no Brasil .....	48
2.4.1 Evolução .....	48
2.4.2 Conclusão .....	54
<b>3 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA (CONSTITUIÇÃO DE 1988) – INSTRUMENTOS CONSTITUCIONAIS DE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL .....</b>	<b>57</b>
3.1 Ativismo judicial .....	59
3.1.1 Origem e conceituação.....	59
3.2 Judicialização da política .....	62
3.2.1 Introdução .....	62
3.2.2 Conceito .....	65
3.2.3 Razões da judicialização.....	67
3.2.4 Diferença entre ativismo judicial e judicialização .....	67

3.3	Judicialização política no Brasil .....	69
3.3.1	Instrumentos constitucionais de judicialização da política no Brasil.....	70
3.3.1.1	Ação direta de inconstitucionalidade (ADI) .....	71
3.3.1.2	Ação declaratória de constitucionalidade (ADC)....	73
3.3.1.3	Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).....	74
3.3.1.4	Ação civil pública.....	76
3.3.1.5	Ação popular.....	76
3.3.1.6	Mandado de injunção .....	77
3.3.1.7	Mandado de segurança .....	78
3.3.1.8	<i>Habeas Corpus</i> .....	79
<b>4</b>	<b>SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....</b>	<b>81</b>
4.1	Função política .....	83
4.2	Evolução das funções do Supremo Tribunal Federal.....	85
4.3	Supremo Tribunal Federal (STF) .....	88
<b>5</b>	<b>CONGRESSO NACIONAL: FUNÇÕES TÍPICAS E ATÍPICAS – JUDICIALIZAÇÃO EM ATOS INTERNA CORPORIS.....</b>	<b>97</b>
5.1	Processo legislativo.....	99
5.2	Processo legislativo no Brasil .....	101
5.3	Atos de natureza política .....	104
5.4	Atos do Legislativo .....	106
5.4.1	Competências do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal .....	106
5.4.1.1	Congresso Nacional .....	106
5.4.1.2	Senado Federal.....	108
5.4.1.3	Câmara dos Deputados.....	109
5.5.1	Atos <i>interna corporis</i> .....	111
5.6	Controle judicial dos atos do Legislativo .....	115
5.6.1	Controle judicial dos atos administrativos.....	115
5.6.2	Controle judicial dos atos <i>interna corporis</i> do Legislativo...	118
	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>123</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>129</b>

PREFÁCIO



**L**ouve-se o destemor de João Carlos Medeiros de Aragão em escolher o ativismo judicial e a judicialização da política como temas de sua tese de doutoramento. Ambos são *vexatae quaestiones* do direito público moderno, sem que, até aqui, os doutos se ponham de acordo.

Parece estar na raiz do que se denominou ativismo judicial a questão do governo dos juízes, objeto do livro de Henri De Page, *À propos du gouvernement de juges*, ao qual ele deu subtítulo que explica tudo – *L' équité en face du droit*<sup>1</sup>. Qual a função da jurisprudência: fonte de conhecimento, como o é da tradição continental romana, ou fonte de produção de normas jurídicas, como no sistema da *common law*? Nesta, a norma jurídica é produzida judicialmente, ou seja, a sentença dos juízes é a autêntica *rule of law*.

Nos sistemas continentais e romanísticos, houve, como mostra Henri De Page, reconceituação e valorização dos precedentes judiciais, buscando-se mais dar expressão e valor a situações fáticas e jurídicas que as normas escritas não previram ou subavaliaram; daí o apelo à equidade, ou norma feita pelo juiz, para legitimar decisões que não se fundamentam na lei, mas na boa consciência do juiz (*good conscience of the judge*). Na tradição romano-continental, o precedente não obriga outros juízes a decidirem igualmente hipótese idêntica, porque isso não viola o princípio da igualdade dos jurisdicionados perante a lei.

Na *common law*, é o direito dos jurisdicionados ao igual tratamento que leva à igualdade das decisões de casos afins.

Nos Estados Unidos, o *judicial review* permite que os juízes, quer pela via difusa, quer pela concentrada, nulifiquem não só leis, mas também atos dos poderes públicos, o que pareceu a muitos investi-los nas funções de governo e administração, sobretudo quando esse controle se estende a ponto de autorizar que o Judiciário faça lei ou norma em substituição às que nulificou.

Mas, mesmo no sistema da *common law*, o ímpeto da interpretação expansivista do poder da Suprema Corte dos Estados Unidos de inovar a letra e o espírito da Constituição foi moderado por dois distintos fundamentos – a separação dos poderes e a deferência (*deference*) à autoridade do governo republicano e à presunção de não dever a Corte

---

<sup>1</sup> PAGE, Henri de. *À propos du gouvernement des juges: l'équité en face du droit*. Paris: Lib. Recueil Sirey, 1931. 199 p.

limitá-la, salvo quando exigido pela própria função judicial<sup>2</sup>. O rico debate dessa questão na Suprema Corte mostra a razão de ser do ativismo judicial à americana. Sem recusar a inspiração doutrinária ou ideológica dessas distintas posições da judicatura e dos pensadores dos Estados Unidos, ditas conservadoras e liberais, parece que, no Brasil, dispensando a fundamentação científica ou técnica, o ativismo tem-se sustentado em considerações de ordem política, como a inércia legislativa, a autorização para declarar a inconstitucionalidade dos atos dos poderes públicos, cuja competência seria a assumida pelos juízes, mas não por eles usurpada.

Algumas decisões recentes do Supremo Tribunal Federal que criaram normas jurídicas para os casos que ele julgou poder-se-iam equiparar à equidade, sem embargo de seu caráter de generalidade e universal obrigatoriedade que as assemelham às leis formais. Mas, por força da doutrina importada da *judge-made law* e do *stare decisis*, força vinculante universal do precedente judicial, os jovens doutores formados pelo hibridismo anglo-brasileiro têm preferido forrar-se de conceitos jurídicos exóticos em detrimento dos que inerem ao duplamente milenar direito romano continental. Daí resulta, a meu ver, a indisciplina teórica e prática que enreda a questão da jurisdição constitucional no Brasil, e mostra fortemente que não se deve misturar o sistema romano continental e o da *common law*, porque derivam de distintas fontes formais de produção do direito e de fontes materiais históricas diferentes.

Essas são algumas achegas de um velho constitucionalista às elucubrações do jovem doutor, João Carlos Medeiros de Aragão.

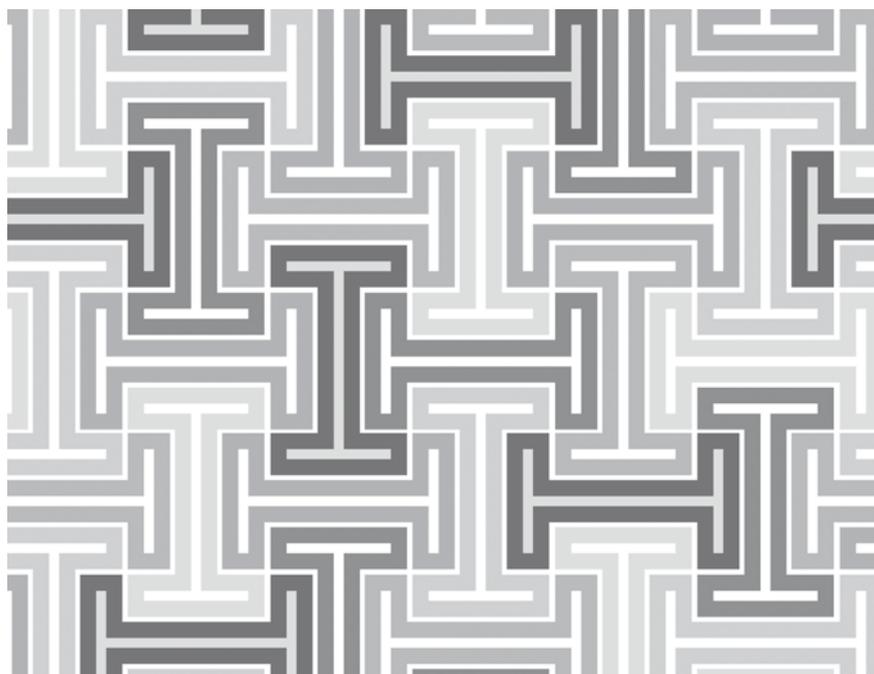
CÉLIO BORJA

*Professor Doutor em Direito Constitucional  
pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).  
Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal  
e ex-presidente da Câmara dos Deputados.*

---

<sup>2</sup> BRUBAKER, STANLEY C. Judicial self-restraint. In: HALL, Kermit L.; ELY, James W.; GROSSMAN, Joel B. (ed.). **The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States**. 2. ed. New York: Oxford Univ. Press, 2005.

INTRODUÇÃO



A criação do Estado proveio da necessidade do homem de viver em comunidade, já que ele não se bastava para suprir suas carências, precisando da ajuda de outros<sup>3</sup>. Assim, visando ao bem-estar social, criou-se o Estado (a administração), o qual controlaria o comportamento dos membros do grupo mediante a aplicação de normas jurídicas. Segundo Cícero<sup>4</sup>, “[...] o Estado é a coisa do povo; e o povo não é um aglomerado qualquer de seres humanos reunidos de uma forma qualquer, mas a reunião de pessoas associadas por acordo”.

Qualquer que fosse a aceção de Estado, este não podia prescindir da justiça – palavra que remete à noção daquilo que é justo<sup>5</sup>. Com a evolução histórica dos grupamentos humanos, o tipo de poder dominante determinava o modo como este se estruturaria; o tempo provou que a melhor organização política era a democracia – pelo menos a menos problemática. Nesse regime, o povo detinha a autoridade diretamente, ou indiretamente quando elegia representantes para agir em nome dele.

A partir daí, instituiu-se o Estado democrático de direito, o qual se imbuía de dois propósitos: assegurar direitos individuais e limitar a ação estatal. A fim de perseguir e alcançar tais metas, optou-se por dividir o controle por órgãos autônomos e independentes. Surgia o embrião dos poderes do Estado: o que administrava, o que criava as leis e o que fiscalizava o cumprimento destas e solucionava demandas. Esses poderes se qualificaram, respectivamente, como Executivo, Legislativo e Judiciário.

Essa teoria, posteriormente cognominada Teoria da Tripartição dos Poderes, requer um sistema que regule o exercício do poder político e limite possíveis posturas arbitrárias e centralizadoras; embasou, ainda, o Estado Liberal, cujos pilares são a exaltação aos valores democráticos, a proteção às liberdades individuais e o bem-estar da coletividade.

A partir daí, a garantia de que um instituto não usurparia a soberania do outro foi estabelecida com a delimitação da área de atuação de cada um, sem que houvesse hegemonia de qualquer deles; os *checks and balances* – ou freios e contrapesos – possuem a função de harmonizar a relação entre os poderes constituídos e delimitar a ação de cada um deles. O ordenamento jurídico estabeleceu as funções inerentes a cada poder, para assegurar a normalidade democrática.

<sup>3</sup> PLATÃO, 2000, p. 20.

<sup>4</sup> CÍCERO, 2001, p. 25.

<sup>5</sup> ARISTÓTELES, 2000, p. 20.

A tripartição do poder, embora configurasse como postulado da democracia, acabou, contudo, por demonstrar que a total liberdade de ação de cada um poderia comprometer a definição de Estado democrático – o poder é exercido por homens que, em razão de sua natureza, possuem idiossincrasias permissivas a sua vontade de distorcê-lo ou de cometer abusos em seu nome para contemplar interesses pessoais ou de grupos. Tal constatação conduziu à necessidade de se estabelecer formas de limitar e controlar prerrogativas dos dirigentes públicos, em nome do bem e da preservação da democracia.

No Brasil, a tradição, revelada em quase todos os textos constitucionais, tem sido garantir a repartição dos poderes e a independência harmônica entre eles, como reconhecimento da presença do Estado de direito. No entanto, para que essa organização cumpra sua finalidade de gerir os recursos de que dispõe em benefício da coletividade, não se concebe a administração pública e o Legislativo desvinculados de limites de atuação e de cumprimento de normas atreladas ao ordenamento jurídico.

A divisão das funções, em tal contexto, não pode nem deve ser absoluta, a fim de que se possa assegurar a proteção à ordem jurídico-constitucional, com vários direitos fundamentais nela inseridos. Dessa forma, o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, mesmo que em tese signifique excessiva ingerência do Judiciário em questões legislativas, é necessário até para se manterem vivos postulados da Teoria de Montesquieu.

Antes da promulgação da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal (STF), órgão máximo do Poder Judiciário, detinha competência e legitimidade para julgar temas afetos a leis constitucionais e federais. Depois da vigência da CF/88, o STF passou a assumir as funções de defensor e intérprete das normas fundamentais, com o papel de intérprete das leis federais atribuído ao Superior Tribunal de Justiça (STJ). Com isso, legitimou-se a atuação do Supremo no controle concentrado de constitucionalidade.

Inicialmente, questionou-se se a instauração de uma corte constitucional no Brasil poderia ferir ou prejudicar a independência e a harmonia entre os poderes de Estado. Constatou-se, no entanto, que o STF possui como “causa de agir” o imobilismo do Legislativo em sua função de legislar ou a regulamentação de matéria observada no texto constitucional. Nesse sentido, o Judiciário é competente para cobrar eficácia e efetividade nos compromissos assumidos no texto constitucional.

Com respeito ao Legislativo, compete ao legislador formular leis, respeitando, porém, preceitos constitucionais ou regimentais. Caso ele exceda as fronteiras estipuladas por estes, poderá assistir à impugnação de seus atos pelo Poder Judiciário. Nesses casos, não se pode falar em interferência, ou ingerência deste poder nas funções do Legislativo, mas na legítima postura de cobrar dos representantes do povo o cumprimento aos preceitos da Carta Magna. Ao assim agir, não está o Judiciário deliberando acerca da criação ou não de leis, pois tal comportamento configuraria invasão de funções a ele não concernentes. O intuito é preservar direitos fundamentais tutelados pelo Supremo, como o da dignidade humana, e fiscalizar a atuação do Congresso Nacional em determinadas questões. O julgamento ocorre visando ao interesse público e é realizado por magistrados.

As ações diretas de constitucionalidade (ADC) representam a principal ferramenta de politização do Judiciário ou de judicialização da política. A partir da promulgação da Carta de 1988, no art. 103, criaram-se oportunidades para que outros agentes políticos e sociais pudessem provocar o Judiciário no intuito de que fosse possível para este decidir em determinadas questões políticas. Atualmente, pode-se observar a atuação do Poder Judiciário no sentido de interferir em temas concernentes tanto ao Executivo como ao Legislativo, com a delimitação das fronteiras das ações administrativas.

Tal situação ocorre tanto no que concerne ao abuso de poder do legislador ao elaborar as regras quanto à condução do processo legislativo, representado pelos “atos *interna corporis*”. Ainda que sejam inerentes à instituição, as ações carecem de fiscalização, mormente quando podem prejudicar direitos individuais. Mesmo que o Supremo possua algumas limitações na análise dos atos *interna corporis* do Legislativo definidas pela CF/88, questiona-se se conta ele com legitimidade para exercer a função política, advinda da estrutura institucional do órgão – formas de deliberação da corte, instituição pela Carta Maior –, para julgar atos de competência interna do Legislativo. Essa postura, denominada de judicialização da política, mostra-se cada vez mais comum no desempenho do STF.

Assim, em razão da importância dessa matéria, este livro<sup>6</sup> versará sobre o controle judicial dos atos *interna corporis* do Legislativo. Indaga-se se cabe ao Judiciário imiscuir-se em assuntos de natureza interna

---

<sup>6</sup> Este trabalho é decorrente da tese apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito e Estado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, para obtenção do título de doutor em direito constitucional.

daquele poder e se há prescrição normativa para que este poder assim aja. Pode-se dizer ser esse o retrato da politização do Poder Judiciário.

Para tanto, dividiu-se a exposição em cinco capítulos, os quais apresentam o seguinte sumário:

**Capítulo 1** – comenta a separação dos poderes; resgata diversos conceitos de poder elaborados pelos principais pensadores da humanidade; discorre sobre a harmonia entre eles e sobre o sistema de freios e contrapesos;

**Capítulo 2** – analisa o poder político do Judiciário, mediante o estudo da evolução do conceito de poder, de poder político; enfoca ainda o poder político do Poder Judiciário no Brasil;

**Capítulo 3** – discorre a respeito da judicialização da política, decorrente da promulgação da Constituição de 1988; elenca os instrumentos constitucionais de judicialização da política no Brasil;

**Capítulo 4** – versa acerca do papel do Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política decorrente de algumas decisões emanadas desse órgão;

**Capítulo 5** – examina as funções do Congresso Nacional; as características dos atos do Legislativo, incluídos os atos *interna corporis*; trata da interferência do Judiciário na apreciação destes atos, esculpindo-se, assim, a politização da Justiça.

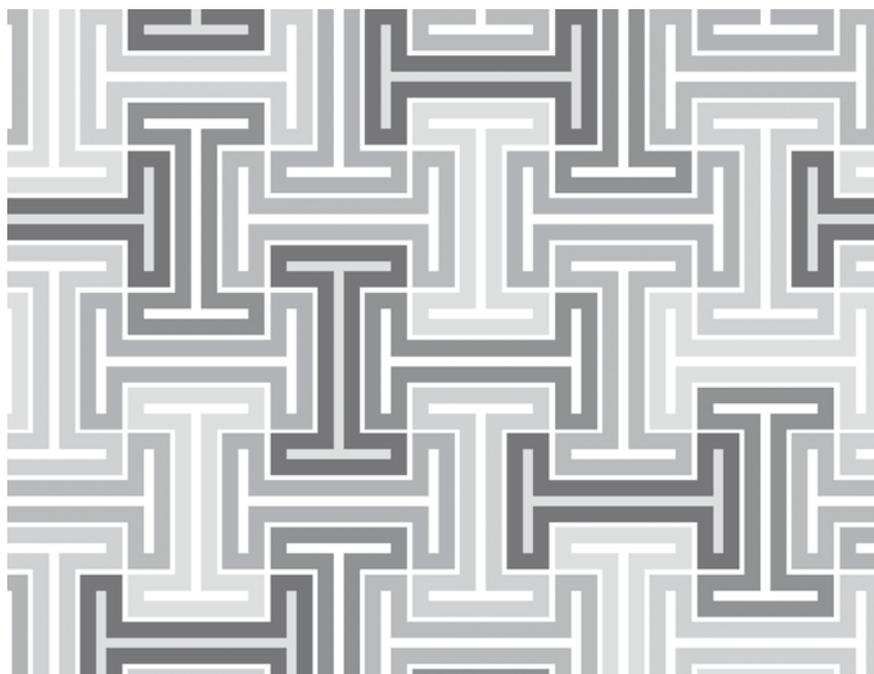
O estudo focalizou as ações do Judiciário, em especial as ações voltadas aos atos internos das casas legislativas, as quais representam o fenômeno denominado “judicialização da política”, no exercício de seu papel de corte constitucional. Nesse intento, recorreu-se à investigação documental, o que favoreceu a avaliação qualitativa dos dados. O desenvolvimento de estudo com pesquisa qualitativa pressupõe o corte de determinado fenômeno por parte do pesquisador. A metodologia qualitativa, em certa medida, assemelha-se a formas de interpretação dos fenômenos cotidianos, com dados que possuem natureza análoga aos que o pesquisador utiliza na técnica quantitativa<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> MAANEN, 1979, p. 521.

1

SEPARAÇÃO DOS  
PODERES



## 1.1 Introdução

A partir da Antiguidade Clássica, especialmente com as teorias de Platão e Aristóteles, foi admitido como verdade que o Estado, independentemente do regime a que estivesse atrelado, exercia três funções essenciais: a legislativa, a judiciária e a executiva<sup>8</sup>:

[...] a teoria política dos gregos era, basicamente, a reflexão a propósito da natureza da *polis*, dirigida como empreendimento intelectual autoconsciente, diverso – e em nível mais geral – do debate sobre matérias políticas específicas. A teoria política era, portanto, uma atividade secundária, a respeito do nível em que era tratado seu assunto<sup>9</sup>. (grifo no original)

Aristóteles afirmava que os componentes do Estado eram a população, o território e a autoridade política. Teorizou acerca das funções dos poderes políticos e das estruturas das autoridades. Estabeleceu, como marca de sua teoria, relação intrínseca entre política e ética<sup>10</sup>. Conceituou o ser humano como animal cívico, carente de convívio social, superior a todos os outros, desde que conhecesse a lei e a justiça<sup>11</sup>.

O filósofo grego preceituou ainda a necessidade de se definirem poderes, com estruturas, missão e funções diferentes: deliberativa (correspondente ao Legislativo); executiva (correspondente ao Executivo); e jurisdicional (correspondente ao Judiciário)<sup>12</sup>.

A origem da ideia da separação dos poderes repousa na definição de Aristóteles de constituição mista:

[...] constituição mista, para Aristóteles, será aquela em que os vários grupos ou classes sociais participam do exercício do poder político, ou aquela em que o exercício da soberania ou o governo, em vez de estar nas mãos de uma única parte constitutiva da sociedade, é comum a todas. Contrapõem-se-lhe, portanto, as constituições puras em que apenas um grupo ou classe social detém o poder político<sup>13</sup>.

O mesmo tema foi tratado por Aristóteles, o qual afirmou serem as constituições as ferramentas que ordenariam e distribuiriam os poderes do Estado – metas da sociedade civil e divisão do poder, da soberania<sup>14</sup>.

<sup>8</sup> ALVES, 2004.

<sup>9</sup> FINLEY, 1998, p. 49.

<sup>10</sup> COSTA, 2007, p. 8.

<sup>11</sup> Idem.

<sup>12</sup> Idem.

<sup>13</sup> PIÇARRA, 1989, p. 33.

<sup>14</sup> COSTA, 2007, p. 8.

## 1.2 Poder de acordo com Locke

John Locke, filósofo inglês e ideólogo do liberalismo, designado o principal representante do empirismo britânico e um dos relevantes pensadores que teorizaram sobre o contrato social, rejeitava a teoria das ideias inatas e asseverava que todas as ideias do homem advinham da percepção dos sentidos. Escreveu sobre a origem e a natureza do saber humano (*Ensaio acerca do entendimento humano*)<sup>15</sup>.

Teorizou igualmente acerca de filosofia política em duas principais obras: no *Primeiro tratado sobre o governo civil*, questionou o direito divino dos reis e afirmou que a vida política era invenção do ser humano, totalmente desvinculada de aspectos religiosos, divinos. Reprovava a ascendência divina dos príncipes, a qual conferia legitimidade à monarquia absolutista, e a considerava fundada em pseudoprincípios<sup>16</sup>.

Já no *Segundo tratado sobre o governo civil*, discorreu a respeito da propriedade privada e do Estado liberal, apresentando seu pensamento sobre a tripartição dos poderes<sup>17</sup>. Foi ele que, depois de Aristóteles, falou acerca da divisão de poderes.

Nesta obra, Locke discorreu sobre a constituição do Estado – liberdade de todos os seus membros a fim de poderem decidir a respeito de suas atitudes, inseridas nos limites do direito natural. Essa vertente do direito se apoia na convicção de o ser humano viver em estado natural, no qual ele é totalmente livre para decidir os rumos de sua vida, o seu comportamento, as suas atitudes, a forma como dispõe de seus bens e de seus familiares, tudo dentro dos contornos do direito. Nesse estado, ele possui livre arbítrio – não necessita nem da autorização nem da vontade de qualquer outra pessoa para agir<sup>18</sup>.

Em tal contexto, só cabe a reciprocidade, a igualdade, estados que determinam o poder, a competência, sem que haja hierarquias, desigualdades, inclusive de bens. Nessa conjuntura, todos os homens, como seres da mesma espécie, iguais desde o nascimento, usufruem igualmente as benesses da natureza, sem sujeição a qualquer homem que se intitule dono do poder<sup>19</sup>.

Esse “estado de natureza”, porém, não abona atitudes que lesem o próximo. Por serem iguais, independentes, dotados de razão, não se

---

<sup>15</sup> ALVES, 2004.

<sup>16</sup> LOCKE, 1994, p. 31.

<sup>17</sup> Ibid., p. 74.

<sup>18</sup> Ibid., p. 36.

<sup>19</sup> Ibid.

permite aos seres humanos destruir seus pares, lesá-los na vida, na saúde, na liberdade, nos bens. Não foram criados para servir aos outros, como escravos, pois possuem faculdades semelhantes. Assim, cabe a cada um e a todos, como comunidade, preservar a própria vida e a do outro, conservar o ambiente em que vive, preservar a natureza. Só agindo desse modo é capaz de conservar a espécie – a humanidade<sup>20</sup>. O efeito desse comportamento é que cada homem passa a ter poder sobre outro, mas não o poder absoluto, arbitrário, e sim aquele que só se legitima quando se precisa punir um transgressor ou garantir a preservação da vida da humanidade.

À medida que os seres humanos se associam, sentem a urgência de definir leis, outorgando à maioria o poder sobre a comunidade, inclusive com a incumbência de fazer respeitar essas normas. Para tanto, a sociedade designa alguns de seus membros para se encarregarem do cumprimento das leis e da manutenção e da ascensão do bem comum em detrimento de interesses individualistas os quais venham a prejudicar a vida social. Assim, pode-se afirmar que está estabelecida a perfeita democracia<sup>21</sup>.

Nessa democracia perfeita, pelo menos em tese, todos são monarcas – pois são iguais – e o ideal é que cada um respeite absolutamente os direitos do outro, entendendo-o como par, semelhante. Tal situação, porém, não existe, o que gera sentimentos de medo, insegurança. O indivíduo teme perder seus bens, ser desrespeitado pelo próximo, ser tratado com desigualdade. Daí advém a necessidade de definir regras de conduta – aceitas, conhecidas e consentidas por todos – que precisarão os conceitos de certo e errado (bem e mal). Ao agir assim, reconhecem a existência de idiossincrasias humanas – os defeitos, os sentimentos negativos tais como inveja, egoísmo, ganância, orgulho, dentre outros<sup>22</sup>.

Então, juntamente com a criação das leis, vem a constatação de que é preciso existir um juiz, imparcial, reconhecido como íntegro pela comunidade, o qual seja revestido da autoridade necessária e legítima para solucionar conflitos, diferença, litígios entre as pessoas que vivem nessa sociedade. Ele tem de ser capaz de aplicar dada lei a um caso concreto e conseguir resolver o embate entre os interesses de cada uma das partes, já que se considera serem os homens tendenciosos em relação às próprias carências, desprezando, na maioria das vezes, as necessidades

<sup>20</sup> LOCKE, 1994, p. 37.

<sup>21</sup> Ibid., p. 70.

<sup>22</sup> Ibid., p. 69.

do outro<sup>23</sup>. Cabe a ele igualmente dosar a punição a ser estabelecida àqueles que infringem as normas sociais ou legais, além de se certificar que o castigo será cumprido plenamente pelo infrator<sup>24</sup>.

Essas estruturas – estabelecimento de leis e definição de juiz – são consideradas como a origem dos poderes Legislativo e Judiciário, além de marcar a sedimentação das sociedades e dos governos. O primeiro detém competência para legislar, fixar os procedimentos a serem respeitados pelos membros da comunidade; com o tempo, entretanto, os legisladores podem ter diminuída sua função, uma vez que as leis permanecem em vigor por período indefinido. Nesse caso, eles podem se ver tentados a executar as regras que eles mesmos criaram e se desobrigar de obedecer a estas, passando a contar com privilégios em relação aos outros indivíduos, contrariando o objetivo primordial da existência do governo e da sociedade. Daí surge a conveniência de se estabelecer o Poder Executivo, responsável pela execução continuada das leis, visando ao bem-estar social<sup>25</sup>.

Nesse sentido, o Executivo se torna apto a declarar estados de guerra e paz, celebrar alianças com outras sociedades, bem como zelar pelo cumprimento das leis internamente, dentre outras atribuições – há, então, duas funções distintas – embora complementares entre si – a federativa e a executiva, respectivamente<sup>26</sup>.

Assim, o poder deve se sustentar em quatro funções: a legislativa, a executiva, a prerrogativa e a federativa<sup>27</sup>. A função legislativa funciona como a preponderante para a sociedade, embora seja necessário se definirem limites ao exercício dela.

Quanto às outras funções, a executiva se encarrega da execução das leis nacionais; a prerrogativa, da tomada de decisões em situações de exceção constitucional e a federativa, da administração da segurança pública interna<sup>28</sup>. Ressalta-se a distinção entre a função executiva e a legislativa, a serem da competência de indivíduos diferentes. Como não há dessemelhanças entre a natureza do Judiciário e a do Legislativo, aquele não deve ser considerado como função de poder – os legisladores exercem atividade de juiz imparcial<sup>29</sup>.

---

<sup>23</sup> LOCKE, 1994.

<sup>24</sup> Ibid., p. 72.

<sup>25</sup> Ibid., p. 75.

<sup>26</sup> Idem.

<sup>27</sup> PIÇARRA, p. 33.

<sup>28</sup> ALVES, 2004.

<sup>29</sup> Ibid.

Existe distinção entre a função executiva e a legislativa, cabendo a pessoas distintas deter cada uma delas. Ressalta-se que o Judiciário não pode ser compreendido como genuína função de poder, porque não existe essencial diferença entre este e o Legislativo – a função do juiz imparcial é exercida eminentemente pelos que fazem as leis. O Judiciário não exerce função apaziguadora em situações litigiosas. Em caso de abuso do Executivo, está configurada a conjuntura propícia ao (de direito natural) direito de revolução popular<sup>30</sup>.

Bobbio reconhece essa característica e leciona que a obra de Locke não se refere a separação e equilíbrio das funções de poder, e sim a separação e subordinação. O Executivo deve ser subordinado ao Legislativo e ofensas sofridas por um indivíduo dessa sociedade política serão julgadas necessariamente pela função legislativa ou por um magistrado por ela indicado<sup>31</sup>.

Deve-se atentar que, além do nível funcional e do institucional, a divisão de Locke inclui o nível social, com a ressalva de que a ambiência histórica pertencia ao Feudalismo, ou seja, todos os estamentos sociais constituíam o Parlamento, mas certas classes nesse modo de produção eram mais favorecidas política e socialmente<sup>32</sup>.

Embora a obra de Locke não se relacione exatamente com separação e harmonia entre os poderes, existem explicitamente ideias sobre divisão e equilíbrio das funções de poder (o Executivo deve estar subordinado ao Legislativo e este é o responsável por julgar litígios ocorridos na sociedade)<sup>33</sup>. Há conexão entre a teoria da separação dos poderes e a *rule of law*, aquela como pré-requisito desta: “[...] para que a lei seja imparcialmente aplicada é necessário que não sejam os mesmos homens que a fazem, a aplicá-la”<sup>34</sup>.

### 1.3 Poder de acordo com Montesquieu

Apesar de se reconhecer que Montesquieu não foi o primeiro filósofo a tratar da separação entre os poderes do Estado, foi ele que a sistematizou pela primeira vez e tornou sua Teoria da Separação dos Poderes um dos fundamentos da instituição do Estado democrático

<sup>30</sup> ALVES, 2004.

<sup>31</sup> BOBBIO, 1997, p. 48.

<sup>32</sup> Ibid.

<sup>33</sup> Ibid., p. 49.

<sup>34</sup> PIÇARRA, 1989, p. 71.

liberal<sup>35</sup>. As ideias de Charles-Louis de Secondat (1689-1755), ou Barão de La Brède ou Montesquieu, encontravam-se conectadas ao contexto sociopolítico da época em que viveu e criou suas teses. O pensador analisou as variadas conexões entre o Estado nacional laico e a sociedade, elegendo esta como soberana e unificadora do Estado<sup>36</sup>.

A mais conhecida obra de Montesquieu, *O espírito das leis*, publicada em 1748, discorre sobre formas de governo, autoridade política e tripartição dos poderes, dentre outros assuntos, os quais influenciaram as doutrinas do direito constitucional e da ciência política; por isso, é considerado pensador contemporâneo, embora tenha vivido durante a fase do Iluminismo. Nesse livro, falou acerca da legalização da autoridade, para evitar a violência e a arbitrariedade, e apresentou a Teoria da Tripartição dos Poderes<sup>37</sup>.

Tal teoria expôs tanto a distribuição, a limitação e o controle do poder político, quanto a distribuição racional do Estado<sup>38</sup>. Apresentou igualmente a tese de que há três tipos de governo: monárquico, republicano e despótico, cada um com características distintas<sup>39</sup>. Na monarquia, o poder recai sobre uma só pessoa, é regido por regras fundamentais; na república, a procura pelo bem comum, público, e pela virtude resulta na associação de todos; no despotismo, também ocorre o monopólio, mas sem leis regulamentares<sup>40</sup>. Enquanto a monarquia e a república recorrem às leis para governar, o despotismo emprega a arbitrariedade<sup>41</sup>.

A tripartição de poderes funda-se na liberdade e na justiça, sem as quais a sociedade se instalaria em bases instáveis. A liberdade política se torna fundamental, ainda que as leis se configurem como instrumento de poder, pois regem as relações entre governantes e governados. A natureza humana está sujeita a erros e “[...] todo homem que tem o poder é levado a abusar dele [...]”. Tudo se perderia caso a mesma pessoa ou os mesmos governantes, ou grupo dos governados, exercessem simultaneamente os três poderes: criar leis, executá-las e julgar crimes e litígios dos cidadãos<sup>42</sup>. A fim de que não houvesse abusos, é

---

<sup>35</sup> COSTA, 2007, p. 9.

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> SOUZA; ALENCAR; BASTOS, 2009.

<sup>38</sup> Ibid.

<sup>39</sup> MONTESQUIEU, 2008, p. 23.

<sup>40</sup> Ibid., p. 34.

<sup>41</sup> Ibid., p. 35.

<sup>42</sup> Ibid., p. 66.

imprescindível que o poder contenha a ele próprio; por isso, a divisão é fundamental<sup>43</sup>.

Ainda com relação ao poder, há função tríplice: a legislativa, a executiva e a judiciária, representadas institucional e respectivamente por parlamento, governo e tribunais<sup>44</sup>. O Legislativo é responsável pela elaboração, pela revogação e pela correção das leis; cabe ao Judiciário punir crimes ou julgar demandas pessoais; e ao Executivo, como último poder, exercer as outras funções do Estado, a administração geral, funcionando, desse modo, como executor das normas<sup>45</sup>.

Essa constitui a concepção mais difundida sobre a separação dos poderes:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o juiz seria o legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; **o de executar as resoluções públicas;** e **o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares**<sup>46</sup>.

Em *O espírito das leis*, pode-se depreender que o filósofo associou a separação de poderes ao conceito de liberdade e direitos fundamentais (a ideia se encontra presente no art. 16 da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”): “[...] toda sociedade, onde a garantia dos direitos não esteja assegurada nem a separação de poderes determinada, não possui constituição”<sup>47</sup>.

Nesse contexto, deve preponderar o equilíbrio das funções – o poder, por ser uno e indivisível, carece da divisão de competências entre os três órgãos para que seja exercido de forma correta. O governo deve ser republicano (a soberania é do povo) e não pertencer à aristocracia (poder só de parte do povo), ao monarca (apenas uma pessoa governa com leis rígidas) ou ao déspota (somente um governa, com regras flexíveis)<sup>48</sup>.

<sup>43</sup> MONTESQUIEU, 2008, p. 64-65.

<sup>44</sup> COSTA, 2007, p. 11.

<sup>45</sup> MONTESQUIEU, 2008, p. 165.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 67-68.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 138.

<sup>48</sup> COSTA, 2007, p. 12.

Nesse pensamento, verifica-se interpenetração e interdependência de funções entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. A separação de poderes conta, então, com outro significado – “[...] de assegurar a existência de um poder que seja capaz de controlar outro poder [...]. É problema político, de correlação de forças, e não problema jurídico-administrativo de organização de funções”<sup>49</sup>. Apesar de tal entendimento, não é cabível a completa reunião dos poderes de Estado, uma vez que “[...] se não houvesse monarca, e o poder executivo fosse confiado a um certo número de pessoas extraídas do corpo legislativo, não haveria mais liberdade, dada a união dos dois poderes”<sup>50</sup>.

“[...] se o poder executivo não tivesse o direito de refrear as ações do corpo legislativo, este seria despótico; pois, ao atribuir-se todo o poder que possa imaginar, aniquilaria todos os outros poderes”<sup>51</sup>. O fim principal da ordem política consiste em garantir a moderação do poder pela “cooperação harmônica”, equilíbrio dos poderes sociais, entre os poderes do Estado constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário), com o intuito de promover eficácia mínima de governo, além de conferir-lhes legitimidade e racionalidade administrativa<sup>52</sup>.

As funções de poder, para conviverem em harmonia, devem funcionar como em uma balança, buscando o equilíbrio por meio de duas premissas: criar um órgão constitucional, o qual possa controlar, limitar ou contrabalançar o poder de outro órgão, bem como garantir o direito anular uma resolução tomada por quem quer que seja<sup>53</sup>.

As diferenças básicas entre Locke e Montesquieu são as seguintes: as funções federativa e prerrogativa de Locke estão inseridas na função executiva de Montesquieu e este aceita a autonomia da função judiciária, ideia descartada por Locke<sup>54</sup>.

## 1.4 Poder de acordo com Rousseau

Anos depois da publicação de *O espírito das leis*, Rousseau escreveu *O contrato social* (1757), no qual critica a separação de poderes:

Nossos políticos, porém, não podendo dividir a soberania em seu princípio, fazem-no em seu objeto. Dividem-na em força e vontade, sem Poder Legislativo e Poder Executivo, em direitos de impostos, de

<sup>49</sup> ALBUQUERQUE, 2004, p. 119-120.

<sup>50</sup> MONTESQUIEU, 2008, p. 145.

<sup>51</sup> Ibid., p. 147.

<sup>52</sup> ALVES, 2004.

<sup>53</sup> COSTA, 2007, p. 12.

<sup>54</sup> Ibid.

justiça e de guerra, em administração interior e em poder de tratar com o estrangeiro. Algumas vezes, confundem todas essas partes, e outras vezes separam-nas. Fazem do soberano um ser fantástico e formado de peças ajustadas, tal como se formassem um homem de inúmeros corpos, dos quais um tivesse os olhos, outro os braços, outro os pés, e nada mais além disso. [...] Esse erro provém de não terem tomado por partes dessa autoridade o que não passa de emanções suas. Assim, por exemplo, tiveram-se por atos de soberania o ato de declarar guerra e o de fazer a paz, que não o são, pois cada um 14 desses atos não é uma lei, mas unicamente uma aplicação da lei, particular que determina o caso da lei [...]<sup>55</sup>.

A manifestação de soberania concretiza-se quando só a lei, considerada em seu sentido abstrato, representa a vontade geral; nesse sentido, os atos do soberano são apenas a função legislativa. Existe distinção entre a “vontade de todos” – soma das vontades de pessoas ou grupos – e a “vontade geral” – ente abstrato que almeja o bem comum. A “vontade de todos” raramente coincide com a “vontade geral” e esta, por visar ao bem-estar da coletividade, quase não erra<sup>56</sup>. A lei é expressão única do poder do Soberano, sendo, tudo o mais, ações individuais, particulares<sup>57</sup>. Não está afastada, porém, a possibilidade de se criarem outros órgãos além do Legislativo, a fim de que possam executar as leis<sup>58</sup>.

Assim, o poder é uno, indivisível e repousa no povo, a quem compete julgar, administrar, legislar, fiscalizar ou desempenhar nova função necessária à preservação do corpo social (o Estado). Então, as funções são divisíveis, não os poderes<sup>59</sup>. Desse modo, o conjunto de cidadãos (o povo), cada um com uma parcela de soberania, decide quais serão seus representantes para exercer o poder de modo responsável, com o intuito de propiciar o bem comum<sup>60</sup>.

Está revelada então a visão de um pacto social totalitário, uma vez que a “vontade geral” representa o poder absoluto – salvo alguns atos particulares os quais, por não interessarem à vontade geral, são tratados no âmbito da liberdade individual. Dentro de tal perspectiva, a separação de poderes é inviável – o soberano enfraquece caso o poder seja dividido, o que não seria benéfico à sociedade nem ao Estado<sup>61</sup>.

Com exposto, sobressai a teoria de que as normas refletem a vontade geral, e a atuação do monarca ocorre quando ele as promulga. Para

<sup>55</sup> ROUSSEAU, 1978, p. 44-45.

<sup>56</sup> COSTA, 2007, p. 13.

<sup>57</sup> Ibid.

<sup>58</sup> Ibid.

<sup>59</sup> TEIXEIRA, 2003, p. 25.

<sup>60</sup> WIEGERINCK, 2005.

<sup>61</sup> COSTA, 2007, p. 13.

se concretizar a soberania, no entanto, é essencial que se valide a lei; compete ao soberano criar órgãos que legitimem a ação legiferante e exerçam o poder com base na vontade geral, sem representar necessariamente os três poderes. Esse poder se subordina ao Estado, não às funções realizadas por instituições atreladas ao Estado, ainda que esses órgãos sejam fundamentais ao seu bom funcionamento. Nesse contexto, o poder torna-se indelegável, inviolável, já que só podem ser executadas as prerrogativas concedidas pela Constituição.

Das características apontadas decorre a coatividade, ou seja, o poder se impõe independentemente da manifestação de vontade dos destinatários dos seus comandos. Isso justifica por que os indivíduos renunciaram ao exercício da liberdade absoluta (Estado da natureza) em prol da consecução das finalidades comuns da vida em sociedade. Portanto, trata-se de coação legítima; admitir a divisão do poder é consubstanciar um desvanecimento do poder.

## 1.5 Harmonia e independência entre os poderes

Montesquieu foi criticado por vozes discordantes do Iluminismo, as quais entendiam a tripartição de competências como divisão do próprio Estado, como ente político, embora abstrato, uno<sup>62</sup>. Condorcet, por exemplo, argumentava que “a interdependência do poder impede sua separação”; Comte explicava que “[...] o Estado forte depende de um poder absoluto centralizado e concentrado”<sup>63</sup>. Já Duguit asseverava que “O poder deve ser uno, positivado e sua separação seria uma artificialidade”, ao passo que Malberg afirmava que “[...] a divisão do poder paralisaria o Estado”. Malberg defendia que o poder deveria ser unificado com distintos graus de funções (gradação do poder) – a função legislativa se sobreporia às demais<sup>64</sup>.

As ideias de Montesquieu prevaleceram independentemente das opiniões contrárias. Inovou em *O espírito das leis*, ao afirmar que as funções estatais deveriam ser repartidas entre poderes autônomos e independentes, mas harmônicos entre si, tema focado na Teoria do Estado desde os séculos XVII e XVIII<sup>65</sup>.

Essa teoria impactou a política, influenciando a organização das nações modernas. Os três poderes possuem funções principais, que guar-

<sup>62</sup> WIEGERINCK, 2005.

<sup>63</sup> Ibid.

<sup>64</sup> Ibid.

<sup>65</sup> COSTA; TERIN, 2006.

dam identidade própria – a do Judiciário é julgar; a do Legislativo é legislar; a do Executivo, administrar. Há, entretanto, funções secundárias, com o intuito de conferir e garantir independência a cada um deles<sup>66</sup>.

O Estado, como ente jurídico de direito público internacional, é indivisível. A pretensão então era dividir as atividades estatais, a fim de que as relações sociais não fossem prejudicadas com a ineficácia ou a lentidão de um Estado centralizador<sup>67</sup>. Não se pode questionar a unicidade do Estado e o poder que detém; este é exercido por três órgãos, com funções originárias, embora, em determinadas situações de exceção, um poder possa exercer a função de outro<sup>68</sup>.

Nessas teorias repousam os pilares da independência dos poderes – cada um deles possui competências típicas e originárias. Nesse sentido, precisam atuar em harmonia em razão de objetivarem o bem-estar social. Tal estrutura do poder visa à construção de um Estado ajustado às necessidades do povo, que possa agir de modo eficiente e rápido em contextos emergenciais, apesar de atuar com cautela durante transformações político-econômicas<sup>69</sup>.

Ressalta-se, ademais, a necessidade de os órgãos do Estado que exercem o poder a eles outorgado trabalharem em harmonia, o que não representa trabalhar isoladamente ou incentivando a política de boa vizinhança, pois é “silenciosa e não perturba com seus problemas.” Atuar harmonicamente se sobrepõe a apenas tolerar – conviver sem concordar e sem colaborar; representa interagir, colaborar, ter paciência com os problemas alheios e ajudar, quando for o caso. Significa ainda não interferir na competência dos outros, possibilitando que cada um exerça suas funções com independência e, sobretudo, com excelência<sup>70</sup>.

Pode-se assinalar, então, que

[...] **a divisão de poderes nunca se dissociou da ideia da sua interpenetração**, do seu **equilíbrio**, da sua harmonia, não podendo ser tida como absoluta e desintegradora.

E teve sempre em vista, no consenso unânime dos que a adotaram, a **limitação do poder em benefício da liberdade individual**.

Nem seria lícito imaginar-se que o Estado, destinado a servir ao homem, e sua criação, fosse organizado e funcionasse de tal modo que o absorvesse e o oprimisse, como ocorre nos regimes absolutistas e totalitários.

<sup>66</sup> COSTA; TERIN, 2006.

<sup>67</sup> WIEGERINCK, 2005.

<sup>68</sup> Ibid.

<sup>69</sup> Ibid.

<sup>70</sup> Ibid.

[...]

A divisão da assembleia geral, órgão do Poder Legislativo, em duas câmaras, como ainda hoje ocorre, já inclui nesse ramo um dos processos de **interpenetração**, exercendo a **ação frenadora através da qual se visa a alcançar o desejado equilíbrio**<sup>71</sup>. (grifos nossos)

Ao se considerar a unidade do poder, característica do Estado, pode-se incorrer no equívoco de interpretar a expressão “tripartição do poder”, compreendendo-a como se estes pudessem ser estanques, o que acarretaria problemas acerca das atividades estatais<sup>72</sup>. Para José Afonso da Silva, “Cumpra, em primeiro lugar, não confundir distinção de funções do poder com divisão ou separação de poderes, embora entre ambos haja uma conexão necessária”<sup>73</sup>. A distinção ocorre entre os órgãos que desempenham as funções provenientes do poder existentes nas sociedades.

Da observação do comportamento social, em momentos da história, têm-se destacado três funções básicas: geradora do ato geral; geradora do ato especial e solucionadora de conflitos. As duas funções geradoras distinguem-se somente quanto ao objeto (gerar e executar atos), enquanto a terceira se destinava a solucionar conflitos entre os entes sociais e entre eles e o Estado, identificadas, sobretudo, em Estados Absolutos<sup>74</sup>.

Uma forma de se proteger de qualquer abuso era a independência dos órgãos, especialmente do responsável pela elaboração do arcabouço legal, fato que afastava, em princípio, a preponderância da vontade de uma só pessoa. Com a aplicação desse princípio, constatou-se a transformação das monarquias absolutas em sistemas de governo mais limitados, resultando em muitos casos nos regimes parlamentares<sup>75</sup>.

Observa-se que a interpretação literal da expressão separação dos poderes não é atualmente foco de discussão, porquanto bem definidos os conceitos de poder e de órgãos que desempenham as funções de poder; ou seja, o conceito da palavra “separação” é compreendido e aceito no contexto da moderna Teoria do Estado<sup>76</sup>.

<sup>71</sup> CAMPANHOLE; CAMPANHOLE, 1999, p. 814.

<sup>72</sup> FUNÇÕES..., 2007.

<sup>73</sup> SILVA, 2002, p. 55.

<sup>74</sup> FUNÇÕES..., 2007.

<sup>75</sup> Ibid.

<sup>76</sup> Ibid.

## 1.6 Sistema de “freios e contrapesos” (*checks and balances*)

Embora a Teoria da Tripartição de Poderes pregue a independência de cada um deles, ela sustenta a ideia de que é necessário haver algum tipo de controle da atuação deles, a fim de que não ocorram atos centralizadores e absolutistas. Foram criados, assim, os “freios e contrapesos” para equilibrar o poder político de cada ente – Executivo, Legislativo e Judiciário<sup>77</sup>. Para Montesquieu, cada poder tem papel específico: o Executivo exerce várias funções do Estado, como administração geral e execução das leis; o Legislativo elabora as leis e corrige as que existem e o Judiciário pune crimes e julga litígios entre indivíduos, cidadãos e entes públicos e privados<sup>78</sup>. Nesse contexto, a teoria de freios e contrapesos funciona para manter a convivência pacífica e harmoniosa entre os poderes, uma vez que cada poder refrearia os abusos e as arbitrariedades do outro<sup>79</sup>.

Pereira reconhece, nas ideias de Aristóteles sobre as formas de governo, a origem do sistema de freios e contrapesos<sup>80</sup>, ao passo que Garvey e Aleintkoff creditam aos britânicos a criação do conceito de *balance* – equilíbrio, contrapesos – a fim de equilibrar os projetos de lei da Câmara dos Comuns (representante do povo) pela Câmara dos Lordes (representante do clero e da nobreza). O intuito era evitar a produção e a aprovação de normas criadas por impulso ou com viés demagógico; especula-se que o real objetivo era controlar as ações do povo, sobretudo as que ameaçavam os privilégios dos nobres<sup>81</sup>.

Foi igualmente na Inglaterra que surgiram outros relevantes instrumentos do sistema de freios e contrapesos: o *impeachment* e o veto. Este foi implantado como ato de oposição do rei (*negative voice*) para aprimorar o processo legislativo, pois o monarca não mais participa da criação das leis, embora possa impedir que elas entrem em vigor, exercendo algum tipo de controle sobre o Legislativo. Já aquele representa mecanismo jurídico e político que faculta ao Parlamento controlar os atos do Executivo<sup>82</sup>.

Paulo Fernando Silveira acrescenta que o *check* despontou na ocasião em que o Justice Marshal, durante o caso *Marbury x Madison*,

<sup>77</sup> OLIVEIRA, 2007.

<sup>78</sup> MONTESQUIEU, 2008, p. 165.

<sup>79</sup> SOUZA; ALENCAR; BASTOS, 2009.

<sup>80</sup> Ibid.

<sup>81</sup> GARVEY; ALEINTKOFF, 1991, p. 238.

<sup>82</sup> PIÇARRA, 1989, p. 59-62.

em 1803, afirmou ser competência constitucional do Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade dos atos do Congresso, anulando-os, sempre que as leis não se harmonizassem com a Carta Magna. Por essa doutrina, o Judiciário passou a controlar o abuso de poder do Executivo e do Legislativo<sup>83</sup>.

A partir, então, do entendimento de que deve haver a divisão das funções do Estado, bem como a individuação dos órgãos deste, sem prevalência de um poder sobre o outro, mas com a possível interferência de um no outro, pode-se admitir o controle e a vigilância recíprocos, a fim de se garantir o cumprimento das funções constitucionais de cada um. Moreira Neto, com o fito de expandir a ideia dos freios e contrapesos, classifica em quatro modalidades básicas as funções de controle<sup>84</sup>:

**[...] controle de cooperação:** é o que se perfaz pela coparticipação obrigatória de um poder no exercício de função de outro. Pela cooperação, o poder interferente, aquele que desenvolve essa função que lhe é atípica, tem a possibilidade de intervir, de algum modo específico, no desempenho de uma função típica do poder interferido, tanto com a finalidade de assegurar-lhe a legalidade quanto à legitimidade do resultado por ambos visado.

**controle de consentimento:** é o que se realiza pelo desempenho de funções atributivas de eficácia ou de exequibilidade a atos de outro poder. Pelo consentimento, o poder interferente, o que executa essa função que lhe é atípica, satisfaz a uma condição constitucional de eficácia ou de exequibilidade de ato do poder interferido, aquiescendo ou não, no todo ou em parte, conforme o caso, com aquele ato, submetendo-o a um crivo de legitimidade e de legalidade.

**controle de fiscalização:** é o que se exerce pelo desempenho de funções de vigilância, exame e sindicância dos atos de um poder por outro. Pela fiscalização, o poder interferente, o que desenvolve essa função atípica, tem a atribuição constitucional de acompanhar e de formar conhecimento da prática funcional do poder interferido, com a finalidade de verificar a ocorrência de ilegalidade ou ilegitimidade em sua atuação.

**controle de correção:** é o que se exerce pelo desempenho de funções atribuídas a um poder de sustar ou desfazer atos praticados por um outro. Pela correção, realiza-se a mais drástica das modalidades de controle, cometendo-se ao poder interferente a competência constitucional de suspender a execução, ou de desfazer, atos do poder interferido que venham a ser considerados viciados de legalidade ou de legitimidade.

---

<sup>83</sup> SILVEIRA, 1999, p. 94.

<sup>84</sup> MOREIRA NETO, 1989.

No presidencialismo e no parlamentarismo, o controle do poder dos entes do Estado pode ser exercido de diversas formas, dentre elas pela previsão constitucional de veto do Executivo a projetos aprovados pelo Legislativo; pela faculdade de o presidente da República conceder indulto e comutar penas – forma de controle de correção da atividade jurisdicional; pelo controle de constitucionalidade, pelo Judiciário, das normas elaboradas pelo Legislativo ou de decretos ou medidas provisórias inconstitucionais editadas pelo Executivo, situação em que aquele pode inclusive suspender a execução de lei considerada por ele como inconstitucional (controle de correção); pela faculdade de o Legislativo e o Judiciário controlarem o Executivo por meio do *impeachment*<sup>85</sup>.

Por meio do balanceamento dos poderes (freios e contrapesos), com cada um deles responsável por variadas funções, pode-se controlar o poder e garantir a liberdade e o bem-estar dos cidadãos. A síntese do controle é limitar o poder.

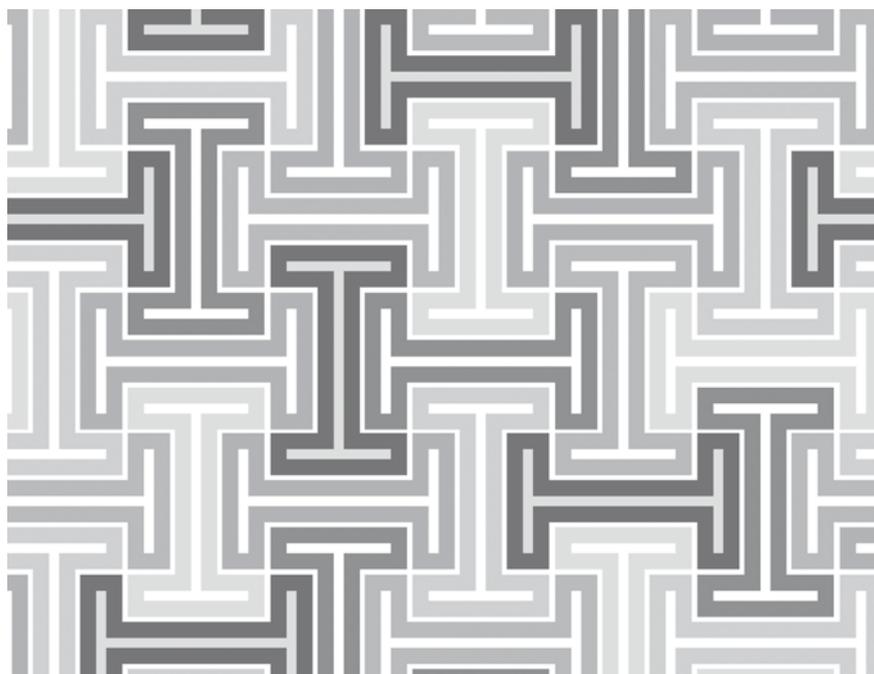
O Judiciário, desde sua criação, também tem lidado com diferentes formas de poder quando exerce suas funções, alteradas com os avanços político-sociais.

---

<sup>85</sup> MORAES, A., 2000, p. 67-74.

2

PODER POLÍTICO  
DO JUDICIÁRIO



“O objetivo dos antigos era a distribuição do poder político entre todos os cidadãos de uma mesma pátria: era isso que eles chamavam de liberdade. O objetivo dos modernos é a segurança nas fruições privadas: eles chamam de liberdade às garantias acordadas pelas instituições para aquelas fruições. [...] Não podemos mais usufruir da liberdade dos antigos, que era constituída pela participação ativa e constante no poder coletivo. A nossa liberdade deve, ao contrário, ser constituída pela fruição pacífica da independência privada.”

Benjamin Constant

## 2.1 Evolução do conceito de poder

O homem sempre procurou viver em grupos a fim de preservar a espécie e garantir sua subsistência. Para tanto, teve de conviver com os outros, criar sociedades, as quais de início se caracterizavam por constantes conflitos entre os membros de um mesmo grupo, entre distintos grupos ou contra as intempéries da natureza<sup>86</sup>.

Nesse período o poder se concentrava nos indivíduos aptos a defender o grupo e orientá-lo tanto nas tarefas cotidianas quanto nas lutas contra outros bandos. Ele era considerado selvagem, pois se preocupava com necessidades básicas e imediatas<sup>87</sup>.

Nessa fase marcada pela barbárie, o ser humano já era capaz de transformar a natureza em prol de sua sobrevivência – realizava atividades pecuárias e agrícolas. Em razão disso, surgiu o conceito rudimentar de propriedade, o que resultou no estabelecimento de uma autoridade central mais organizada, que coordenava a vida da comunidade e os ataques aos inimigos<sup>88</sup>.

Com a evolução humana, estabeleceu-se a civilização, a partir da qual se consolidou a divisão do trabalho, o desenvolvimento da inteligência e as noções de posse e propriedade. Além das tarefas pecuárias e agrícolas, o homem passou a lidar com a arte e a indústria, ainda que rudimentares. A segmentação do trabalho foi aperfeiçoada e, com ela, surge a necessidade de se manter a ordem social, em razão do aumento e da complexidade dos conflitos gerados no meio dos grupos, motivados, sobretudo, por vingança e ambição<sup>89</sup>.

A fim de garantir a ordem social, o ser humano manteve o poder centralizado, uma vez que entendia ser essa a melhor forma de

<sup>86</sup> SILVA, O., 2011.

<sup>87</sup> BOBBIO, 1987, p. 48.

<sup>88</sup> SILVA, O., 2011.

<sup>89</sup> Ibid.

preservar a paz social e o bem-estar da comunidade. O poder era conferido aos mais fortes, aos mais capazes, aos chefes e aos sucessores e herdeiros de clãs e tribos. Surgiam aí os primórdios da monarquia<sup>90</sup>. Com a evolução espiritual, as pessoas passaram a crer em um ser superior, responsável pelo destino das gentes, e depositaram na figura do governante os rumos do grupo, pois entendiam ser este o enviado de Deus, portanto divinizado, mágico<sup>91</sup>.

Deduz-se que já se firmava a vocação do homem para viver em sociedade – o ser humano era um animal sim, mas sociopolítico, que carecia de organização, desenvolvimento e poder<sup>92</sup>:

Se é natural o homem viver em sociedade, é necessário que entre os homens exista alguma coisa pela qual a multidão é dirigida [...] em todas coisas que se ordena a um fim, em que se deve proceder de um modo ou de outro, é necessário um dirigente, através do qual se chegue diretamente ao fim devido<sup>93</sup>.

Havia, porém, oposição à ideia de que o poder e a sociedade advinham de necessidade inata dos seres humanos; o entendimento era de que derivavam de pactos, contratos, convenções firmados entre estes por vontade dos membros do grupo. Eles estabeleciam normas de comportamento a serem seguidas por todos<sup>94</sup>. No “estado da natureza” (ou *jus naturale*), pré-social, o homem se isolava e hostilizava os outros, uma vez que entendia ser livre para definir os rumos de sua existência, sem dever satisfação de seus atos a outro do mesmo grupo social; em seguida, mediante o pacto social, ele passou ao estado da sociedade civil com o estabelecimento de leis e poder político<sup>95</sup>. No pacto, ficava definido que o cumprimento do acordo era considerado sagrado (daí se originou a justiça)<sup>96</sup>.

O ser humano transitou então da condição de selvagem inocente para membro do Estado de sociedade e depois para o Estado civil, no qual havia renúncia a parte da liberdade natural e a posse de bens, armas e riquezas. Estas eram transferidas a uma pessoa – o monarca –, que se investia de autoridade política para comandar o grupo<sup>97</sup>. Nessa configuração, a soberania e o poder pertenciam ao Estado, composto

---

<sup>90</sup> SILVA, O., 2011.

<sup>91</sup> Ibid.

<sup>92</sup> Ibid.

<sup>93</sup> Ibid.

<sup>94</sup> Ibid.

<sup>95</sup> MALMESBURY, 2006, p. 47.

<sup>96</sup> Ibid., p. 52.

<sup>97</sup> ROUSSEAU, 1996, p. 63.

pelo corpo político – reunião de homens<sup>98</sup>; Rousseau pregava que o real soberano era o povo e o governante, o representante legal daquele<sup>99</sup>.

Com o desenvolvimento das sociedades, tornou-se cada vez mais complexo definir o que é o poder, principalmente porque ele assume diversificadas formas na prática. O poder concentra-se em Estado e política, interconectados entre si<sup>100</sup>, e pode ser ilimitado ou absoluto – com a paz entre os homens – ou limitado – com a manutenção dos conflitos<sup>101</sup>.

O poder, em tal cenário, caracteriza-se pela capacidade do sujeito de alcançar determinados objetivos, metas, como elaborar leis, influir na conduta das pessoas. Assim, o poder significa o direito de que um sujeito é portador e está respaldado no ordenamento jurídico de dada sociedade<sup>102</sup>.

O poder pode ser considerado ainda como “[...] toda probabilidade de impor a vontade numa relação social, mesmo contra resistências, seja qual for o fundamento dessa probabilidade”<sup>103</sup>. Nesse sentido, as relações sociais são plurais (amizade, hostilidade, competição política e econômica, dentre outras) e, por isso, precisam ser reguladas por expectativas recíprocas, pertencer a certas estruturas sociais (como Igreja, Estado e família) e inserir-se em normas afetas a todos. Assim, o poder se encaixa numa relação social.

Norberto Bobbio questiona a justificação do poder político nestes termos:

[...] admitido que o poder político é o poder que dispõe do uso exclusivo da força num determinado grupo social, basta a força para fazê-lo aceitar por aqueles sobre os quais se exerce, para induzir os seus destinatários a obedecê-lo<sup>104</sup>?

A questão pode ser interpretada sob dois aspectos: a efetividade do direito, a duração do poder fundado só na força, e a legitimidade do poder fundado tão somente na força, que pode ser efetivo sem ser legítimo. É o problema da fundamentação do poder<sup>105</sup>. As respostas a esse questionamento repousam no fundamento da organização social – a legitimidade se caracteriza pela submissão de dado grupo a

<sup>98</sup> MALMESBURY, 2006, p. 48.

<sup>99</sup> ROUSSEAU, 1996, p. 65.

<sup>100</sup> BOBBIO, 1987, p. 53.

<sup>101</sup> MALMESBURY, 2006, p. 58.

<sup>102</sup> LOCKE, 1994, p. 77.

<sup>103</sup> WEBER, 1991, p. 35.

<sup>104</sup> BOBBIO, 1987, p. 55.

<sup>105</sup> Ibid.

um mandato<sup>106</sup>. Uma das formas de se concretizar essa dominação é a legal, a qual corresponde à estrutura moderna de Estado, com quadro administrativo hierarquizado.

Kelsen e seus discípulos não corroboram a ideia clássica de que, sem a participação do poder, não se efetivaria o direito. Para ele, ao identificar direito e Estado, não há outro direito, salvo o positivo, e não existe poder, exceto a coação como conteúdo da norma jurídica. Afirmam que a soberania não constitui poder, tampouco é necessária à garantia de atualização do direito; o poder não precisa vir antes do direito para poder sancioná-lo. A soberania se refere apenas à validade e à unidade de um sistema de normas, decorrência lógica da norma fundamental hipotética considerada pelo jurista como condição do próprio sistema<sup>107</sup>.

Ainda que haja pensadores que advoguem ser o poder prescindível, pois viola a liberdade individual e os princípios da consciência religiosa – dispensável, portanto, à positivação do direito –, grande parte dos autores atuais reconhece o poder como indispensável à estrutura do Estado e à vida social<sup>108</sup>.

Dalmo Dallari leciona que, mesmo em sociedades mais organizadas e prósperas, ocorrem conflitos os quais precisam ser solucionados; para tanto, é fundamental a intervenção de uma vontade hegemônica que possa garantir a unidade e a paz social<sup>109</sup>.

## 2.2 Poder político

O poder político propriamente dito surgiu nas sociedades grega e romana, que originaram o poder e a autoridade política. Coube-lhes, por meio de seus legisladores (seus primeiros dirigentes), impedir a concentração de poderes e de autoridade na mão de uma única pessoa – o rei.

Com a urbanização e o decorrente êxodo rural, os camponeses que acorriam às aldeias se tornavam comerciantes e artesãos e lutavam nas guerras, o que lhes permitiu avocar a si o direito de participar das decisões político-econômicas e legais das então cidades<sup>110</sup>. Em Atenas, os naturais podiam compartilhar o poder diretamente, o que originou o conceito de democracia, enquanto em Roma os pobres, ou a plebe – aqueles

---

<sup>106</sup> WEBER, 1991.

<sup>107</sup> KELSEN, apud SILVA, 2011.

<sup>108</sup> SILVA, O., 2011.

<sup>109</sup> DALLARI, 1995, p. 174.

<sup>110</sup> SILVA, O., 2011.

que não possuíam propriedades – elegiam um tribuno o qual os representava perante os patrícios – os que realmente partilhavam o poder<sup>111</sup>.

Pode-se afirmar que aí se inventou a política – a lei passou a ser entendida como vontade pública e coletiva, com direitos e deveres para todos; instituições públicas foram criadas a fim de garantir prerrogativas e obrigações; o erário foi estabelecido – bens e recursos públicos passaram a pertencer à comunidade; o poder civil e o militar foram separados, com a subordinação deste àquele; o Senado romano e a assembleia grega foram implantados, nos quais os cidadãos, isto é, os que possuíam direitos iguais, discutiam, opinavam e deliberavam por meio do voto acerca de questões sobre a vida comunitária, em locais abertos<sup>112</sup>.

Tanto na oligarquia romana quanto na democracia ateniense, a sociedade buscou organizar-se socioeconomicamente e o Estado despontou como poder apartado da sociedade, embora responsável por conduzi-la, comandá-la e solucionar conflitos e disputas de qualquer natureza, com os cidadãos exercendo parte de tal poder<sup>113</sup>. Estava consolidada a política da cultura ocidental, como resposta às contradições sociais.

Além disso, considerava-se que dado regime só podia ser denominado de político caso houvesse um corpo de normas reconhecidas publicamente e respeitadas por dirigentes e cidadãos. A ausência da lei podia conduzir a regimes tirânicos ou anarquia. Para se manter a política, era necessário existirem instituições públicas, direito e regras, com o fito de criar a vida boa e a justiça – ordem, harmonia e concórdia<sup>114</sup>.

Com o passar dos séculos, o conceito de poder político sofreu algumas transformações e evoluiu. Passou-se a entender que não competia ao Estado definir a propriedade privada, mas defendê-la e garanti-la contra os que dela quisessem se apropriar ilegitimamente, sem que isso interferisse na vida econômica. Ademais, cabia ao Estado legislar – permitir ou proibir o que se referisse à vida pública – sem se imiscuir na liberdade de pensamento dos governados nem na liberdade econômica (movimento chamado de liberalismo, consolidado na Inglaterra em 1688). O Estado desempenhava o papel de garantidor da ordem pública<sup>115</sup>.

Nessa conjuntura, despontou o Estado de direito, com a responsabilidade de assegurar os direitos individuais e submeter todos

---

<sup>111</sup> SILVA, O., 2011.

<sup>112</sup> Ibid.

<sup>113</sup> Ibid.

<sup>114</sup> Ibid.

<sup>115</sup> Ibid.

os cidadãos às leis e às decisões do Poder Judiciário. Ao ser assumido como garantia constitucional, o Estado de direito passou a deter a juridicidade, os direitos fundamentais e a constitucionalidade como premissas. Quanto à juridicidade, representa elemento de natureza material, formal e procedimental, visando solucionar os obstáculos decorrentes da atuação estatal. Pretende, sobretudo nos Estados democráticos de direito, configurar o poder e a estruturação dele ao direito, mediante o estabelecimento de normas, regras, procedimentos, embora se reconheça que o direito padece da intromissão de valores sociais, econômicos, políticos, religiosos, ideológicos<sup>116</sup>.

Nesse sentido, pode-se compreender o direito como uma estrutura organizada racionalmente à qual se conecta determinada sociedade. A fim de garantir a organização, é essencial que se definam comportamentos, se fundem instituições, bem como se rejeitem posturas as quais firmam os valores delimitados pelo Estado<sup>117</sup>. Assim, cabe ao direito ainda indicar garantias jurídico-formais para resguardar a sociedade e o próprio Estado de condutas inadequadas por parte dos poderes constituídos.

Nesse aspecto, a juridicidade, ou o princípio da igualdade perante a lei, contempla a inter-relação entre o direito objetivo (aspecto objetivo) e o subjetivo (aspecto subjetivo); no momento em que se criam normas para firmar paradigmas comportamentais desejáveis (e indesejáveis), formula-se o designado “estado de distância”, segundo o qual se concedem aos indivíduos determinados direitos individuais, inalienáveis pois inerentes a eles, dando-lhes autonomia e confirmando o “estado de direito” como conceito de justiça social<sup>118</sup>.

Por intermédio da juridicidade, é possível se afiançar que os pactos sociais, os contratos, sejam respeitados, cumpridos, honrados.

Além de se configurar como jurisdicional, o Estado de direito é igualmente constitucional – os poderes públicos (funções do Estado) são organizados em uma constituição, a qual determina os atos e as medidas desses poderes, constrói o ordenamento jurídico e confere à expressão Estado de direito sua real dimensão. É inerente ao princípio da constitucionalidade a subordinação de todas as atividades do Estado à Constituição (controle político-jurídico), sejam elas administrativas, sejam políticas<sup>119</sup>.

---

<sup>116</sup> CANOTILHO, 1999, p. 218.

<sup>117</sup> *Ibid.*, p. 219.

<sup>118</sup> *Ibid.*

<sup>119</sup> *Ibid.*, p. 210.

Implica também que algumas matérias sejam tratadas apenas à luz do texto constitucional, conforme sua tipicidade e sua natureza (princípio da reserva da Constituição); que a Carta Maior detém força normativa – não pode ser menosprezada em decorrência de outros normativos tais como leis inferiores (princípio da força normativa da Constituição); que o legislador não pode se esquivar dos ditames constitucionais ao legislar, tampouco os políticos eleitos podem infringir as normas constitucionais<sup>120</sup>.

Por fim, o Estado de direito se funda no pressuposto de atestar os direitos fundamentais dos indivíduos. Estes prevalecem sobre os demais, precipuamente os que respeitam prerrogativas coletivas e individuais – valores de igualdade. Desse modo, estão preservados os direitos humanos, as liberdades civis e determinados interesses particulares<sup>121</sup>.

A depender da Constituição, os direitos fundamentais podem ser assim elencados: direito à nacionalidade, à livre circulação, à residência, ao asilo e à propriedade (direitos pessoais diante da sociedade); direito à liberdade, à segurança e à vida (direitos pessoais); direito à liberdade de pensamento; à religião, à expressão, à reunião e à associação (liberdades e direitos públicos); direito ao trabalho, ao repouso, à educação, à sindicalização (direitos econômicos e sociais)<sup>122</sup>.

A partir de tal entendimento, pode-se considerar que os termos “direitos fundamentais” e “direitos do homem” são equivalentes semanticamente. Ao se levar em conta a origem, na concepção jusnaturalista-universalista, direitos do homem constituem aqueles apropriados a todas as gentes, ao passo que direitos fundamentais representam, na dimensão jurídico-institucional, os direitos do homem restritos no tempo e no espaço, porquanto vigoram em dada ordem jurídica durante o tempo em que ela existir<sup>123</sup>.

[...] muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade. Os **direitos de personalidade** abarcam certamente os direitos de estado, os direitos sobre a própria pessoa, direito à privacidade, direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade. Tradicionalmente, afastam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações por não serem atinentes ao ser como pessoa<sup>124</sup>.

<sup>120</sup> CANOTILHO, 1999, p. 210.

<sup>121</sup> *Ibid.*, p. 211.

<sup>122</sup> *Ibid.*, p. 211.

<sup>123</sup> CANOTILHO, 2003, p. 369.

<sup>124</sup> *Ibid.*

Ademais, é necessário distinguir entre os direitos fundamentais não constitucionais e os formalmente constitucionais, que se prestam a defender a liberdade; exercer prestação social; proteger as pessoas contra terceiros e garantir a não discriminação, protegendo os valores fundamentais da ordem jurídica:

[...] os direitos consagrados e reconhecidos pela constituição designam-se, por vezes, **direitos fundamentais formalmente constitucionais**, porque eles são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal (normas que têm a forma constitucional). A Constituição admite [...], porém, outros direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. Em virtude de as normas que os reconhecem e protegem não terem a forma constitucional, estes **direitos são chamados direitos materialmente fundamentais**<sup>125</sup>. (grifos do autor)

A ausência desse tipo de direito tornaria as constituições um texto vazio, com um conjunto de regras formadoras do texto constitucional, mas que não se prestaria ao mais alto objetivo – promover o bem-estar social, a paz, o convívio pacífico, a harmonia. Pode-se deduzir que sem a Carta Maior não há direitos fundamentais, pois são designados como direitos constitucionais. Como são reconhecidos pelas instituições públicas e sociais, geram efeitos jurídicos. São garantidos, admitidos e acolhidos pelo Estado.

Com base em tais premissas, pode-se constatar a força do Poder Judiciário, incumbido de preservar esses direitos (e outros), fazer cumprir os preceitos constitucionais e as demais leis que regem o Estado.

### 2.3 Poder político do Judiciário

Uma vez que a função política objetiva fixar critérios, concretizados em leis, normas e procedimentos que auxiliem a promover o bem comum e a sobrevivência da sociedade, cabe aos cidadãos criar órgãos com poderes suficientes para atuar de modo a cumprir essas finalidades.

A Carta Magna responde não só pela instituição dos órgãos que exercerão a função política, como também pela competência de cada um deles e pelos métodos a serem empregados quando da atuação política de cada um. Dentre os limites previstos pela Constituição, encontram-se os atos passíveis de ser realizados pelo Judiciário para executar

---

<sup>125</sup> CANOTILHO, 2003, p. 369.

a função política tais como recursos, ações, jurisprudências, decidindo com respeito a temas relevantes.

Inicialmente, considerava-se o Poder Judiciário como desprovido de relevância, como um poder que se restringia a acatar os desígnios das normas. Era entendido como o mais frágil dos poderes, uma vez que não lhe cabia criticar nem o Executivo nem o Legislativo. Essa percepção começou a se alterar com o movimento de constitucionalização acontecido no século XX, especificamente depois da Segunda Guerra Mundial. A partir daí, pôde-se verificar marcadas transformações nas relações entre os poderes dentro do Estado. Os tribunais e as outras instituições jurídicas vivenciaram o aumento, a expansão de seu poder, mormente na América Latina, na Europa e nos Estados Unidos<sup>126</sup>.

Com a evolução das instituições político-jurídico-sociais, expandiu-se a atuação desse poder, com o discurso político permeado pela retórica jurídica, com os tribunais desempenhando marcante papel na elaboração de políticas públicas com nova postura de magistrados – regulamentar o procedimento político e impor o respeito a determinados comportamentos chancelados por partidos políticos, servidores públicos, autoridades do governo, políticos e grupos de interesses particulares<sup>127</sup>.

Dessa forma, o Judiciário, com respaldo do texto constitucional, passou a zelar igualmente pelo respeito à Constituição. Ele possui competências próprias, individuais, e a liberdade de agir independentemente segundo seus propósitos e sua interpretação da Carta Maior. Compete-lhe também julgar atos dos outros poderes, a fim de verificar se estão conformes com as leis e as normas, tornando-se responsável em alguma medida pelos outros poderes. Ao aplicar as regras a casos concretos, possui o direito inerente de interpretá-las segundo o pensamento dos representantes da área jurídica ou, ao contrário, seguir literalmente a letra da lei e o entendimento do legislador, sem extrapolações<sup>128</sup>. Assim, conclui-se que a atividade jurídica é igualmente política, pois o é a própria opção do juiz por um ou outro rumo na decisão das lides.

Com a instituição do Judiciário, verifica-se que o poder político convive com progressiva juridicidade, dado que se transitou do uso da força bruta para o âmbito do direito. Nesse sentido, o direito e o poder

<sup>126</sup> MAURÍCIO JÚNIOR, 2008, p. 126-127.

<sup>127</sup> *Ibid.*, p. 127.

<sup>128</sup> CANOTILHO, 2003, p. 369.

representam fenômenos concomitantes, o que conduz à ideia de distintos graus de juridicidade<sup>129</sup>.

Ressalta-se, porém, que, embora o poder objetive se conformar cada vez mais ao direito, ele não é ou será puramente jurídico, pois a própria positivação do direito depende da existência daquele. A positivação do direito depende do poder em geral, a fim de que se torne eficaz. Para que determinada regra se configure como de direito positivo, ela depende da interferência do poder<sup>130</sup>.

Tal integração, que abarca interesses individuais do homem, se esculpe como a redução do poder a normas e princípios capazes de concretizar a realização deste, formalizado juridicamente. O direito abstrato, formado por ideias normativas ou relações a se estabelecerem, se transforma em direito positivo, o qual garante a ordem jurídica<sup>131</sup>.

Além disso, o Estado, por intermédio do Legislativo, cria normas jurídicas para regulamentar tanto a organização do próprio Estado como as relações entre os membros da sociedade e entre Estados. Embora ele detenha esse poder, em razão da tripartição dos poderes, deve obedecer às leis por ele criadas em igualdade de condições com os cidadãos, atributo essencial do Estado de direito. Tal atitude é fundamental à garantia da separação de poderes. É de competência do Estado igualmente fornecer aos indivíduos ferramentas jurídicas efetivas, para que estes possam se contrapor, se for o caso, ao próprio poder político do Estado<sup>132</sup>.

## 2.4 Poder Judiciário no Brasil

O Judiciário, ao longo de sua história, passou por diversas fases nas quais desempenhou papéis de mais ou menos relevância (com mais ou menos poder), conforme os interesses do governo e as necessidades sociais.

### 2.4.1 Evolução

A origem histórica do Judiciário no Brasil remonta a Portugal, pois vieram de lá as matrizes que consolidaram a criação da estrutura judiciária no país<sup>133</sup>.

---

<sup>129</sup> SILVA, O., 2011.

<sup>130</sup> Ibid.

<sup>131</sup> Ibid.

<sup>132</sup> Ibid.

<sup>133</sup> MARTINS FILHO, 1999.

Trinta anos depois da chegada dos portugueses ao Brasil, na época das capitâneas hereditárias, desembarcou no país a primeira expedição colonizadora, comandada por Martim Afonso de Sousa. Tanto ele quanto os donatários das capitâneas chegaram com plenos poderes, dentre eles o policial e o judicial. O sistema logo se mostrou inadequado, em razão da parcialidade empregada por alguns no exercício da função judicial<sup>134</sup>.

No início da colonização brasileira, os donatários das capitâneas hereditárias dispunham da jurisdição civil e criminal nos territórios de seu domínio, ou seja, eles decidiam os eventuais conflitos existentes entre aqueles que habitavam nas capitâneas<sup>135</sup>. No período monárquico, havia a jurisdição eclesiástica, sobretudo em relação ao direito de família, a qual desapareceu com a separação entre a Igreja e o Estado<sup>136</sup>.

Em 1549, com a criação do governo-geral, exercido por Tomé de Sousa, começou a se delinear a organização do Poder Judiciário; ele instituiu o cargo de ouvidor-geral, desempenhado pelo desembargador Pero Borges, o qual tinha como atribuição administrar o Poder Judiciário, na Bahia. Competia ao ouvidor-geral ouvir os indivíduos insatisfeitos com decisões de ouvidores das capitâneas, incumbidos de solucionar as lides de moradores das vilas, além de vereadores, chanceleres e contadores (integrantes das câmaras ou dos conselhos municipais). Nessa época, porém, as funções policiais e administrativas se misturavam com as judiciais, o que comprometia a imparcialidade das deliberações<sup>137</sup>.

Algumas décadas depois, com a expansão do processo colonizador, criaram-se as figuras dos juizes (ordinários e de fora), dos provedores e dos corregedores, influência da estrutura das cortes portuguesas, devido à exigência de uma justiça mais organizada, mais burocrática<sup>138</sup> no Brasil. Em seguida, de 1644 a 1713, os juizes do povo, escolhidos pelo próprio povo, instalaram-se na Bahia, juntamente com os almotacés, embora estes só pudessem pronunciar-se acerca de casos referentes a construções e ter sua decisão questionada perante os ouvidores da comarca (considera-se esse o embrião da fase recursal)<sup>139</sup>.

Na mesma época, em 1609, foi finalmente instalado no Brasil o Tribunal de Relação (ou Relação da Bahia), órgão colegiado criado pelo monarca Filipe II, da União Ibérica de Portugal e Espanha. Ao se implementar

<sup>134</sup> MARTINS FILHO, 1999.

<sup>135</sup> LIMA, 2007.

<sup>136</sup> Ibid.

<sup>137</sup> MARTINS FILHO, 1999.

<sup>138</sup> Ibid.

<sup>139</sup> Ibid.

tal forma colegiada de administração judiciária, os ouvidores, agora sofrendo mais controle, sentiram-se incomodados e conseguiram, em 1626, extinguir esse colegiado. A dissolução da Relação da Bahia não agradou aos membros da comunidade, uma vez que a prestação jurisdicional era encarada como conquista dos que precisavam recorrer à Justiça em busca de solução para litígios. Assim, em 1652, foi recriada a Relação da Bahia, designada então como Corte Superior Brasileira<sup>140</sup>.

Apesar do êxito dessa medida, o país sentia ainda o poder dos donatários, os quais influenciavam de algum modo o poder judicial – interferência do Executivo no Judiciário. Para sanar esse óbice à boa prestação jurisdicional, o Alvará de 24 de março de 1708 determinou que os ouvidores das capitanias estavam subordinados, como juízes, à Coroa e não aos donatários.

Para restringir o poder excessivo dos ouvidores, em 26 de agosto de 1830, foi promulgada a lei que extinguiu o cargo de ouvidor da comarca e confiou ao corregedor a função de autoridade superior judiciária, acima de juízes e ouvidores. A estrutura também não funcionou de modo adequado, porquanto havia muitas decisões arbitrárias tanto no governo-geral quanto nas capitanias – as deliberações eram monocráticas.

Concomitante a esses problemas, a quantidade de processos aumentou significativamente, prejudicando o funcionamento da Relação da Bahia. Com o intuito de resolver o problema, em 1751 foi estabelecida a Relação do Rio de Janeiro, formada por quatro câmaras, com dois ou três desembargadores em cada uma. Esses juízes se preocupavam com a justiça de suas sentenças e apelavam a Deus para que os iluminasse<sup>141</sup>.

Com o crescimento da colônia, durante o vice-reinado, as províncias do Norte e do Sul encontravam obstáculos para ingressar com ação na Justiça, em razão das distâncias da Relação da Bahia e da Relação do Rio de Janeiro. A alternativa foi instalar a Junta de Justiça do Pará, em 1758, órgão recursal de instância inferior (1º grau), presidido pelo governador da comarca e estruturado com um ouvidor intendente, três vereadores e um juiz de fora, os quais executavam um rito processual sumário.

Nos anos seguintes, desde 1765, criaram-se colegiados análogos à Junta do Pará em outras regiões do país, desenhando-se assim a Justiça no Brasil. Com essa providência, houve melhoria nos julgamentos de primeira instância, pois os julgadores podiam ter sua decisão avaliada e até revisada por um tribunal superior<sup>142</sup>. Destaca-se a aprovação da Lei

<sup>140</sup> MARTINS FILHO, 1999.

<sup>141</sup> Ibid.

<sup>142</sup> Ibid.

de 31 de março de 1824, a qual determinou que os juízes deveriam fundamentar suas decisões, definindo uma norma de caráter processual<sup>143</sup>.

Além desses, foram instituídos os juzizados especiais (com prerrogativas para determinados indivíduos): as juntas militares; as juntas da fazenda (matéria alfandegária, fiscal e tributária); juntas do comércio (matéria de comércio, de indústria, de agricultura e econômica)<sup>144</sup>.

Ao término do período colonial, o Judiciário brasileiro contava com a seguinte estrutura de órgãos superiores: tribunais e magistrados próprios, mas com instâncias superiores instaladas em Portugal; conversão da Relação do Rio de Janeiro em Casa da Suplicação, abrangendo todo o Brasil (23 desembargadores, em 1808); instalação das relações de Pernambuco e do Maranhão (1821 e 1812, respectivamente); constituição do Conselho Supremo Militar (1808), da Mesa do Desembargo do Paço e da Consciência e Ordens (1808), do Juiz Conservador da Nação Britânica (1808) – foro privilegiado para ingleses, com juiz brasileiro escolhido por ingleses moradores no Brasil<sup>145</sup>.

Em 18 de junho de 1822, foi decretada a criação do Tribunal do Júri, que julgava crimes em geral; decidiu-se manter a pena de morte como a maior punição. Em 1830, promulgou-se o Código Criminal, reforçando-se a pena de morte como instrumento punitivo. O Conselho do Júri, colegiado do Tribunal do Júri, era formado pelo júri da acusação e pelo júri do julgamento – o primeiro acusava e o segundo julgava. Os jurados eram escolhidos pela câmara municipal e havia o juiz criminal<sup>146</sup>.

Outros avanços foram sentidos durante o Império com relação à estrutura e ao funcionamento do Judiciário tais como a universalização do magistrado de 1ª instância; a criação do juiz municipal, do juiz de paz, do juiz de direito (sucedeu ao juiz de fora e possuía poder para atuar como chefe de polícia). Foram instalados ainda os tribunais do Comércio no Rio de Janeiro, na Bahia e em Pernambuco, a partir da aprovação do Código Comercial (Lei nº 556, de 25 de junho de 1850), com foro especial para comerciantes<sup>147</sup>; foram extintos em 1873, por decreto.

Com a Proclamação da República, em 1889, foi promulgada a primeira Constituição Republicana (1891), que dedicou especial atenção ao Poder Judiciário. Instaurou a justiça comum e a justiça federal, esta para examinar questões de que a União fosse parte e declarar a

<sup>143</sup> MARTINS FILHO, 1999.

<sup>144</sup> Ibid.

<sup>145</sup> Ibid.

<sup>146</sup> Ibid.

<sup>147</sup> Ibid.

inconstitucionalidade das leis em casos concretos (institucionalizado o controle difuso de constitucionalidade das normas). Transformou o Supremo Tribunal de Justiça em Supremo Tribunal Federal (15 ministros) com a atribuição de padronizar a jurisprudência em temas de direito constitucional e federal.

O mesmo texto dispôs sobre a criação dos tribunais federais, não implantados, e dos juízes federais, distribuídos pelos estados. Mudou a denominação dos tribunais de Relação, que passaram a se chamar tribunais de Justiça estaduais, integrantes da Justiça estadual. Conservou os tribunais do júri, os juízes de paz, os juízes municipais e os juízes de direito<sup>148</sup>.

As Constituições de 1934 e de 1937, respectivamente, introduziram alterações e novidades com referência à Justiça brasileira. A Carta de 34 criou a justiça eleitoral por intermédio da publicação do Código Eleitoral, a fim de impedir as manobras eleitorais que eram realizadas antes – a fiscalização ficava a cargo das próprias autoridades, tanto em nível estadual como municipal. Instalaram-se os tribunais regionais estaduais, os juízes eleitorais e o Tribunal Superior Eleitoral<sup>149</sup>.

Ademais, alterou a denominação do Supremo Tribunal Federal, que passou a se denominar Corte Suprema, e reduziu o número de magistrados desse órgão para onze. Modificou aspectos relacionados ao controle de constitucionalidade nacional – prescreveu que a declaração de inconstitucionalidade de determinada lei só poderia ser admitida se a maioria dos membros dos tribunais assim o decidisse; definiu a representação interventiva, a qual permitia a intervenção federal nos estados; estabeleceu, na esfera da justiça militar, o Tribunal de Segurança Nacional (1936), responsável por atuar durante estados de guerra ou de comoução interna no julgamento de civis e militares que perturbassem a segurança estatal<sup>150</sup>.

Quanto à Constituição de 1937, ainda no governo Getúlio Vargas, no “Estado novo”, o país vivenciou vários retrocessos com referência à atuação do Poder Judiciário – aboliu a justiça eleitoral e a federal; modificou o rito processual no controle de constitucionalidade de leis, uma vez que um ato normativo declarado inconstitucional pela Justiça poderia ser reapresentado pelo presidente da República ao Parlamento para nova análise; caso aprovado por dois terços dos votos de cada Casa Legislativa, invalidava-se a decisão do tribunal. O presidente do país explicitava

<sup>148</sup> MARTINS FILHO, 1999.

<sup>149</sup> Ibid.

<sup>150</sup> Ibid.

então que o voto do tribunal no controle de constitucionalidade era de pouca ou nenhuma validade, pois não precisava ser respeitado. Nesse contexto, o papel da Justiça se esvaziou e esse poder enfraqueceu.

Com a queda do governo Vargas, houve, em 1946, a promulgação de nova Constituição, que restaurou a justiça federal; instituiu o Tribunal Federal de Recursos (1947), responsável por revisar sentenças elaboradas por juízes federais, além de revitalizar a justiça eleitoral. Manteve a justiça militar como foro privilegiado no julgamento de militares e determinou que a justiça do trabalho fosse incorporada como órgão do Poder Judiciário. Inovou ao criar a ação direta de inconstitucionalidade contra as leis por meio do controle concentrado, embora previsse o recurso ao controle difuso em situações concretas<sup>151</sup>.

Com o golpe militar de 1964, o país sofreu com o novo retrocesso nas garantias individuais e na atuação do Judiciário. Ainda que os militares tivessem assegurado, no texto constitucional, a organização desse poder, os Atos Institucionais outorgados, o nº 5 e o nº 6, em 1968, interferiram diretamente na justiça brasileira. Pelo primeiro, o presidente da República passou a contar com amplos poderes para remover, colocar à disposição, aposentar e demitir qualquer magistrado; além disso, foram suspensas a inamovibilidade e a vitaliciedade dos membros do Judiciário<sup>152</sup>.

O segundo, o Ato Institucional nº 6, de 1º de fevereiro de 1969, reduziu o número de ministros do STF, estabeleceu o Conselho Nacional da Magistratura, com a incumbência de avaliar denúncias contra integrantes dos tribunais e instaurar processo disciplinar para analisar atos dos juízes de primeira instância (Emenda nº 7, de 1977). Este mesmo documento legal criou a advocacia, mediante a qual o Supremo Tribunal Federal, como se fosse de sua competência originária, por requerimento do procurador-geral da República, poderia avocar e em seguida processar e julgar qualquer ação em trâmite em órgãos judicantes<sup>153</sup>.

Após a redemocratização do Brasil, a Assembleia Constituinte promulgou, em 1988, a Constituição considerada cidadã, em razão dos avanços introduzidos no texto acerca dos direitos sociais e dos direitos humanos. Sedimentou a democracia com diretrizes práticas, priorizando a definição e a formulação dos direitos fundamentais e estabelecendo com clareza a responsabilidade do Estado brasileiro perante os cidadãos<sup>154</sup>. Tais direitos se referem em geral a relações jurídico-privadas.

<sup>151</sup> MARTINS FILHO, 1999.

<sup>152</sup> Ibid.

<sup>153</sup> Ibid.

<sup>154</sup> FIGUEIREDO, 2007, p. 52.

Com respeito ao Poder Judiciário, prescreveu que o STF atuaria como Corte Constitucional – protetor da Carta Magna – e instituiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ), com a competência para padronizar a jurisprudência referente à legislação federal (matéria infraconstitucional). Ademais, foram constituídos os tribunais regionais federais, como órgãos de segunda instância<sup>155</sup>.

O Judiciário, com a promulgação da CF/88, viu aumentar sua área de atuação, pois tem sido provocado com mais constância a apreciar políticas públicas e atos legislativos, em razão, sobretudo, de omissão das instituições estatais, de posturas ilegais, de descumprimento a metas constitucionais, bem como de deveres e direitos estipulados pela Carta Magna<sup>156</sup>.

No que concerne ao controle de constitucionalidade das leis, a Emenda nº 3/93 inseriu a ação declaratória de constitucionalidade – ferramenta que aceleraria a solução dos debates constitucionais advindos de questões cujo encaminhamento a ser dado pelo governo suscitasse dúvidas<sup>157</sup>. Esse controle, inicialmente apenas difuso, em seguida concreto e difuso e atualmente misto, com o acréscimo dos controles concreto e abstrato (por ADC ou ADI), necessita ser aprimorado, possivelmente com o incidente de inconstitucionalidade, considerado como avanço em comparação à ADI e à ADC, uma vez que possibilitaria ao cidadão recorrer à Suprema Corte com mais agilidade.

#### 2.4.2 Conclusão

Em suma, existe hodiernamente no país apenas a jurisdição estatal, confiada a determinados agentes políticos com garantias, denominados magistrados. A jurisdição constitui monopólio do Poder Judiciário do Estado (CF, art. 5º, XXXV), ao qual assiste a distribuição de justiça, a aplicação da lei em caso de conflito de interesses<sup>158</sup>.

A função jurisdicional, como hoje entendida, realiza-se mediante um processo judicial, em que as normas são aplicadas para solucionar litígios surgidos na sociedade. As lides são resolvidas pelos órgãos do Poder Judiciário com base em ordens gerais, abstratas (ordens legais), presentes em leis, costumes ou padrões gerais, que devem ser por estes aplicados<sup>159</sup>.

<sup>155</sup> MARTINS FILHO, 1999.

<sup>156</sup> FIGUEIREDO, 2007, p. 52.

<sup>157</sup> Ibid.

<sup>158</sup> MARTINS FILHO, 1999.

<sup>159</sup> Ibid.

Nesse contexto, cabe a juízes e tribunais decidir, segundo o direito objetivo, sem recorrer a critérios particulares, pessoais. No Brasil, o juiz se restringe a aplicar as regras elaboradas pelo legislador – a função legislativa pressupõe a produção de leis a serem impostas coativamente a todos<sup>160</sup>.

Do ponto de vista orgânico, jurisdição é o que o legislador constituinte definiu como competência dos órgãos judiciários; o ato jurisdicional emana, pois, dos órgãos jurisdicionais no exercício da competência constitucional referentemente à solução de choque de interesses<sup>161</sup>.

No Brasil, a ordem judiciária exerce a função jurisdicional, por meio de um órgão de cúpula (o Supremo Tribunal Federal, tribunal da federação); um órgão de articulação (Superior Tribunal de Justiça, ao qual cabe a defesa do direito objetivo federal); estruturas e sistemas judiciários (tribunais e juízes federais, eleitorais, do trabalho e militares) e sistemas judiciários dos estados e do Distrito Federal (CF, art. 92, VII)<sup>162</sup>.

O Poder Judiciário, no Brasil, configura-se como poder do Estado, conformado este como República federativa, composta pela união indissolúvel entre estados, municípios e Distrito Federal<sup>163</sup>.

O Judiciário, no exercício de suas atribuições, tem de garantir os princípios fundamentais expostos na Constituição Federal de 1988, como direito à vida, à saúde, à segurança, à educação, dentre outros<sup>164</sup>.

Embora ele seja poder independente, com autonomia administrativo-financeira assegurada pela Carta Magna (arts. 95, 96 e 108), não pode exercer tal prerrogativa em detrimento da harmonia e do equilíbrio entre os outros poderes.

Desse modo se pode descrever historicamente o Judiciário brasileiro, que neste século assume papel de poder político, sem se descuidar de sua principal missão – assegurar justiça. Constantemente, temas polêmicos e desafiadores são debatidos no STF, resultado da necessidade de legitimação democrática da atuação do Judiciário nacional. Nele são submetidas a julgamento questões complexas, como fidelidade partidária, pesquisas com células-tronco embrionárias, cassação da Lei de Imprensa, vedação ao nepotismo na Administração Pública, dentre outras de repercussão nacional e até mundial<sup>165</sup>.

<sup>160</sup> MARTINS FILHO, 1999.

<sup>161</sup> Ibid.

<sup>162</sup> Ibid.

<sup>163</sup> RIBEIRO, 2000.

<sup>164</sup> Ibid.

<sup>165</sup> GUERRA, 2008.

Tais exemplos demonstram que o papel do Poder Judiciário ultrapassou a garantia dos preceitos constitucionais e das outras leis brasileiras para se estender a aspectos políticos e morais da sociedade representados nos assuntos julgados pelos diversos tribunais em suas diferentes instâncias<sup>166</sup>.

Conforme Guerra, em Estados judicantes, a corte se torna o espaço mais favorável ao debate de temas referentes ao cotidiano das práticas sociais em lugar do Parlamento, até porque o acesso aos espaços judiciais é facilitado pela própria estrutura e pela finalidade desse poder. O julgador preenche o espaço do legislador e do administrador como porta-voz dos anseios populares por mudanças e combate aos desmandos dos outros poderes<sup>167</sup>, instaurando a “nova cidadania judicial”. Essa situação tem sido vivenciada no Brasil.

Os magistrados, ao assumirem o papel normativo da Constituição, viram seu poder expandido, o que causou mudança de comportamento da função judiciária – passou de tranquila passividade a ingerência, às vezes excessiva, em questões de foro político, habitualmente tratadas na esfera do Poder Legislativo<sup>168</sup>.

A nova postura acabou por se constituir no fenômeno cognominado “judicialização da política”, que, no Brasil, pode ser concretizada por meio do emprego de vários remédios constitucionais, como a ação direta de inconstitucionalidade (ADI).

---

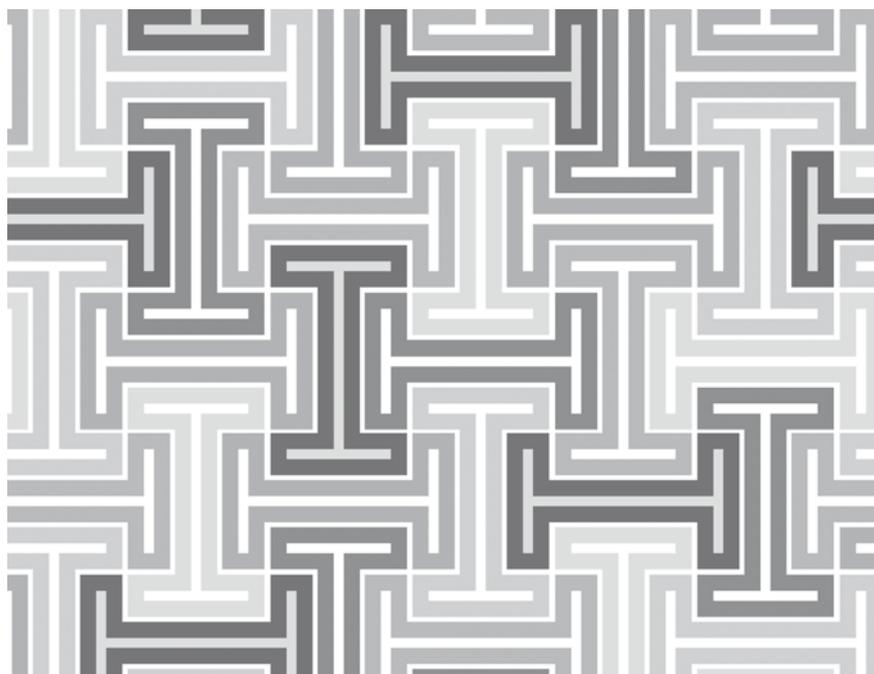
<sup>166</sup> GUERRA, 2008.

<sup>167</sup> Ibid.

<sup>168</sup> Ibid.

# 3

ATIVISMO JUDICIAL  
E JUDICIALIZAÇÃO DA  
POLÍTICA (CONSTITUIÇÃO  
DE 1988) – INSTRUMENTOS  
CONSTITUCIONAIS DE  
JUDICIALIZAÇÃO DA  
POLÍTICA NO BRASIL



“A judicialização da política corresponde a um fenômeno observado em diversas sociedades contemporâneas.”

Marcos Faro de Castro

## 3.1 Ativismo judicial

### 3.1.1 Origem e conceituação

Para se discorrer acerca de ativismo judicial, não se pode esquecer da referência ao direito constitucional dos Estados Unidos da América (EUA), visto que foi nesse país que o Judiciário, representado pela Suprema Corte norte-americana, ganhou destaque. Lá, grandes temas referentes a outras esferas governamentais, como Legislativo e Executivo, foram debatidos e decididos no âmbito do Poder Judiciário. A partir daí, promoveram-se discussões sobre a atuação e as decisões da Justiça estadunidense<sup>169</sup>.

Apesar disso, nem todos os cientistas do direito constitucional consideram que a origem do ativismo é a jurisprudência norte-americana. Pode-se dizer que o termo foi utilizado inicialmente como pretexto para perpetuar a segregação racial presente nos Estados Unidos<sup>170</sup>; assim, adquiriu viés conservador. Em outra linha, o termo despontou como crítica negativa ao comportamento da Suprema Corte desse país, quando o jornalista americano Arthur Schlesinger o empregou ao publicar artigo na revista *Fortune* para caracterizar os nove juízes da corte e a filosofia de atuação de cada um deles<sup>171</sup>.

Há, entretanto, entendimentos contrários a esses, que afirmam ter o termo “ativismo judicial” sido usado desde o final do século XIX (Franz Klein, em 1901, proferiu palestra na qual justificou o protagonismo dos juízes no deslinde de algumas questões). Anos depois, recebeu destaque, pela imprensa, na Bélgica, em 1916, embora sua legitimação se deva aos EUA, mediante o comportamento da Suprema Corte no julgamento de alguns casos<sup>172</sup>.

Quando se especula acerca da conceituação da expressão “ativismo judicial”, várias são as teorias encontradas na literatura, tanto nacional

<sup>169</sup> LEAL, 2010, p. 23-24.

<sup>170</sup> BARROSO, 2008.

<sup>171</sup> LEAL, 2010, p. 24.

<sup>172</sup> CARVALHO, 2009.

quanto internacional<sup>173</sup>. A miríade de entendimentos com referência ao assunto repousa na sua complexidade e no número de ideias que se lê acerca de ativismo. Uma das definições defende que o ativismo corresponde a uma postura adotada pelo magistrado com relação à interpretação das leis e da Constituição, o que possibilita que este amplie o alcance das normas decorrente, sobretudo, de possível retraimento do papel do Poder Legislativo<sup>174</sup>.

Nesse contexto, pode-se assumir que o ativismo judicial pressupõe a ampliação da ingerência do Judiciário nos outros poderes, a fim de que aquele intensifique os valores e os objetivos constitucionais. Na prática, o ativismo pode ser percebido pela declaração de inconstitucionalidade de normas oriundas do Legislativo, pela estipulação de condutas ao poder público, bem como pelo uso do texto constitucional, sem anuência do legislador, em conjunturas não previstas expressamente pela Lei Maior<sup>175</sup>.

Para a ciência do direito, por seu turno, o termo significa a extrapolação dos poderes do Judiciário, o qual age além do que lhe é outorgado pela ordem jurídica<sup>176</sup>. Há ainda, apesar de a expressão ser ambígua, a definição do direito norte-americano, segundo a qual existe a supremacia do julgador a respeito da compreensão e da interpretação dos ditames constitucionais, por um lado, e o comprometimento com a difusão dos direitos individuais, por outro<sup>177</sup>.

A par desses conceitos, há, na atualidade, cinco concepções sistematizadas de ativismo judicial<sup>178</sup>: procedimento que faculta aos magistrados legislarem; contestação de atos constitucionais oriundos de outros poderes; decisões que se desviam dos cânones de inferência das normas; julgamentos com fins predeterminados e estratégia para não recorrer a precedentes<sup>179</sup>.

No pensar de Arthur Schlesinger, a concretização do ativismo judicial ocorre sempre que o juiz utiliza a Constituição para preservar direitos<sup>180</sup>. Para atingir tal fim, pode recorrer a dois tipos de ativismo: o revelador, no qual ele se apoia em preceitos constitucionais ou na lacuna legal para julgar, e o inovador, em que cria uma norma, um direito,

---

<sup>173</sup> ALMEIDA, 2011, p. 5.

<sup>174</sup> BARROSO, 2008.

<sup>175</sup> Ibid.

<sup>176</sup> Ibid.

<sup>177</sup> VALLE, 2009, p. 21.

<sup>178</sup> Ibid., p. 22.

<sup>179</sup> Ibid.

<sup>180</sup> GOMES, 2009.

ou renova o ordenamento jurídico, não com o fito de estabelecer novas regras, mas de completar o entendimento de dado preceito constitucional ou de certo normativo lacunoso<sup>181</sup>.

Pode-se igualmente classificar o ativismo judicial em quatro dimensões: no remedial, o Judiciário cria ou reestrutura regulamentos, órgãos, determina deveres aos outros poderes assim como políticas públicas; no jurisdicional, o Judiciário amplia seus limites de prestação jurisdicional, alterando ou completando leis e atos administrativos; no contra majoritário, o Judiciário resiste em acatar decisões dos governos democraticamente eleitos; e no criativo, o Judiciário se apropria da hermenêutica para afirmar direitos morais ou definir novos (baseia-se em teorias do neoconstitucionalismo e do pós-positivismo)<sup>182</sup>.

De acordo com Brandley C. Canon, para se entender com clareza o que significa ativismo, é necessário considerar seis parâmetros ou, como ele denominou, dimensões, com base no direito constitucional norte-americano: disponibilidade de poder alternativo de criação de políticas públicas (decisão judicial se sobrepõe a questões de competência de outras áreas governamentais); estabilidade interpretativa (alteração de doutrinas e decisões judiciais); regra específica (decisão define regras próprias da discricionariedade de atores públicos). Além de tais critérios, existem ainda fidelidade interpretativa (preceitos constitucionais são interpretados em discordância com o que pretendiam seus autores); majoritarismo (recusa a normas estabelecidas por processo democrático) e distinção do processo democrático substantivo (decisões se tornam regra substantiva e não garantia do processo democrático)<sup>183</sup>.

Ainda hoje há controvérsias sobre se a conduta do Judiciário, ao decidir sobre temas afetos aos outros poderes, pode ser considerada negativa ou não. Essa postura recebe críticas, mas existe dificuldade em se delimitar as situações em que realmente ocorre o “ativismo judicial”<sup>184</sup>.

Ademais, criou-se outra expressão, “judicialização da política”, também para indicar ingerências do Poder Judiciário em assuntos de alçada do Executivo e precipuamente do Legislativo.

<sup>181</sup> GOMES, 2009.

<sup>182</sup> ALMEIDA, 2011, p. 9.

<sup>183</sup> LEAL, 2010, p. 33-34.

<sup>184</sup> ALMEIDA, 2011, p. 9.

## 3.2 Judicialização da política

### 3.2.1 Introdução

A judicialização da política não é tema novo – remonta aos séculos XVII e XVIII, quando do início do Estado de direito, o qual equivale ao Estado constitucional, originário das revoluções americana e francesa e consolidado nas constituições. Nesses períodos se solidificaram os direitos políticos, consagrando uma fase em que esses direitos advinham diretamente da esfera política, razão pela qual ela pôde ser denominada de “racionalização da política”<sup>185</sup>. À época, instalou-se poder constituinte popular ilimitado, pois se buscou (com êxito), pela primeira vez, a positivação constitucional da vontade política do povo (Estado de direito constituinte revolucionário ou originário)<sup>186</sup>.

Esse estágio de criação e afirmação de direitos políticos representou o embrião da jurisdicalização da política e do poder – houve sensível alteração da política em leis, ainda que esta pudesse ser compreendida como ato organizado e racional: derivou da soberania popular e integrou instituição representativa do poder político<sup>187</sup>.

Em ambos esses períodos revolucionários, a Assembleia Nacional Constituinte ficou responsável tanto pela institucionalização da política quanto pela racionalização. O órgão possuía legalidade, legitimidade e representatividade (alguns constituintes haviam sido combatentes), produziu novo consenso e se tornou capaz de normatizar sem ser normatizado. Daí se infere que as leis, como produto da política, representam o meio de conter os resultados da mesma política que as gerou e espelham a vontade do “povo constituinte” de ver as relações políticas expressas em textos, com sentido descritivo, narrativo<sup>188</sup>.

Os revolucionários almejaram, desse modo, restringir seus atos políticos a documentos objetivos, em busca, sobretudo, do equilíbrio entre a força política provinda da revolução e a racionalidade que deveria conduzir à criação de novo Estado – o de Direito –, o qual se encontraria materializado, consolidado na constituição. Nesse contexto, a lei despontou como transformadora da política e das normas a esta inerentes, como um contrato social. A constituição documentaria a cul-

<sup>185</sup> MARTINEZ, 2005.

<sup>186</sup> NEGRI, 2002, p. 13.

<sup>187</sup> MARTINEZ, 2005.

<sup>188</sup> Ibid.

tura jurídica, a nação, os ideais do povo<sup>189</sup>, sem imprimir o calor do momento, a volatilidade da palavra. A partir daí, as leis se aprimoraram e estabeleceram os chamados direitos políticos de primeira geração, sucedidos pelos de segunda, de terceira e de outras dimensões nos séculos vindouros (XVIII a XXI)<sup>190</sup>.

Nos Estados Unidos da América, onde se fortificou o federalismo e a separação de poderes, foi instalado um tribunal superior independente. Desde a fundação da República, a corte norte-americana tem buscado manifestar conflitos políticos entre a Presidência e os legislativos e os poderes estaduais. Com a promulgação da Carta Magna estadunidense, houve sensível limitação ao exercício do poder dos diversos setores do governo, assim como amparadas as liberdades dos estados, concretizadas mediante um pacto federativo, fortalecido no texto constitucional<sup>191</sup>. Havia ferramentas de controle judicial de competências e regalias as quais perpassavam as leis e o governo.

Com relação ao Legislativo e ao Executivo, o controle realizado sobre os atos emanados desses poderes foi consequência natural da construção da República americana, com pleno e permanente alerta e fiscalização e independência para um Judiciário atuante. Com base em tal conjuntura política e legal, muito cedo se solidificou a política de “revisão judicial” (*judicial review*), situação que concorreu para se inovar nas ciências políticas. Ainda que esse instituto tenha ganhado força nas instituições americanas, havia a combinação entre a tradicional *common law* e a atuação independente do Poder Judiciário, por intermédio do sistema de freios e contrapesos<sup>192</sup>.

Com o desenvolvimento da história do sistema constitucional norte-americano durante dois séculos, iniciou-se o processo denominado “constituição não escrita dos Estados Unidos”, representado pela criação jurisprudencial do Direito – ambiente no qual se discutiam, se analisavam e se decidiam lides relacionadas ao Executivo e ao Legislativo, bem como a outras matérias. Essa fase foi considerada como a transformação da instituição judiciária, com a paulatina “autonomização” do direito – correlação entre métodos de adjudicação preocupados com as exigências sociais e as imposições temporais e o estabelecimento de princípios constitucionais abstratos<sup>193</sup>. Essa revolução processual

<sup>189</sup> MARTINEZ, 2005.

<sup>190</sup> *Ibid.*

<sup>191</sup> VIANNA; CARVALHO; MELO; BURGOS, 1999, p. 63.

<sup>192</sup> *Ibid.*, p. 64.

<sup>193</sup> *Ibid.*, p. 65.

do direito correspondeu ao processo de nascimento de uma sociedade que conferiu ao direito autonomizado o papel de legítimo protagonista da ânsia por igualdade social, do poder da opinião<sup>194</sup>.

Embora a *judicial review* não se encontre sedimentada nem prescrita expressamente na Constituição americana, tal instituto jurídico se fortaleceu a partir dos anos de 1950, sendo anexado ao rol dos direitos sociais, até aquele período marginalizado. Estabeleceram-se ainda novos direitos, relativos em especial à 14ª Emenda, de 1868 (“Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas têm direito à jurisdição, inclusive a população negra”), positivados mediante a exegese das normas constitucionais<sup>195</sup>.

Também não está inserto no texto constitucional do país o controle de constitucionalidade das leis, mesmo que entendido como inovação estadunidense conectada à competência originária da Carta de 1787. Ainda hoje há algumas poucas vozes que criticam o amplo controle de constitucionalidade, argumentando que este fere a própria constituição, por ser ilegítimo. Esse não foi, porém, o entendimento da Suprema Corte dos Estados Unidos no julgamento do caso *Marbury versus Madison*, em 1803. A corte depreendeu que, na situação concreta, a legislação ordinária se submete à Constituição; caso contrário, não haveria por que existir um texto constitucional escrito. Ao confirmar o Texto Maior como norma superior, definiu-se o sistema incidental e difuso do controle de constitucionalidade das leis, uma vez que estava concedida ao magistrado a prerrogativa de arguir a constitucionalidade de determinada lei ao apreciar um caso concreto, desde que sua decisão estivesse atrelada aos dogmas constitucionais<sup>196</sup>.

Ao se criar o precedente, estabelecendo-se jurisprudência, a lei questionada se torna “lei morta”, embora se mantenha presente na legislação do Estado; além disso, possui efeito retroativo. Após essa situação, a corte máxima norte-americana só voltou a prolatar sentença declarando a inconstitucionalidade de uma lei federal em 1857, na lide *Dred Scott versus Sandford*. Este caso foi entendido por muitos como o real exemplo de judicialização da política aplicado a tema constitucional de âmbito judiciário. O posicionamento da Suprema Corte americana anulava o *Missouri Compromise* – decisão a qual determinava alguns requisitos para o ingresso de novos estados na União. O argumento era a necessidade de se assegurar o equilíbrio

---

<sup>194</sup> VIANNA; CARVALHO; MELO; BURGOS, 1999.

<sup>195</sup> *Ibid.*, p. 66.

<sup>196</sup> *Ibid.*, p. 67-68.

entre estados em que ainda havia escravidão (escravistas) e aqueles em que os negros já eram livres<sup>197</sup>.

Com tal juízo, a Corte americana confirmou o exercício da revisão jurisdicional em questões essencialmente não jurídicas. Começava a se sacramentar o controle de constitucionalidade das leis, com fulcro nas normas constitucionais. Ainda que aceita, tal fiscalização continuou a ser alvo de críticas por parte dos “fundamentalistas”, para quem os intérpretes da Constituição deviam ser fiéis à intenção do legislador, enquanto outro grupo defendia que esse propósito não poderia nortear a interpretação dos textos legais<sup>198</sup>.

Em várias outras ocasiões, pôde-se verificar a atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos que indicava a *judicial review*, consolidando o controle de constitucionalidade e sedimentando o caminho para a emergência de nova hermenêutica constitucional<sup>199</sup>. Esse cenário, porém, só se fortificou com o assentimento dos cidadãos e das associações civis, os quais enxergaram nesse novo rumo a possibilidade de se alcançar a liberdade igualitária.

Com o decorrer do tempo, o instituto da judicialização da política foi adotado por outros Estados, confirmando-se como efeito da evolução das sociedades democráticas e da necessidade de se atenderem às demandas dos cidadãos por legalidade e legitimidade dos atos dos poderes constituídos.

### 3.2.2 Conceito

O conceito de “judicialização” não é único<sup>200</sup>. Com respeito à definição do vocábulo, Maciel e Koerner apontam haver diversas acepções – desde a normativa (mais usada) até a que emprega o termo com conotação político-social. Na primeira definição, judicialização é utilizada para fazer referência, por exemplo, ao dever legal de que certo tema seja examinado judicialmente ou à preferência por se usar a via judicial na solução de determinada lide<sup>201</sup>. Quanto ao sentido político-social, eles explanam que a palavra é utilizada tanto para designar a propagação da ação do Poder Judiciário quanto o crescimento da quantidade de processos nos tribunais<sup>202</sup>.

<sup>197</sup> VIANNA; CARVALHO; MELO; BURGOS, 1999, p. 69-71.

<sup>198</sup> *Ibid.*, p. 78.

<sup>199</sup> *Ibid.*, p. 89.

<sup>200</sup> MACIEL; KOERNER, 2002.

<sup>201</sup> *Ibid.*

<sup>202</sup> *Ibid.*

Segundo os mesmos autores, quanto à judicialização da política, “[...] a expressão ganhou o debate público, e com isso, multiplicaram-se os seus usos e sentidos, tornados às vezes contraditórios”<sup>203</sup>.

Ainda que se possam indicar alguns significados para o termo judicialização, ele foi conceituado de maneira uniforme quando forma a expressão “judicialização da política”. A definição de judicialização da política é assim oferecida por Tate e Vallinder: “Judicialização é a reação do Judiciário frente à provocação de um terceiro e tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomando como base a Constituição”<sup>204</sup>.

Assim, pode-se considerar que a judicialização se configura como o fenômeno da influência do Poder Judiciário nas instituições político-sociais. Tate e Vallinder a conceituaram bem como examinaram as causas e as condições em que tal evento ocorre. Eles entendem que tanto a politização da justiça como a judicialização da política são expressões correlacionadas, pois exprimem as consequências da difusão do Judiciário no processo de decisão das democracias atuais<sup>205</sup>.

Consoante Vallinder, responsável pela conceituação do termo, a judicialização da política pode ocorrer de alguns modos, sobretudo na atuação dos tribunais no que tange à revisão dos atos do Executivo e os do Legislativo com fundamento no sistema de freios e contrapesos e na Constituição, bem como no aumento dos métodos de tomada de decisão empregados por tribunais que excedem o âmbito especificamente judicial, contexto no qual se destaca a relação até inexorável entre política e direito<sup>206</sup>.

Para o mesmo autor, a judicialização da política decorrente do poder de revisão dos atos legislativos por parte do Judiciário pode ser denominada de “judicialização *from without*” e é evidenciada pelo juízo da esfera judicial que se coloca acima das esferas legislativa e administrativa. Esse tipo de judicialização pretende controlar as ações do Legislativo e as do Executivo no propósito de resguardar os direitos da sociedade contra abusos de poder de ambos<sup>207</sup>.

Com relação ao segundo significado, classificado por Vallinder de “judicialização *from within*”, ele se relaciona ao fato de o Legislativo e

---

<sup>203</sup> TATE; VALLINDER apud CARVALHO, 2004.

<sup>204</sup> Ibid.

<sup>205</sup> Ibid.

<sup>206</sup> Ibid.

<sup>207</sup> Ibid.

o Executivo empregarem métodos tipicamente judiciais tais como os juízes administrativos<sup>208</sup>.

O fenômeno da judicialização da política foi estudado igualmente no Brasil, sobretudo por Marcos Faro de Castro, Werneck Vianna e Ariosto Teixeira, os quais deram significativas contribuições para se elucidar a judicialização no país, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988. Werneck Vianna, apoiado no conceito de judicialização *from without* de Vallinder, examinou a revisão judicial das decisões do Executivo e do Legislativo<sup>209</sup>.

### 3.2.3 Razões da judicialização

Podem-se indicar vários fatores que acarretam e sedimentam a judicialização da política: a separação dos poderes (funções); a ineficácia das instituições que detêm o poder; o sistema democrático; o exercício dos direitos políticos; a utilização dos tribunais pela oposição e a ingerência de grupos com interesses privados<sup>210</sup>.

Além desses motivos, pode-se enumerar a legitimação dos direitos humanos; o controle de constitucionalidade das leis, tradicional na Europa; a constitucionalização do Direito, surgida depois da Segunda Guerra Mundial; e a atuação da Suprema Corte norte-americana<sup>211</sup>.

Destacam-se ainda, como elementos motivadores da expansão das competências jurisdicionais, a positivação constitucional das garantias e dos direitos individuais; a delegação de competência às esferas judiciais por parte dos majoritários e o interesse em evitar possíveis desgastes políticos e prejuízos eleitorais<sup>212</sup>. “A judicialização de questões sociais polêmicas pode reduzir os custos eleitorais de uma decisão controvertida ou, ainda, obstaculizar a abertura de um debate sobre políticas públicas ou reformas políticas à sociedade<sup>213</sup>.”

### 3.2.4 Diferença entre ativismo judicial e judicialização

Em um primeiro olhar, pode-se pensar que o ativismo judicial e a judicialização são expressões sinônimas, uma vez que ambas versam sobre a atuação do Poder Judiciário que extrapola, de algum modo, sua competência.

<sup>208</sup> TATE; VALLINDER apud CARVALHO, 2004.

<sup>209</sup> Ibid.

<sup>210</sup> VALLE, 2009, p. 25.

<sup>211</sup> Ibid., p. 26.

<sup>212</sup> BARROSO, 2008.

<sup>213</sup> VALLE, 2009, p. 27-28.

Há, porém, diferenças as quais definem o que realmente significam essas expressões na prática: o ativismo implica opções, escolhas por parte dos juízes quando da interpretação das regras constitucionais, ao passo que a judicialização decorre da adoção de determinado paradigma constitucional em vez de ação de vontade política individual<sup>214</sup>.

Na judicialização, os poderes Executivo e Legislativo transferem algumas de suas decisões, de cunho político, para o Judiciário, o qual atua no sentido de definir normas de comportamento a serem adotadas pelos outros poderes e deslindar conflitos<sup>215</sup>.

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais<sup>216</sup>.

Dessa forma, constata-se que ativismo judicial e judicialização da política não podem ser entendidos como equivalentes semanticamente, nem podem ser confundidos um com outro. O ativista é aquele magistrado que se vale de seu poder para realizar decisões políticas, as quais resultam em políticas públicas; que não restringe suas decisões aos princípios da segurança jurídica nem da coerência com o direito; e que refuta decisões dos outros poderes<sup>217</sup>. O ativismo judicial significa que houve a tomada de decisão política, a escolha por determinada linha de atuação política – com o juiz como protagonista político<sup>218</sup>. Pode-se dizer que o ativismo decorre do aumento da desconfiança no Legislativo por parte da população.

---

<sup>214</sup> BARROSO, 2010.

<sup>215</sup> Ibid.

<sup>216</sup> Ibid.

<sup>217</sup> SOARES, 2010, p. 7-8.

<sup>218</sup> Ibid., p. 9.

Quanto à judicialização da política, a ideia é que, ao encontrar uma lacuna na atuação do Legislativo, o Supremo Tribunal Federal analisa, julga e decide ações e atos normativos, inclusive os de caráter interno, originados daquele poder<sup>219</sup>.

De todo modo, ainda se encontra certa dificuldade de identificar o ativismo judicial em razão dos problemas referentes à interpretação da Constituição. Para que dada decisão seja efetivamente considerada como ativismo judicial, é necessário que o parâmetro que o caracterize não seja passível de suscitar opiniões divergentes, como as corretas leitura e interpretação de uma norma constitucional<sup>220</sup>.

### 3.3 Judicialização política no Brasil

Assim como sucede em outros países, no Brasil também se verifica o fenômeno de judicialização da política, analisado por diversos escritores e juristas. Esse fato despontou a partir das alterações constitucionais advindas da promulgação da Constituição de 1988, a qual modificou os instrumentos de proteção judicial e possibilitou que os tribunais se tornassem protagonistas na solução de questões polêmicas. A partir daí, políticos, autoridades, associações civis, governos estaduais e municipais passaram a recorrer a esses órgãos para fazer valer seus interesses.

A judicialização no Brasil, examinada do ponto de vista da definição de judicialização *from without* (de Vallinder), consiste na revisão judicial das decisões do Legislativo e do Executivo, enquanto a das relações sociais é analisada no âmbito do acesso à justiça. A judicialização no país decorreu inicialmente das consequências dos movimentos operários, que acarretaram a criação do direito do trabalho<sup>221</sup>, como também do surgimento do Estado de bem-estar social; dos conflitos coletivos relacionados a consumo, propriedade, produção e distribuição de bens e da positivação dos direitos fundamentais. Tais fatores ocasionaram a invasão, pelo direito, de espaços antes impenetráveis, institucionalizando a presença da justiça na vida da sociedade nacional<sup>222</sup>.

As novidades processuais, como a ação civil pública, que têm sido usadas para resolver litígios, redundaram no desempenho do direito como agente formador da sociabilidade, porquanto passou a configurar

<sup>219</sup> SOARES, 2010, p. 27.

<sup>220</sup> VALLE, 2009, p. 35.

<sup>221</sup> CASTRO, 1997.

<sup>222</sup> Ibid.

modelos de relacionamento entre os poderes, adjudicar cidadania e agregar o tecido social<sup>223</sup>. Nesse contexto, o Judiciário passou a se imiscuir na vida social, com decisões que interferem em aspectos anteriormente afetos apenas à família ou ao grupo social, como a educação dos filhos, a institucionalização do casamento entre homossexuais, a proibição de comportamentos preconceituosos ou segregacionistas, como o racismo<sup>224</sup>.

Pode-se observar a interferência do Judiciário também em temas mais corriqueiros, depois da criação e da instalação dos juizados especiais cíveis, os quais democratizaram o acesso a esse poder. Os cidadãos encontram, nessas instituições, forma mais rápida e eficiente de satisfazer suas expectativas por direito, justiça e cidadania.

Além de atuar nessa seara, eminentemente social, o Judiciário tem influído igualmente nas atividades dos órgãos legislativos, regulando-as por meio do controle de constitucionalidade, assim como tem funcionando como espaço de debates e decisões relativas a políticas públicas. Ele vai, inclusive, além disso, uma vez que recorre a ferramentas processuais em qualquer tipo de ação para modificar políticas públicas, mormente as referentes a questões sociais<sup>225</sup>.

Com respeito às ações de inconstitucionalidade submetidas ao STF<sup>226</sup>, elas têm sido consideradas um dos instrumentos que mais caracteriza a judicialização da política, pois as decisões afetam diretamente as normas estipuladas pelo Legislativo<sup>227</sup>.

### 3.3.1 Instrumentos constitucionais de judicialização da política no Brasil

No Brasil, não são apenas as ações diretas de inconstitucionalidade que funcionam como ferramentas jurídicas legais as quais podem conduzir à judicialização da política. Além delas, pode-se citar a ação civil pública, a ação declaratória de constitucionalidade, a ação de descumprimento de preceito fundamental, a ação popular, o mandado de injunção e o mandado de segurança; todos esses remédios representam inovação da ordem jurídica nacional<sup>228</sup>.

---

<sup>223</sup> VIANNA; CARVALHO; MELO; BURGOS, 1999, p. 48.

<sup>224</sup> Ibid.

<sup>225</sup> Ibid., p. 50.

<sup>226</sup> BORGES; UGÁ, 2009.

<sup>227</sup> VIANNA; CARVALHO; MELO; BURGOS, 1999.

<sup>228</sup> OLIVEIRA, 2002, p. 45.

Essas ferramentas constitucionais possuem natureza eminentemente política e podem permitir que o Poder Judiciário se transforme em um poder “acima dos outros”, ao exercer o controle concentrado de constitucionalidade, capaz de comprometer a tripartição de poderes. Em razão disso, o STF não pode criar norma tampouco refutar partes de uma lei questionada como inconstitucional, pois, ao assim agir, arriscar-se-ia a alterar o espírito da lei, ato que não lhe compete.

### 3.3.1.1 Ação direta de inconstitucionalidade (ADI)

A ação direta de inconstitucionalidade é um dos instrumentos a que mais se recorre para controlar a constitucionalidade de leis ou atos normativos em qualquer âmbito – federal, estadual e municipal. Qualquer causa pode motivar a arguição de sua constitucionalidade de forma restrita.

A ADI pode receber classificações que a distinguem: na ação direta de inconstitucionalidade por omissão (definida na CF/88), o Supremo detém o poder de comunicar ao legislador que descumpre suas funções a fim de que ele possa adotar as medidas que materializem o texto constitucional; o STF não pode, porém, expedir instrução normativa para compensar a inércia do Legislativo<sup>229</sup>. Em tal tipo de procedimento, o objetivo é impedir atitudes omissivas as quais obstruam que a regra constitucional seja efetiva e eficaz; assim, a desobediência ao texto constitucional pode decorrer tanto quando se age em desacordo com ele como quando não se cumpre o que a Lei Maior determina<sup>230</sup>.

Referentemente à ação direta de inconstitucionalidade estadual (ADI), compete ao STF julgar originariamente esse tipo de ação relativa a lei federal ou estadual, mas a Constituição concede aos Estados-Membros a possibilidade de utilização desse mecanismo a fim de avaliar a constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal diante do próprio estatuto político<sup>231</sup>.

A ADI visa declarar que dada lei (ou parte dela) é inconstitucional – contraria a Constituição Federal. Esse tipo de ação representa um dos instrumentos denominados por juristas de “controle concentrado de constitucionalidade das leis”. Consiste assim em contestação direta da própria norma<sup>232</sup>.

<sup>229</sup> Constituição Federal de 1988, art. 102, I, *a*.

<sup>230</sup> RUSSO, 2008.

<sup>231</sup> Constituição Federal de 1988, 102, I.

<sup>232</sup> *Idem*.

Há ainda o controle difuso da lei, no qual a inconstitucionalidade das normas é arguida indiretamente, mediante o exame de casos concretos. Não cabe a terceiros, exceto às partes, interferirem no processo quando não o fizeram originariamente. Depois de proposta a ADI, não pode ocorrer desistência.

Ademais, a decisão acerca da inconstitucionalidade da norma só acontecerá caso estejam presentes pelo menos oito ministros na sessão de julgamento. Se declarada a constitucionalidade de dada lei, a ADI é considerada improcedente, ao passo que, quando julgada procedente, considera-se improcedente, então, a ação direta de constitucionalidade (ADC). Depois de proclamada a decisão, independentemente de qual seja ela, não cabe qualquer tipo de recurso (salvo embargos declaratórios), ação rescisória, alegação de prescrição ou decadência<sup>233</sup>.

A decisão sobre a inconstitucionalidade de determinada lei provoca resultados concretos: se a norma for declarada inconstitucional, essa manifestação possui efeito vinculante, já que nenhum órgão do Judiciário ou da administração pública – nas esferas federal, estadual e municipal – pode se opor a essa decisão. Além disso, ela se torna válida e eficaz para todos, é obrigatória (eficácia genérica) e acarreta consequências retroativas, pois passa a não valer desde a data em que entrou em vigor. Ademais, o Supremo pode, a seu critério, delimitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, quando houver incommon interesse social ou fato de segurança jurídica. Pode, também, determinar a data em que os efeitos da ADI passarão a vigor – se em ocasião a ser por ele definida ou após o trânsito em julgado da ação (modulação dos efeitos)<sup>234</sup>.

A Carta Magna, com respeito ao tema, expandiu o número de agentes capacitados a propor a ADI, o que aproximou os políticos do STF. Anteriormente, só o procurador-geral da República podia propor ADI, ao passo que agora podem fazê-lo o presidente da República; a Mesa do Senado Federal e a da Câmara dos Deputados; a Mesa da assembleia legislativa; o procurador-geral da República; o governador de estado; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; um partido político com representação no Congresso Nacional e uma confederação sindical ou uma entidade de classe de âmbito nacional<sup>235</sup>.

---

<sup>233</sup> BRASIL..., 2012, art. 169 ao 178.

<sup>234</sup> Ibid.

<sup>235</sup> OLIVEIRA, V. 2002, p. 45, 52.

### 3.3.1.2 Ação declaratória de constitucionalidade (ADC)

Outro meio de controle concentrado consiste na ação declaratória de constitucionalidade, considerada o contrário do controle difuso – a inconstitucionalidade de leis ou normativos federais é arguida mediante o exame de situações concretas (art. 102, I, *a*)<sup>236</sup>. Nessa situação, o propósito é que determinada lei ou ato normativo não sejam desaplicados por tribunais inferiores até que sua constitucionalidade seja julgada pelo STF<sup>237</sup>. Com isso, pretendeu-se evitar que tribunais de instâncias inferiores decidissem em sentido contrário aos julgamentos do Supremo, o que poderia configurar desrespeito às determinações deste tribunal<sup>238</sup>.

Assim como a ADI, a ação declaratória de constitucionalidade possui efeitos que são válidos para todos (denominados *erga omnes*), passa a vigorar desde a criação do ato normativo e possui caráter vinculante, isto é, vale para todas as esferas (federal, estadual e municipal) e para o Legislativo, o Executivo e o Judiciário<sup>239</sup>.

A ADC foi fixada por meio do Poder Constituinte Reformador em 1993 e autorizou alguns órgãos (enumerados a seguir) a propor essa ação ao STF, o qual declara a constitucionalidade da norma e a torna eficaz mediante sua decisão e os efeitos dela advindos<sup>240</sup>.

Do mesmo modo que na ADI, há determinados atores que podem propor a ação declaratória: o presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa da assembleia legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o governador de estado ou do Distrito Federal; o procurador-geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; um partido político com representação no Congresso Nacional; uma confederação sindical ou entidade de classe no âmbito nacional<sup>241</sup>. Em tal caso, não há intervenção de terceiros no processo, uma vez que as partes ausentes originariamente na causa não podem ingressar depois<sup>242</sup>.

A aprovação da ADC provocou várias críticas por parte de magistrados, que alegaram ser essa ação uma afronta à tripartição dos Poderes, cláusula pétrea da CF/88 (art. 5º, XXXV, LIV e LV). No entendimento deles, a ação declaratória de constitucionalidade afastava diversos

<sup>236</sup> BRASIL..., 2012, art. 169 ao 178.

<sup>237</sup> OLIVEIRA, V., 2002, p. 49.

<sup>238</sup> VIEIRA, 1999, p. 170.

<sup>239</sup> BRASIL..., 2012.

<sup>240</sup> VIEIRA, 1999, p. 169.

<sup>241</sup> OLIVEIRA, 2002, p. 49.

<sup>242</sup> BRASIL..., 2012, do art. 169 ao 178.

direitos fundamentais, como o de ampla defesa e contraditório, o de acesso à Justiça, o de devido processo legal<sup>243</sup>.

Ademais, representava a judicialização da política, porquanto convertia o Supremo Tribunal Federal em “[...] órgão de caráter consultivo do Legislativo e do Executivo – além de um autêntico apêndice do processo legislativo, na medida em que confere a última chancela para que a lei seja considerada plenamente válida”<sup>244</sup>.

Apesar dos clamores desfavoráveis à permanência da ADC, a Procuradoria da República conseguiu convencer o Supremo da constitucionalidade do novo remédio, argumentando que ela tinha a virtude de expandir o controle concentrado, com o propósito de amenizar a carga de trabalho dos ministros do STF e agilizar o trâmite de diversos processos, ao estender as consequências das decisões deste órgão a todos. O Supremo também repeliu a tese de que essa ação profanaria a separação dos poderes – não cabe ao Supremo criar leis nem executá-las, mas averiguar a constitucionalidade ou não delas, somente quando provocado<sup>245</sup> (destaca-se).

Assim, pode-se afirmar que a ADC equivale a mais um tipo de prestação jurisdicional a qual almeja padronizar a aplicação do direito constitucional em todo o país, missão legítima do Supremo.

### 3.3.1.3 Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)

A ADPF foi criada para prevenir ou remediar uma lesão a algum preceito fundamental ocorrida por ato do poder público. No texto que propõe essa arguição devem constar as seguintes informações: ato arguido; preceito fundamental possivelmente violado com a prova de que o foi; pedido com detalhamentos e comprovação de significativa controvérsia judicial acerca do preceito que se entende como descumprido<sup>246</sup>.

Assim como acontece com a ADI e a ADC, podem propor a arguição de descumprimento: o presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa da assembleia legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o governador de estado ou do Distrito Federal; o procurador-geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; um partido político

<sup>243</sup> VIEIRA, 1999, p. 170.

<sup>244</sup> Ibid.

<sup>245</sup> Ibid., p. 173.

<sup>246</sup> BRASIL..., 1999, art. 11.

com representação no Congresso Nacional; uma confederação sindical ou entidade de classe em âmbito nacional<sup>247</sup>.

Na mesma linha da ADI e da ADC, a ADPF possui efeito vinculante (nos mesmos moldes dos dessas outras ações – os efeitos que ela gera podem ocorrer tanto com o trânsito em julgado como em outro momento, desde que aprovados por dois terços dos ministros do STF<sup>248</sup>. A decisão só é válida se obedecer ao mesmo quórum e é irreversível; o Regimento Interno do Supremo admite que se reclame caso sua decisão seja descumprida<sup>249</sup>.

Com respeito aos efeitos *ex tunc* e *ex nunc*, a lei determina que se aplique o *ex tunc*, embora o quórum antes citado possa transformá-lo em *ex nunc*. Quanto ao fato de ela valer para todos, é possível que a ADPF possa ser resolvida com decisão de efeito *erga omnes*, quando se propõe a solucionar divergências constitucionais entre ato normativo ou lei (federal, estadual ou municipal) e considerar a vantagem do preceito constitucional e a segurança jurídica<sup>250</sup>.

A ADPF, quanto a sua natureza, pode ser tanto repressiva como preventiva ou de reparação. Na primeira, o intuito é reparar o dano oriundo de ação do poder público, mediante a provocação do STF; é considerada ação constitucional porquanto configura tutela de preceito fundamental que foi ameaçado ou prejudicado. Na segunda, a pretensão é impedir que ocorra lesão à norma fundamental. Essa ação tem caráter ambíguo (ou ambivalente), porque admite impugnação direta ou autônoma<sup>251</sup>. A ADPF de reparação se concretiza quando o objeto essencial é divergência a respeito de ato normativo ou lei (federal, estadual e municipal), inclusos aqueles anteriores à Carta Magna em vigor quando da propositura da ADPF<sup>252</sup>.

O assunto de que trata a ADPF se refere a determinados atos de Estado (abstratos ou concretos), com exceção dos políticos. Nesse sentido, não se pode compará-la à ADI ou à ADC, dado que o descumprimento abrange toda violação a regra constitucional ou ato normativo (administrativo, particular ou de execução material), enquanto as duas outras se restringem a contextos especialmente demarcados pelo Supremo Tribunal Federal e pela Constituição<sup>253</sup>.

<sup>247</sup> Constituição Federal de 1988, art. 103.

<sup>248</sup> BRASIL..., 1999, art. 11.

<sup>249</sup> BRASIL..., art. 169 ao 178.

<sup>250</sup> BRASIL..., 1999, art. 10.

<sup>251</sup> BRASIL..., 1999, art. 1º, *caput*, I.

<sup>252</sup> *Ibid.*, art. 1º, parágrafo único.

<sup>253</sup> RUSSO, 2008.

#### 3.3.1.4 Ação civil pública

A ação civil pública constitui outro remédio que pode indicar judicialização da política, uma vez que, por meio dele, a sociedade – representada por sindicatos, partidos políticos, associações, Ministério Público, União, estados e municípios (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 – Lei da Ação Civil Pública) – pode provocar o Judiciário quando se sentir lesada com a privatização de determinada empresa, por exemplo. Ela não pode, porém, ser ajuizada por pessoa física, pois se entende que tal ferramenta se destina a preservar interesses coletivos<sup>254</sup>.

Nesse tipo de ação, ocorre o envolvimento do direito na construção social, o que resulta em novo paradigma de relação entre os poderes e construção de quadro propício à ação social substitutiva. O Poder Judiciário desponta como alternativa à resolução de conflitos coletivos, à agregação do tecido social e até à outorga da cidadania<sup>255</sup>.

Desse modo, ela se presta ao impedimento de lesões ao consumidor, aos bens de valor artístico, histórico, turístico, bem como ao meio ambiente<sup>256</sup>.

#### 3.3.1.5 Ação popular

A Constituição de 1988, denominada Constituição Cidadã, contemplou o recurso à ação popular no inciso LXXIII do art. 5º:

[...] qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência<sup>257</sup>.

Com a edição da Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965) pelo Legislativo, pode-se afirmar que ela corresponde a um ato revolucionário no relacionamento entre esse poder e o Judiciário, dado que se encontra à disposição de todo cidadão. Mediante esse normativo, a Justiça pode analisar a moralidade administrativa (art. 5º, inc. LXXIII, CF), representando o controle jurisdicional concreto da administração pública<sup>258</sup>.

Há, no entanto, um requisito para que se possa propor a ação popular: comprovar que o ato a ser questionado é ilegal e prejudica o

<sup>254</sup> OLIVEIRA, V., 2002, p. 47.

<sup>255</sup> OLIVEIRA, 2007.

<sup>256</sup> Ibid.

<sup>257</sup> Constituição Federal de 1988, art. 5º, LXXIII.

<sup>258</sup> OLIVEIRA, 2007.

patrimônio público. Assim, recorre-se a ela com certa frequência em situações de privatização de empresas públicas, principalmente<sup>259</sup>. Tal ação se propõe, então, a reprimir atos administrativos contrários ao bem-estar e ao interesse coletivo – ilegais, portanto.

Destaca-se que o rito desse tipo de ação é o julgamento rápido, com prioridade; por conta disso, representa uma das ferramentas mais usadas para se obter liminar para suspender – pelo menos temporariamente – atos administrativos os quais determinem a venda de certa empresa estatal, por exemplo<sup>260</sup>.

### 3.3.1.6 Mandado de injunção

Além da ação popular, a Carta Magna brasileira também regulou o mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI) como possibilidade de controle de constitucionalidade – ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ainda que não tenha estipulado os limites deste: “[...] sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”<sup>261</sup>.

Em tal contexto, “[...] qualquer pessoa está legitimada para propor o mandado de injunção e a consequência é a declaração do direito pleiteado”; essa ferramenta viabiliza então o exercício das prerrogativas individuais reguladas constitucionalmente<sup>262</sup>.

Ao receber esse tipo de instrumento, o Supremo decidiu inicialmente que a decisão não podia ultrapassar a inconstitucionalidade por omissão, o que não obrigava o Congresso a agir de determinada forma. Hoje, porém, a corte máxima norteia o mandado de injunção, determinando as condutas<sup>263</sup>.

O mandado de injunção (originário no direito inglês e adotado depois pelo norte-americano<sup>264</sup>) é conexo ao controle difuso de constitucionalidade. Essa espécie de mandado foi empregada na América do Norte para deslindar litígios com base na igualdade jurídica, quando havia determinada regra jurídica limitada, insuficiente ou incompleta<sup>265</sup>.

Tanto o mandado de injunção como o controle difuso de constitucionalidade possuem como “causa de agir” o imobilismo do Estado

<sup>259</sup> OLIVEIRA, A. 2007.

<sup>260</sup> OLIVEIRA, V., 2002, p. 46.

<sup>261</sup> Constituição Federal de 1988, art. 5º, LXXI.

<sup>262</sup> TEMER apud OLIVEIRA, V., 2002, p. 48.

<sup>263</sup> CRISTO, 2009.

<sup>264</sup> SANTOS, 1991, p. 25.

<sup>265</sup> Ibid.

com relação a agir ou legislar acerca de assunto previsto na Constituição com regulamentação obrigatória. Essa obrigatoriedade independe de que exista prazo definido para a regulação na Carta Maior<sup>266</sup>.

Ademais, releva-se que, quando a produção do ato normativo for de competência do Supremo Tribunal Federal (STF), do presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Mesa de uma das casas legislativas, do Tribunal de Contas da União e dos tribunais superiores, cabe ao STF julgar o mandado de injunção. Quando a elaboração for de responsabilidade de entidade ou autoridade federal da administração direta e indireta, o julgamento é de competência do STJ<sup>267</sup>.

No entender de Santos<sup>268</sup>,

O mandado de injunção é a única ação constitucional que autoriza o juiz a romper com a tradicional aplicação rígida de lei ao caso concreto para, de acordo com o pedido e o ordenamento jurídico, construir uma solução satisfatória, de modo a concretizar o direito constitucional do impetrante. Esta nos parece ser a finalidade do mandado de injunção brasileiro e igualmente foi a finalidade do seu ancestral inglês e norte-americano.

### 3.3.1.7 Mandado de segurança

A Constituição Federal dispõe que o mandado de segurança constitui mecanismo eficaz para proteger direito líquido e certo, sempre que o responsável pela ilegalidade for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público<sup>269</sup>.

A Carta, ao assim definir, buscou garantir os direitos do indivíduo contra o poder do Estado, os abusos de autoridade. No caso dos atos *interna corporis* do Legislativo, cabe analisar se há legitimidade em se impetrar mandado de segurança contra conduta realizada durante o procedimento legislativo.

A jurisprudência do Tribunal Federal [*sic*] é pacífica no sentido de admitir a legitimidade ativa de parlamentar para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no *iter* de aprovação de leis que se choquem com a disciplina jurídico-constitucional regedora da formação dessas espécies normativas. Por diversas vezes, o Pretório Excelso considerou que parlamentares são titulares de direito subjetivo público que lhes atribui legitimação para impetração

<sup>266</sup> WIEGERINCK, 2005.

<sup>267</sup> OLIVEIRA, V., 2002, p. 49.

<sup>268</sup> SANTOS, p. 32.

<sup>269</sup> Constituição Federal de 1988, art. 5º, LXIX.

de segurança [sic] nessa hipótese, tendo inadmitido tal legitimidade a impetrantes que não sejam membros do Congresso Nacional<sup>270</sup>.

Igualmente defensor de tal tese é o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso<sup>271</sup>, o qual examinou o voto no julgamento da jurisprudência do STF sobre o assunto no MS nº 24.356/DF e confirmou que é legítimo ao parlamentar impetrar mandado de segurança para coibir procedimentos executados no processo de aprovação de leis incompatíveis com as disposições constitucionais norteadoras da formação da lei. Inerece daí que o remédio do mandado de segurança se aplica como instrumento de controle judicial de atos internos da corporação legislativa.

### 3.3.1.8 *Habeas Corpus*

O emprego do *habeas corpus* contra agentes públicos não tem sido prática comum na atual sistemática constitucional brasileira, a não ser em determinadas ações realizadas por Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), embora a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXVIII, aponte-o como ferramenta a ser utilizada por todo aquele que, por ilegalidade ou abuso de poder, se sentir ou sofrer ameaça em seu direito de locomoção<sup>272</sup>.

De todo modo, a Justiça tem acatado a impetração de *habeas corpus*, sobretudo em prisão em flagrante e coerção forçada de testemunhas, já que a Constituição Federal atribui ao Supremo Tribunal Federal o poder de processar e julgar *habeas corpus* contra atos das casas legislativas, quando o ofendido for membro do Congresso Nacional. Ademais, a alta corte tem igualmente reconhecido esse instrumento em casos de sua impetração contra comissões parlamentares de inquérito, ainda que a CF não estipule a competência do STF para tal situação<sup>273</sup>.

Esses remédios constitucionais permitem ao Judiciário brasileiro, especificamente ao Supremo Tribunal Federal, questionar e julgar atos do Legislativo sem ferir a separação dos poderes e a harmonia e a independência entre eles, embora um julgamento essencialmente político acabe por se imiscuir, muitas vezes, na função do Legislativo.

<sup>270</sup> QUEIROZ FILHO, 2001, p. 81.

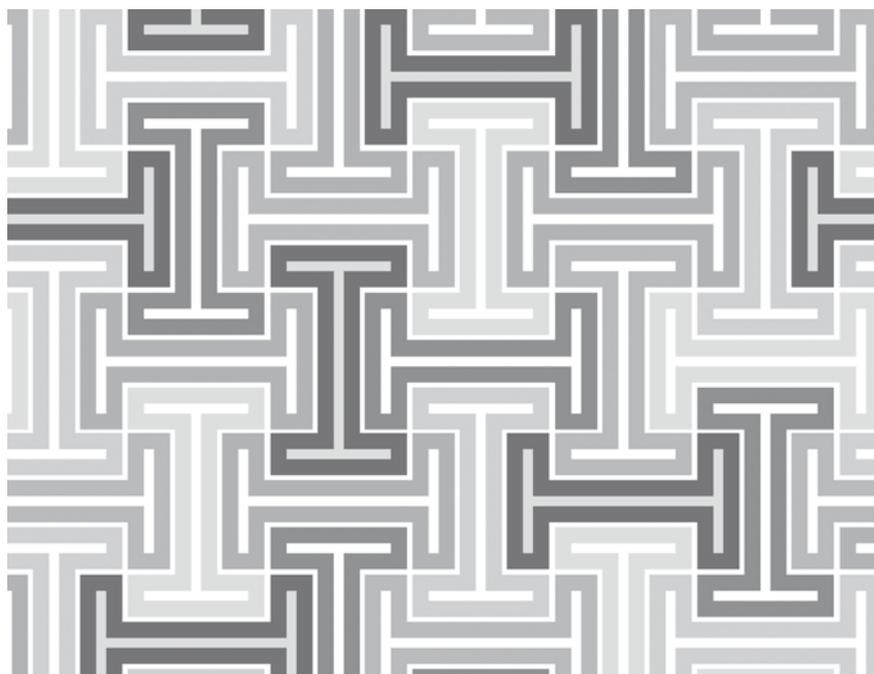
<sup>271</sup> VELLOSO, 2002 apud SAMPAIO, 2004, p. 275.

<sup>272</sup> QUEIROZ FILHO, 2001, p. 108.

<sup>273</sup> Ibid., p. 109.

# 4

SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL BRASILEIRO  
E JUDICIALIZAÇÃO DA  
POLÍTICA



“O poder é a produção de efeitos desejados.”

Bertrand Russel

## 4.1 Função política

Durante o século XX, vários pensadores refletiram acerca das funções estatais com novos enfoques, sobretudo em função da realidade política e constitucional experimentada a partir de Montesquieu.

Os autores e os cientistas políticos não conseguiram obter consenso quanto ao momento em que estão os poderes estatais livres para exercer determinada atividade com subordinação somente a preceitos constitucionais, ainda que se questione em que grau essa liberdade de ação ocorre<sup>274</sup>.

Eles concordam, porém, que algumas das atribuições estatais não se ajustam às funções tradicionais: “[...] a ideia de uma atividade ou função estadual não redutível ao direito, de natureza essencialmente política, não deixou de se fazer sentir paulatinamente ao longo do século XIX, mesmo quando a expressão por excelência do poder era realmente a lei”<sup>275</sup>.

Tal função é a política:

[...] a verificação da existência, em qualquer Estado, de uma indelével função política, com as características apontadas, veio demonstrar, simultaneamente, que dentre as formas ou meios de prossecução dessa função avulta a legislação. Isto tem levado um número significativo de autores a desautorizar a função legislativa – considerada durante muito tempo como a função estadual central, por referência à qual as outras eram delimitadas –, incluindo-a na função política como sua espécie<sup>276</sup>.

Pode-se também conceituar função política como o exercício da competência dos órgãos definidos pela Constituição com o fito de resguardar a sociedade política bem como garantir o bem-estar social. Tais instituições podem delimitar o que é o bem público e quais as ferramentas indicadas para assegurá-lo. Isso é executado mediante a livre depreensão das leis. Tanto os tribunais constitucionais quanto outros poderes e órgãos estão capacitados a desempenhar a função política.

<sup>274</sup> PAIXÃO, 2007, p. 48.

<sup>275</sup> PIÇARRA, 1989, p. 251.

<sup>276</sup> Ibid., p. 254.

No desempenho das funções políticas, ressalta-se que atos administrativos diferem de atos políticos, dado que os tribunais administrativos não podem arguir a legalidade de atos políticos, ao passo que instituições políticas podem aferir a legalidade de atos administrativos. Nesse contexto, pode-se definir que os atos os quais objetivam escolhas acerca da busca por interesses ou necessidades da coletividade equivalem à função política e respeitam as relações travadas no poder político e as deste com outros poderes políticos<sup>277</sup>.

Assim, pode-se afirmar que atos praticados no exercício da função administrativa são distintos dos praticados no exercício da função política. Os atos de caráter político podem se classificar em: de segurança nacional; de segurança do Estado; diplomáticos; de execução constitucional (como referendos, eleições, exoneração e nomeação do governo, promulgação de leis); e de clemência<sup>278</sup>.

Destaca-se, no entanto, que não raro o exercício da função política vem seguido do exercício da função legislativa, isto é, associa-se a produção de um ato normativo à deliberação acerca daquilo a ser executado. Por conta dessa íntima correlação, muitos entendem a função de legislar e a de optar como apenas uma, embora haja situações em que tal relação não ocorra. Pode-se concluir que, ainda que próximas, ambas as funções podem ser consideradas como distintas<sup>279</sup>.

Deutsch<sup>280</sup> se pronuncia nessa linha de pensamento:

[...] a tomada de decisões políticas tornou-se a tarefa verdadeiramente importante do governo; a legislação passou a ser considerada mero assunto técnico. A preocupação das pessoas importantes é decidir da política. Deixam então para os juristas a missão de elaborar os pormenores técnicos da legislação em causa.

Ademais, a função política se aplica sobretudo a temas fundamentais, afetos ao bem comum, ao bem-estar coletivo, à salvaguarda do Estado, na conformação das instituições políticas e jurídicas da sociedade. O mesmo não sucede com a função legislativa, uma vez que nem sempre as leis elaboradas remetem a assuntos essenciais, como acontece com muitos normativos do direito privado<sup>281</sup>.

Pode-se deduzir que a função legislativa e a executiva são políticas, uma vez que podem decidir sobre os caminhos do Estado e as políticas

<sup>277</sup> SOUSA, 2000, p. 10.

<sup>278</sup> Ibid., p. 11.

<sup>279</sup> PAIXÃO, 2007, p. 49.

<sup>280</sup> DEUTSCH, 1979, p. 184.

<sup>281</sup> PAIXÃO, 2007, p. 50.

de governo. Nesse sentido, o Judiciário estaria incapacitado para exercer a função política, porquanto não detém o poder de interferir nas escolhas governamentais nem na produção de leis<sup>282</sup>. O que se verifica, porém, é que todas as funções referentes ao poder constituem-se, na essência, como políticas, haja vista que manifestam o poder político.

Os tribunais (inclusos na constituição do Judiciário), ao exercerem a função política, o fazem ao serem provocados por aqueles que buscam a solução de alguma lide e necessitam decidir de forma motivada e pública. Sua atuação se dirige principalmente ao federalismo, ao exercício das instituições democráticas, à separação dos poderes e às garantias fundamentais. A legitimidade do papel político exercido pelos tribunais – uma vez que este não significa desrespeito a princípios democráticos – advém de sua maneira de decidir, da forma de escolha dos representantes, bem como das características dos escolhidos, embora eles não sejam selecionados pelos cidadãos.

Acolhe-se então a ideia de que, no Brasil, os atos do STF, quando exerce sua função jurisdicional, possuem conotação política. Esta representa o condão que tem o Supremo de refrear as outras funções políticas do Estado, ao preservar a decisão política fundamental. Esse órgão judicial exerce o controle negativo quando repudia e afasta normas a atos que contrariam a Constituição.

## 4.2 Evolução das funções do Supremo Tribunal Federal

A função política é exercida por tribunais constitucionais – quer pelos inclusos na conformação do Poder Judiciário, como órgão de cúpula, quer pelos estruturalmente fora do Judiciário – órgão de soberania autônomo<sup>283</sup>.

Originariamente, o Judiciário era entendido como politicamente neutro – competia aos tribunais aplicar o direito, garantir o cumprimento às leis produzidas pelo Legislativo, o que advinha do princípio da legalidade. Ademais, sua atuação dependia da provocação daqueles que a ele recorriam.

Com a evolução da sociedade e das instituições democráticas, os tribunais tiveram suas funções alteradas a fim de se adaptarem ao novo contexto político-social. Depois, sobretudo, da promulgação da

<sup>282</sup> MACHADO JÚNIOR, 2006.

<sup>283</sup> PAIXÃO, 2007.

Constituição de 1988, os direitos sociais (como à saúde, à habitação e à educação) ganharam relevância. A partir daí, desenhou-se nova área para a prestação jurisdicional, uma vez que esses direitos se tornaram direito positivado. Os magistrados assumiram dupla tarefa – examinar a supremacia constitucional e proteger os direitos dos cidadãos, o que lhes conferiu a prerrogativa de tanto anular atos de Estado como solucionar lides entre os envolvidos. Ao assim agir, os magistrados asseguraram a cidadania por meio da concretização dos direitos fundamentais.

Além disso, com a assunção do novo papel, o Judiciário passou a poder interferir em políticas públicas, julgando, por exemplo, desvios de recursos públicos, os quais acarretam prejuízos às finanças públicas. Desse modo, no Brasil, os tribunais constitucionais exercem a função política de modo particular, característico, e restringem sua atuação em razão de limites a eles impostos. Possuem legitimidade para exercer sua missão política, ainda que não sejam escolhidos pelo voto popular.

O Supremo Tribunal Federal (STF) representa o órgão que atua como tribunal constitucional. Ao longo de sua história, tem contribuído para se esclarecer o significado de interesse público bem como as maneiras de concretizá-lo<sup>284</sup>.

O STF desempenha função política com respeito a quatro grandes questões: separação de poderes, federalismo, direitos fundamentais e funcionamento das instituições democráticas. De modo geral, a competência política do STF se encontra definida na Constituição, a qual assinala ainda os meios pelos quais sucede o exercício da função política e delimita o campo de atuação política do órgão. Esse papel político do tribunal é executado com relação a temas essenciais à preservação do Estado e à promoção do bem comum<sup>285</sup>.

Desde sua criação, em 1891, até hoje, pode-se dizer que o STF vivenciou sete diferentes etapas – em algumas delas, restringiu-se a ratificar decisões exaradas por outros órgãos soberanos, ao passo que em outras agiu ativamente em questões políticas<sup>286</sup>. A 1ª fase iniciou imediatamente depois de sua instalação e perdurou até 1897, momento em que este tentava estabelecer seu alcance na estrutura institucional do país pós-República<sup>287</sup>. A fase foi assinalada por instabilidade na composição do tribunal; por divergências constantes entre o presidente Floriano Peixoto e seu sucessor, Prudente de Moraes; por

---

<sup>284</sup> PAIXÃO, 2007.

<sup>285</sup> Ibid.

<sup>286</sup> Ibid.

<sup>287</sup> Ibid.

elaboração de jurisprudências bastante conservadoras e em algumas situações até reacionárias<sup>288</sup>.

De 1897 a 1926, ocorreu a 2ª etapa – ampliou-se a interpretação do instituto do *habeas corpus* como recurso para cobrir a lacuna de norma processual referente a direitos que necessitassem de proteção imediata. Tal período foi caracterizado por significativa atividade política do tribunal como também relativa estabilidade na sua estruturação<sup>289</sup>.

A 3ª fase pode ser determinada de 1926 a 1945. Em 1926, o STF viu-se obrigado a conter seu papel político, sobretudo depois da aprovação da Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926, norma que limitou a abrangência do *habeas corpus*. Os anos de limitação política duraram até 1945, no primeiro governo Vargas. Diversos setores políticos consideravam um tanto abusivo o desempenho político do tribunal e decidiram reprimir sua atuação, dando nova redação à Constituição de 1891. Pode-se dizer ter sido este o ciclo de menos independência do órgão quanto a seu papel político<sup>290</sup>.

O 4º movimento ocorreu de 1945 a 1964, compreendendo desde o fim do Estado Novo até o início do Regime Militar, com o golpe de 1964. Nesse período o STF reouve suas prerrogativas, mas pouco sobressaiu, uma vez que confirmou grande parte das decisões da corte e dos demais órgãos de soberania, em razão de com elas concordar<sup>291</sup>.

Novo ciclo se instalou em 1964, quando começou a fase denominada de enfrentamento, “[...] marcada pela resistência do Supremo contra algumas decisões do regime militar”. Esse momento de desgaste findou com a edição do AI-5 (dezembro de 1968), “[...] porque daí por diante a corte sofreu uma intervenção, com o afastamento de alguns ministros e, em seguida, com o esvaziamento de sua competência”<sup>292</sup>.

O período que transcorreu de 1968 a 1988, considerado a 6ª etapa, caracterizou-se pela diminuição do espaço destinado ao Supremo para exercer sua função política. Ele perdeu voz nas questões de interesse público<sup>293</sup>.

Com a promulgação da Constituição de 1988, inaugurou-se a 7ª etapa de atuação do Supremo, com o restabelecimento do exercício do papel político do órgão, advindo da restauração e da ampliação de sua competência. Atualmente, o “[...] Supremo Tribunal Federal tem

<sup>288</sup> PAIXÃO, 2007, p. 113.

<sup>289</sup> Ibid.

<sup>290</sup> Ibid.

<sup>291</sup> Ibid.

<sup>292</sup> Ibid.

<sup>293</sup> Ibid., p. 114.

legitimidade para exercer função política, legitimidade essa que deriva de diferentes aspectos de sua conformação institucional, como o fato de ser instituído pela Constituição, o modo de escolha de seus membros e a maneira pela qual a corte delibera<sup>294</sup>.

Com essa Carta constitucional, expandiram-se as funções dessa instituição, com o acréscimo de atribuições, configurando tanto o ativismo judicial quanto a judicialização da política. Na época atual,

[...] práticas de ativismo judicial tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do poder público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade<sup>295</sup>.

A partir da CF/88, já se pode considerar este tribunal como “divisor de águas” na *performance* do Poder Judiciário no Estado brasileiro e na sua sociedade. Essa instituição se transformou em recente arena política, cuja atuação busca cada vez mais consolidar a democracia no Brasil<sup>296</sup>.

O Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, contribuiu para sedimentar a modernização do Estado brasileiro, quando decidiu tomar para si algumas decisões diante da ineficácia e da ineficiência do Executivo e do Legislativo. Assim, somou à função de aplicar a lei em casos concretos, com sentenças de caráter definitivo, a de defender os direitos fundamentais, a de editar a denominada “legislação judicial”, a de deslindar conflitos em conjunto com os outros poderes; a de judicializar as políticas públicas e a de defender a Constituição. Um dos exemplos dessas novas funções é o posicionamento do STF com respeito ao mandado de injunção<sup>297</sup> – em que ele atua na função concretista, garantindo de imediato o direito.

### 4.3 Supremo Tribunal Federal (STF)

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, o STF era competente e legítimo em temas referentes a leis federais e constitucionais. Com a atual Constituição brasileira, o órgão assumiu também a função de intérprete e defensor das normas fundamentais, com a tarefa

<sup>294</sup> PAIXÃO, 2007, p. 114.

<sup>295</sup> MELLO, 2008.

<sup>296</sup> CAMPOS, 2007, p. 234.

<sup>297</sup> DALLARI, 1963, p. 16.

de interpretação de lei federal transferida para o Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>298</sup>.

Sobre a matéria, Nelson Nery Júnior refere-se às propostas e às discussões na Assembleia Nacional Constituinte:

A ideia era transformar o STF em tribunal máximo para a interpretação da lei federal, e criar-se a corte constitucional como tribunal máximo para a interpretação da Constituição. O STF perderia sua preeminência no quadro constitucional do país e seus ministros teriam sua função e sua importância diminuídas. Venceu a tese da manutenção do STF como corte quase que exclusivamente constitucional, afastando-se a ideia da criação de uma nova corte constitucional<sup>299</sup>.

De início, o STF atuou de forma moderada, até tímida, pode-se dizer, procurando não desrespeitar a independência de ação dos outros poderes. Seus julgados ainda preservavam a harmonia entre o tribunal, o Legislativo e o Judiciário, sem que houvesse, também, muitas ações questionando atos destes poderes no Judiciário<sup>300</sup>.

Ocorreu significativa alteração desse cenário desde meados dos anos 1990, quando o Ministério Público efetivamente passou a atuar em consonância com seu papel institucional de defensor de direitos, coletivos, sociais e difusos e quando grupos da coletividade e partidos minoritários passaram a recorrer ao Supremo para que este julgasse questões atinentes a atos do Executivo e do Legislativo. O Supremo Tribunal Federal, na mesma época, imbuu-se do novo papel atribuído a ele pela Constituição, saindo de uma postura moderadora para uma atitude arrojada, ousada, que dele era esperada com as novas prerrogativas constitucionais que recebeu<sup>301</sup>, embora ainda aja com prudência sempre que necessita se posicionar sobre o controle concentrado de regras.

O STF teve os temas afetos a sua competência divididos em três grupos<sup>302</sup>: processar e julgar originariamente, ou seja, como juízo único e definitivo<sup>303</sup>; julgar, em recurso ordinário<sup>304</sup>; julgar, em recurso extraordinário, causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida se refere a uma das questões constitucionais<sup>305</sup>. Constata-se então a relevância das funções exercidas pelo Supremo, dado que funciona como corte constitucional e órgão de cúpula do

<sup>298</sup> OLIVEIRA, 2007.

<sup>299</sup> NERY JUNIOR, 2002, p. 26.

<sup>300</sup> CAMPOS, 2007, p. 235.

<sup>301</sup> *Ibid.*, p. 235.

<sup>302</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 102.

<sup>303</sup> *Ibid.*, art. 102, I.

<sup>304</sup> *Ibid.*, art. 102, II.

<sup>305</sup> *Ibid.*, art. 102, III.

Poder Judiciário (corte de apelação). A par disso, o Supremo, como mais alto órgão jurisdicional do Brasil, tem igualmente a atribuição de analisar e decidir sobre situações nas quais haja ameaça ou dano a direitos fundamentais das altas autoridades da República; também deve se pronunciar sempre que a violação a essas prerrogativas for realizada por uma dessas autoridades, ferindo direito dos cidadãos<sup>306</sup>.

O órgão tem suas atribuições divididas em dois grupos, conforme o modo de acionamento – recursal e originária. Na competência originária, o Supremo é acionado de forma direta e julga os casos em primeira instância. Nessas ações, compete à corte processar, analisar, julgar e decidir. Ao exercer essa competência, o tribunal objetiva concretizar o controle concentrado de constitucionalidade, já que atua como corte de constitucionalidade. Assim, assiste somente a essa instituição julgar ações diretas de inconstitucionalidade (sejam genéricas, sejam interventivas, sejam por omissão) e também as ações declaratórias de constitucionalidade. Em ambas as situações, o propósito é assegurar a obediência às regras constitucionais existentes no ordenamento jurídico nacional<sup>307</sup>.

Pode-se então assim enumerar a alçada do Supremo, além das expostas no parágrafo anterior, no exercício de sua competência originária, o julgamento e decisão sobre os seguintes temas: arguição de descumprimento de preceito fundamental (da Constituição); *habeas corpus* cujo paciente seja alta autoridade; extradição requerida por Estado estrangeiro; lides entre governos estrangeiros e a União, estados, território ou Distrito Federal; homologação de sentenças estrangeiras<sup>308</sup>.

Cabe-lhe ainda julgar mandado de segurança contra atos do Tribunal de Contas da União, do presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do STF e do procurador-geral da República; infrações penais comuns cometidas pelos membros do Congresso Nacional, pelo presidente da República, pelo procurador-geral da República e pelos ministros do STF, pelos ministros de Estado, pelos comandantes da Marinha, da Aeronáutica e do Exército, pelos chefes de missão diplomática; pelos ministros do TCU; ação rescisória e revisão criminal de suas decisões; pedidos de medida cautelar em ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade<sup>309</sup>.

<sup>306</sup> MORAES, 2000, p. 221.

<sup>307</sup> *Ibid.*, p. 220.

<sup>308</sup> *Ibid.*, p. 221.

<sup>309</sup> *Ibid.*, p. 221-222.

Cumpra-se ainda execução de sentença em causas de sua competência originária, podendo delegar tarefas relativas à prática de atos processuais; processar o mandado de injunção de prerrogativa do Congresso Nacional, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, do presidente da República, da Mesa de cada casa legislativa, do próprio Supremo ou dos tribunais superiores. Atua igualmente em conflitos de competência entre outros tribunais e o STF; ações de interesse direto ou indireto dos membros da magistratura ou ações que sejam impedidos de julgar; garantia da autoridade de seus julgados; reclamação para resguardar suas competências<sup>310</sup>.

Já na competência recursal, o STF analisa, julga e decide ações em última instância e é incitado por intermédio de recursos ordinários e extraordinários<sup>311</sup>.

Para defender os direitos individuais, criaram-se duas maneiras de aplicação das normas do Controle de Constitucionalidade: o controle difuso, mediante o qual qualquer indivíduo questiona incidentalmente a inconstitucionalidade da lei. Competirá, porém, ao Supremo decidir sobre o caso concreto no sistema recursal, com os efeitos exclusivamente sobre as partes sem influir na lei, em princípio<sup>312</sup>.

O outro modo é o controle concentrado, por meio do qual se pode monitorar a norma por uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI), contemplada em texto constitucional. Nesse tipo, a decisão tem efeito para todos e extingue a lei em exame, além de permitir o controle abstrato<sup>313</sup>.

A par disso, a CF/88 expandiu o método misto de controle de constitucionalidade, mesclando o controle concentrado e o difuso. Desse modo, por exigência constitucional, compete ao Supremo uma série de atribuições, como a de conciliar ambas as funções designadas no parágrafo anterior.

Conforme a Constituição, compete ao STF, como juízo único e definitivo, a jurisdição constitucional com controle de constitucionalidade<sup>314</sup>. Quando há recurso extraordinário, o tribunal, para analisar a admissão desse recurso, necessita que o recorrente comprove haver repercussão geral dos temas constitucionais em discussão<sup>315</sup>.

<sup>310</sup> MORAES, 2000, p. 222.

<sup>311</sup> *Ibid.*, p. 220.

<sup>312</sup> Constituição Federal de 1988, art. 103.

<sup>313</sup> *Ibid.*

<sup>314</sup> *Ibid.*, art. 102, I, *a* e *p*.

<sup>315</sup> *Ibid.*, art. 102, § 3º.

A concepção do controle de constitucionalidade se conecta, de forma indelével, à primazia da Constituição, à defesa dos direitos constitucionais e à austeridade constitucional<sup>316</sup>. Em tal contexto, o Tribunal, ao fiscalizar a constitucionalidade das leis, examina se há conformidade e adequação entre elas e as prescrições da Carta Magna, especialmente no que tange a requisitos materiais e formais.

A jurisdição constitucional sem controle de constitucionalidade, formadora da lide de âmbito constitucional, diverge do controle de constitucionalidade das leis. Isso ocorre em disputas com outros Estados ou órgãos internacionais; entre associações federativas (inclusive instituições da administração indireta); delitos cometidos por membros dos outros poderes bem como processos de extradição solicitada por outros países<sup>317</sup>.

Já a jurisdição constitucional da liberdade, reservada à defesa dos direitos fundamentais, é provocada por remédios constitucionais, como o *habeas corpus* impetrado em favor de autoridade ou funcionário cujas atitudes se sujeitam diretamente à jurisdição única do STF ou a essa jurisdição em instância única, ou crimes de altas autoridades federais<sup>318</sup>.

Ressalta-se que o Supremo não detém a função exclusiva da jurisdição constitucional. Assim, compete a todo juiz ou tribunal a jurisdição constitucional exercida por via de exceção.

A legitimidade do controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo Supremo é questionada nestes termos:

[...] o perfil constitucional de nosso Tribunal Federal Constitucional não se nos afigura o melhor, porquanto carece de legitimidade para apreciar, em último e definitivo grau, as questões constitucionais que lhe são submetidas, já que é órgão do Poder Judiciário, cujos membros são nomeados pelo presidente da República sem critério de proporcionalidade ou representatividade dos demais poderes<sup>319</sup>.

Nery defende a fiscalização concentrada exercida pelo Supremo Tribunal Federal, pois “[...] é legítimo o controle concreto da constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário dentro do exercício constitucional e legítimo de resolver conflitos [...]”<sup>320</sup>.

<sup>316</sup> MORAES, 2000, p. 223.

<sup>317</sup> Constituição Federal de 1988, art. 102, I, b, c, e, f e g.

<sup>318</sup> *Ibid.*, art. 102, I, d e i.

<sup>319</sup> NERY JUNIOR, 2002, p. 24.

<sup>320</sup> *Ibid.*, p. 28.

De fato, a crítica ao sistema jurídico-constitucional brasileiro assenta-se na definição da natureza da Justiça Constitucional. Há<sup>321</sup> doutrinadores que a situam nos âmbitos legislativo, jurisdicional ou administrativo.

Hans Kelsen, bem como Calamandrei<sup>322</sup>, concebia a atividade do Tribunal Constitucional austríaco como legislativa (“*Gesetzgebung*” ou, pelo menos, “*negative Gesetzgebung*”) – a declaração de inconstitucionalidade de certo tipo normativo causava sua retirada do ordenamento jurídico, inovado, em razão da aplicabilidade dos efeitos *erga omnes* da decisão. Como ensinado por Baracho, “[...] chega-se a aceitar que [...] a Corte Constitucional deve ser considerada como ‘órgão constitucional’, que está fora e acima da clássica tripartição dos poderes do Estado”<sup>323</sup>.

Ressalta-se a tendência doutrinária de Nery para a concepção mediante a qual os Tribunais Constitucionais são “[...] órgãos de todos os poderes, situando-se no organograma do Estado ao lado do Executivo, Legislativo e Judiciário, não sendo, portanto, órgão do Poder Judiciário e nem se situando acima dos poderes Executivo e Legislativo”<sup>324</sup>.

Em primeira análise, a criação de uma corte constitucional favoreceria a observância ao postulado da independência e da harmonia entre os poderes de Estado. Ao se considerar, entretanto, esse tribunal como quarto poder, ocorreria a ingerência material, o que conduziria ao desrespeito aos princípios defendidos por Montesquieu. Desse modo, ainda que não situado na estrutura do Judiciário, sem a preponderância deste com referência ao Executivo, o Tribunal Constitucional, como poder autônomo, sobrepor-se-ia aos demais, tornando-se, também, ilegítimo.

Nesse contexto, pode-se questionar se ocorre a extrapolação do STF no momento em que esse órgão, ao ser provocado, atua de forma diversa da que lhe compete, em decorrência da ineficácia e da passividade do Estado no exercício de sua função legiferante. Mas se pode afirmar que na atualidade a judicialização tem sido aceita pelo sistema político como forma de atuação da Justiça.

Em tal perspectiva, o STF tem emitido decisões impactantes, mormente no Poder Legislativo, ao utilizar e conceder *habeas corpus* e mandados de segurança. O Supremo interfere ainda nas comissões parlamentares de inquérito, comprometendo, em alguns casos, a independência destas.

<sup>321</sup> BARACHO, 1984, p. 27.

<sup>322</sup> CALAMANDREI, 1971, p. 22.

<sup>323</sup> *Ibid.*, p. 106.

<sup>324</sup> VASCONCELOS, 1978.

Em outra linha de raciocínio, a judicialização tem sido prática comum no Conselho de Ética da Câmara dos Deputados, expressa pela disseminação de procedimentos judiciais para o Parlamento.

Essa interferência também pode ser sentida com as súmulas vinculantes, definidas na Carta Magna: “[...] a súmula terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta”<sup>325</sup>.

A súmula vinculante objetiva pacificar controvérsias entre a administração pública e os órgãos judiciários ou entre estes, por meio da validação, da interpretação e da eficácia das normas geradoras da divergência. Tal situação ocorre quando a discordância pode ocasionar a proliferação de processos sobre o mesmo tema ou a insegurança jurídica<sup>326</sup>.

Ademais, possuem efeito vinculante e eficácia contra todos, referentes à administração pública direta e indireta (em todas as esferas) e aos outros órgãos do Judiciário, as decisões definitivas de mérito pronunciadas pelo STF nas ações declaratórias de constitucionalidade e nas ações diretas de inconstitucionalidade<sup>327</sup>.

Com apoio nessas argumentações, pode-se constatar que o Supremo Tribunal Federal representa órgão jurídico-político, uma vez que foi a ele outorgada, pela Constituição, a competência para decidir sobre a convergência entre as leis infraconstitucionais e a Constituição, a qual constitui a fusão entre política e direito. Nesse sentido, o STF representa o equilíbrio entre ambas as ideias (política e direito), porquanto suas sentenças afetas à justiça constitucional tipificam a manifestação político-jurídica, por conta de sua atuação estar focada no controle de constitucionalidade<sup>328</sup>.

Essa posição centralizada do Tribunal pode configurar meio de manutenção do equilíbrio e da harmonia entre os poderes – o órgão possui natureza tanto jurídica quanto política (possui o condão de anular leis, mas seu modo de composição e outros dispositivos constitucionais demonstram sua essência política). Em tal aspecto, a Constituição consegue resolver possível conflito entre o jurídico e o político, ao ampliar o rol de competências do Supremo<sup>329</sup>.

Em muitas de suas decisões, não se pode separar o que possui conotação política do que contém conotação jurídica, dada a imbricação

<sup>325</sup> Constituição Federal de 1988, art. 103-A.

<sup>326</sup> BRASIL..., 2006.

<sup>327</sup> Constituição Federal de 1988, art. 102, § 2º.

<sup>328</sup> FALCONE, 2008, p. 96.

<sup>329</sup> *Ibid.*, p. 96.

entre as duas vertentes. Pode-se observar esse fato quando o STF julga direitos sociais, pois o aspecto da jurisdição constitucional vem acompanhado de uma dimensão política<sup>330</sup>.

Na contemporaneidade, não há como se pensar no papel do Supremo sem conectá-lo à política, até em razão da ambiguidade presente nas normas constitucionais. Assim, a interpretação destas abre espaço para a criatividade, sobretudo quando se trata de matéria constitucional afeta a igualdade, a dignidade, a liberdade. A linguagem da Constituição permite que os ministros do STF imprimam viés político-jurídico ao analisarem e julgarem as leis em abstrato. Pode-se afirmar que a judicialização da política brasileira se coaduna com o papel do Judiciário nos Estados modernos, e a sociedade admite, aceita e até exige esse processo sempre que entende terem sido prejudicados direitos fundamentais, negligenciadas normas constitucionais e corrompidos e afastados princípios morais e éticos no que respeita ao desempenho de políticos e autoridades da República<sup>331</sup>. Isso pode ser sentido ainda no tocante aos atos internos do Congresso Nacional – o Supremo afeta decisões de competência do Legislativo.

Infere-se que a judicialização da política não representa ofensa aos princípios democráticos nem se origina de possível tentativa do Judiciário de protagonizar ações que podem comprometer a tripartição de poderes. Verifica-se a criação de um campo democrático no qual os partidos menores, antes pouco ouvidos e respeitados no Congresso Nacional, bem como a sociedade civil e outros agentes sociais com interesses de setores político-sociais, podem se expressar, indicar seus interesses e rejeitar atos os quais consideram inadequados ao exercício do poder político. Atualmente é possível – e até necessário – que tais atores demonstrem claramente sua representação como legítimos intérpretes da Constituição.

Com tal entendimento, o Supremo tem, em casos concretos, apreciado atos internos do Congresso Nacional, sem que isso represente necessariamente enfraquecimento do Legislativo ou violação à independência dos poderes.

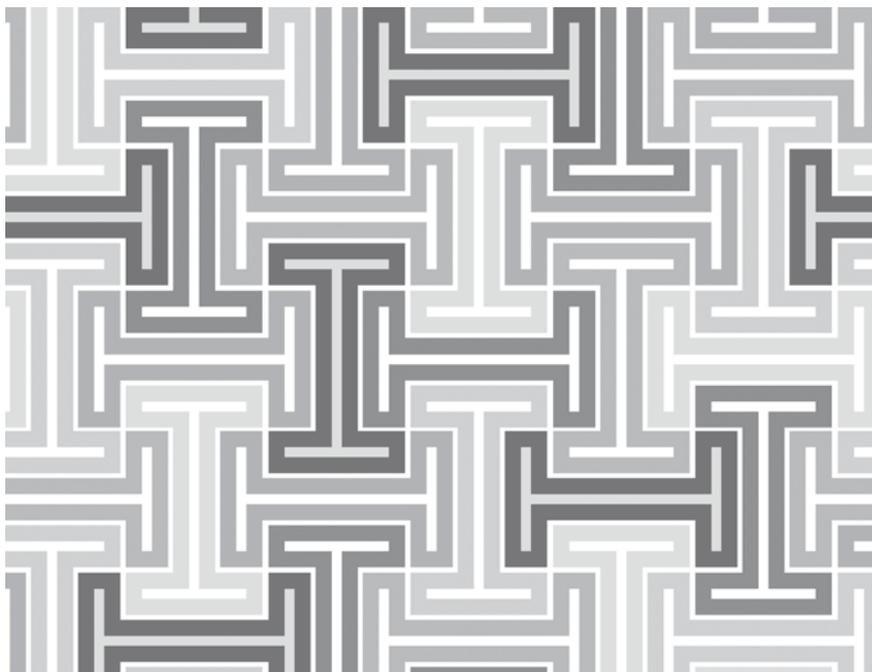
---

<sup>330</sup> FALCONE, 2008, p. 97.

<sup>331</sup> CAMPOS, 2007, p. 239.

# 5

CONGRESSO NACIONAL:  
FUNÇÕES TÍPICAS E  
ATÍPICAS – JUDICIALIZAÇÃO  
EM ATOS *INTERNA CORPORIS*



“É uma experiência eterna de que todos os homens com poder são tentados a abusar.”

Montesquieu

## 5.1 Processo legislativo

O termo “processo legislativo” pode ser examinado sob dois prismas – o jurídico e o sociológico. Sob o primeiro ângulo, pode-se conceituar processo legislativo como o conjunto de preceitos os quais definem os métodos a serem respeitados pelos órgãos do Poder Legislativo (e em alguns casos, do Executivo) na produção de leis. Caso não se sigam os procedimentos referentes ao processo legislativo, constitucionalmente previstos, a norma elaborada poderá ser declarada como inconstitucional<sup>332</sup>.

Ainda na esfera jurídica, esse processo equivale a uma norma secundária do direito (a que faculta às pessoas definir novas normas, modificá-las ou até mesmo extingui-las); nesse sentido, relaciona-se com os preceitos constitucionais que o tornam exequível<sup>333</sup>.

Do ponto de vista sociológico, ele representa a atividade do legislador e a forma como ele realiza essa tarefa em conformidade com um conjunto de fatores reais que se manifestam enquanto ele atua no sentido de legislar.

Seria a sociologia do processo legislativo, preocupada em identificar e analisar as diversas ocorrências presentes no decorrer da formação das leis, como a pressão popular, a mídia, os grupos de pressão, os ajustes político-partidários, as trocas de favores do governo com os parlamentares, e outros tantos que circundam a elaboração das leis<sup>334</sup>.

Pode-se então afirmar que o procedimento legislativo representa a maneira como proposições transitam pela casa legislativa. Refere-se ao encadeamento de ações sistematizadas (iniciativa, emenda, votação, sanção ou veto, promulgação e publicação) realizadas pelo Poder Legislativo para produzir decretos, resoluções, leis, emendas constitucionais.

Assim, a formulação de regras legais e constitucionais está inserida no conceito de procedimento legislativo. Esse<sup>335</sup> processo é constituído das “[...] normas que regulam a produção – criação, modificação ou

<sup>332</sup> Constituição Federal de 1988, art. 59.

<sup>333</sup> VIEIRA, 1999, p. 186.

<sup>334</sup> MOREIRA, 2005.

<sup>335</sup> SAMPAIO, 2002, p. 28.

revogação – de normas gerais [...]”, as quais podem ser vistas tanto do ponto de vista sociológico quanto do jurídico. Com respeito ao primeiro, ele se apoia no estudo dos efeitos da atuação dos legisladores, que recebe influência de contextos sociais tais como crises, *lobbies*, opinião pública.

Já no sentido jurídico, o processo legislativo figura como parte do direito processual; logo, abrange normas que determinam a produção de atos normativos globais relativos ao direito processual, ao processo civil e ao penal, ao processo legislativo, dentre outros. Juridicamente<sup>336</sup> “[...] o processo legislativo não existe autonomamente, como valor em si, pois é técnica a serviço de concepções políticas, realizando fins do poder”. A função legislativa<sup>337</sup> é de natureza processual e se realiza por meio de atos coordenados em determinado período. Em resumo<sup>338</sup>,

Processo legislativo seria, então, o complexo de atos necessários à realização da função legislativa, “o conjunto de atos preordenados visando à criação de normas de direito. Esses atos são: a) iniciativa legislativa; b) emendas; c) votação; d) sanção e veto; e) promulgação e publicação”.

Ao se entender o processo legislativo como parte do sistema jurídico, não se pode negar que ele deva respeitar os ditames gerais do processo, principalmente aqueles inseridos no texto constitucional, pois, ao desobedecê-los, estará sujeito à declaração de inconstitucionalidade do ato realizado ou da lei formulada. Em tais casos, o Poder Judiciário, pelo método concentrado ou pelo difuso, está apto a exercer o controle repressivo de constitucionalidade. Desse modo, pode-se afirmar que o processo legislativo existe dentro do direito constitucional como se compreende a este contemporaneamente.

Há vários tipos de procedimento legislativo: processo especial; processo sumário; processo ordinário ou comum. No primeiro, está determinada a produção de leis delegadas, complementares, financeiras, bem como resoluções, decretos legislativos e medidas provisórias. No procedimento sumário, deve haver prazo para que o Congresso decida acerca de dado tema, ao passo que no rito ordinário ou comum se elaboram apenas leis ordinárias. Quando, por sua vez, o Congresso Nacional vota emendas constitucionais, ele exerce o poder constitucional e não o legislativo.

<sup>336</sup> HORTA, 1995, p. 533 apud QUEIROZ FILHO, 2001.

<sup>337</sup> QUEIROZ FILHO, 2001, p. 361.

<sup>338</sup> *Ibid.*, p. 362.

## 5.2 Processo legislativo no Brasil

No Brasil, o procedimento legislativo recebe especial atenção na Constituição Federal<sup>339</sup>, a qual dele trata do art. 59 ao 69, Seção VIII – Do Processo Legislativo, Capítulo I – Do Poder Legislativo, Título IV – Da Organização dos Poderes. O art. 59 dispõe que o procedimento legislativo consiste na elaboração de emendas à Constituição; leis complementares, ordinárias e delegadas; medidas provisórias; decretos legislativos e resoluções.

O texto do art. 60<sup>340</sup> cuida detalhadamente do processo das emendas constitucionais – processo do poder constituinte ou derivado –, e seu § 4º aborda as cláusulas pétreas. Assim seguem os outros parágrafos da Constituição, até o art. 69, que trata especificamente dos atos afetos ao procedimento legislativo e do modo como se disciplinam.

Além desses normativos dispostos na CF/88, o Regimento Interno do Congresso Nacional, o do Senado e o da Câmara Federal também adicionam disposições acerca do processo legislativo. Sobre estes, pode-se apontar<sup>341</sup> que

[...] são uma manifestação do poder genérico de auto-organização concedido às casas legislativas pela Constituição, não sendo meros regulamentos mas autênticas leis, na medida em que procedem dos órgãos legislativos e se ligam diretamente com a norma constitucional, que é seu único antecedente e seu único limite.

Queiroz<sup>342</sup> avança ao assim concluir: “[...] os regimentos internos são as leis internas das casas legislativas, regulando a forma pela qual estas exercitam suas atribuições e seu funcionamento, devendo, obviamente, também, manter-se restrito ao âmbito da respectiva Casa e aos limites impostos pela Constituição”.

Conforme estabelece o Título XV do Regimento Interno do Senado Federal, o processo legislativo obedece a determinados princípios gerais, semelhantes aos do Regimento Interno da Câmara<sup>343</sup>:

<sup>339</sup> Constituição Federal de 1988, arts. 59 ao 69.

<sup>340</sup> *Ibid.*, art. 60, §§ 1º, 2º, 3º, 4º e 5º, I a III.

<sup>341</sup> ENTERRIA; FERNÁNDEZ, 1990 apud QUEIROZ FILHO, 2001, p. 25.

<sup>342</sup> *Ibid.*, 2001, p. 27.

<sup>343</sup> BRASIL..., 2011.

TÍTULO XV  
DOS PRINCÍPIOS GERAIS DO PROCESSO LEGISLATIVO

Art. 412. A legitimidade na elaboração de norma legal é assegurada pela observância rigorosa das disposições regimentais, mediante os seguintes princípios básicos:

I – a participação plena e igualitária dos senadores em todas as atividades legislativas, respeitados os limites regimentais;

II – modificação da norma regimental apenas por norma legislativa competente, cumpridos rigorosamente os procedimentos regimentais;

III – impossibilidade de prevalência sobre norma regimental de acordo de lideranças ou decisão de Plenário, exceto quando tomada por unanimidade mediante voto nominal, resguardado o *quorum* mínimo de três quintos dos votos dos membros da Casa;

IV – nulidade de qualquer decisão que contrarie norma regimental;

V – prevalência de norma especial sobre a geral;

VI – decisão dos casos omissos de acordo com a analogia e os princípios gerais de direito;

VII – preservação dos direitos das minorias;

VIII – definição normativa, a ser observada pela Mesa em questão de ordem decidida pela Presidência;

IX – decisão colegiada, ressalvadas as competências específicas estabelecidas neste regimento;

X – impossibilidade de tomada de decisões sem a observância do quórum regimental estabelecido;

XI – pauta de decisões feita com antecedência tal que possibilite a todos os senadores seu devido conhecimento;

XII – publicidade das decisões tomadas, exceção feita aos casos específicos previstos neste regimento;

XIII – possibilidade de ampla negociação política somente por meio de procedimentos regimentais previstos. (NR)

Art. 413. A transgressão a qualquer desses princípios poderá ser denunciada, mediante questão de ordem, nos termos do disposto no art. 404.

Parágrafo único. Levantada a questão de ordem referida neste artigo, a Presidência determinará a apuração imediata da denúncia, verificando os fatos pertinentes, mediante consulta aos registros da Casa, notas taquigráficas, fitas magnéticas ou outros meios cabíveis.

Desse modo, nota-se que, no processo legislativo brasileiro, as leis, preceitos de ordem geral, são ditadas pela autoridade competente,

a fim de propiciar o bem da coletividade. Assim, todos lhes devem obediência e não podem alegar ignorância, desconhecimento, para não cumpri-las.

A Constituição Federal de 1988 definiu os tipos de lei: decretos legislativos, resoluções, leis complementares, leis delegadas, leis ordinárias e emendas à Constituição. Cada uma delas possui características e finalidades próprias. Os decretos legislativos competem ao Congresso Nacional; por isso, não precisam ser sancionados pelo presidente da República (exemplo: ratificação de tratados celebrados pelo Executivo); as resoluções constituem atos privados do Congresso ou do Senado, os quais também não dependem de sanção presidencial (exemplo: aprovação de estado de sítio).

As leis complementares, por sua vez, encontram-se previstas no texto constitucional e destinam-se a regular certo dispositivo da Carta Magna, devem ser aprovadas pela maioria absoluta de ambas as casas legislativas; as leis delegadas, cujo teor e alcance são definidos pelo Congresso mediante resolução, são elaboradas pelo presidente da República e podem sofrer análise posterior pelo Congresso. Quanto às leis ordinárias, elas resultam do trabalho do Poder Legislativo, não se prestam a complementar ou alterar a Constituição. Já as emendas à Constituição se dedicam a alterar dispositivos constitucionais, com o fito de adaptar o texto à evolução do Estado ou corrigir possíveis falhas.

Percebe-se, portanto, a importância que os legisladores emprestaram ao procedimento legislativo, uma vez que decidiram incluí-lo na Constituição Federal, para que os atos oriundos do Legislativo estejam conformes com a concepção do Estado democrático de direito. Por isso, atrelaram igualmente a atuação dos parlamentares aos limites impostos pela própria Lei Maior, a qual definiu as competências das casas legislativas.

Contudo, embora a CF restrinja a abrangência dos atos praticados pelos parlamentares no âmbito de sua função de legislar e, ao mesmo tempo, garanta a independência do Legislativo, também se considera pertinente o controle judicial do processo legislativo. Para compreender o porquê da necessidade desse controle, cabe definir e distinguir os atos de natureza política e os *interna corporis*, alvos da apreciação judicial.

Os atos das autoridades e as leis não podem ir de encontro aos ditames constitucionais, o que as tornaria inconstitucionais – portanto, inaplicáveis. Por isso, o presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a da Câmara dos Deputados, as das assembleias legislativas, os governadores de estado, o procurador-geral da República, o Conselho Federal

da Ordem dos Advogados do Brasil, ou entidades de classe de âmbito nacional podem entrar com ação de inconstitucionalidade (arts. 97 e 103, CF/88). Nesse caso, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar as ações de inconstitucionalidade propostas para verificar se determinada lei ou ato governamental ferem preceitos constitucionais.

### 5.3 Atos de natureza política

A questão sobre a essência do ato político já inquietava o direito francês, sobretudo quando o Conselho de Estado da França se recusou a julgar reclamações referentes a problemas políticos originados da extinção do regime napoleônico<sup>344</sup>. Também a doutrina norte-americana se deparou a entraves relativos a questões puramente políticas; constitucionalistas estadunidenses defendiam a tese de que não era competência do Poder Judiciário julgar atos praticados pelos outros poderes, exceto quando injuriassem direitos individuais.

No Brasil, Rui Barbosa<sup>345</sup>, já em 1892, apoiava-se nos ensinamentos de Hitchcock e de outros americanos para defender sua opinião sobre o assunto: matérias essencialmente jurídicas não devem sofrer controle judicial. O jurista argumentava ainda, com fulcro no direito norte-americano, que os atos políticos são “[...] aqueles a respeito dos quais a lei confiou a matéria à discricção prudencial do poder”; logo, subordinam-se à discricionariedade do Legislativo ou do Executivo, estando afastados do controle judicial, salvo quando violem direitos constitucionais do indivíduo.

O jurista questionava a distinção a respeito da caracterização e da possível existência de questões de natureza política. Mediante *habeas corpus* impetrado pelo jurista, ele provocou o Supremo Tribunal Federal a se pronunciar sobre a prisão de cidadãos durante um estado de sítio. Apoiado no pensamento de juristas norte-americanos, Barbosa destacou a necessidade do controle judicial de atos governamentais que ferissem direitos individuais ou prejudicassem terceiros. Argumentou que tal controle encontrava amparo em preceitos constitucionais<sup>346</sup>.

O *habeas corpus* foi negado, mas Rui Barbosa manteve a defesa de controle, pela Justiça, de atos que ele chamou de “meramente judiciais” e os “meramente políticos”. Utilizou como base para sua teoria a juris-

<sup>344</sup> ENTERRIA; FERNÁNDEZ, 1990, p. 497-498.

<sup>345</sup> BARBOSA, 1893, p. 74.

<sup>346</sup> MACEDO, 2007, p. 110.

prudência estadunidense, segundo a qual o limite entre ambas as questões se vincula à inexistência de violação a direito constitucional<sup>347</sup>. Anos depois, em 1914, Rui Barbosa teve sua tese acatada pelo Supremo, no voto do Ministro Relator Pedro Lessa, para quem deveria ocorrer a distinção entre os temas essencialmente políticos e aqueles que não se subordinariam ao controle judicial<sup>348</sup>.

Depois de Rui Barbosa, outros juristas têm tentado explicar e justificar o controle judicial de atos emanados dos outros poderes, fazendo a distinção entre os tipos desses atos. Pontes de Miranda foi um dos que criticou a divisão entre atos políticos e judiciais. Afirmar que representa um erro o exercício de separar um do outro, já que a maioria das questões envolvem os dois aspectos – o político e o judicial. Assim, não seria possível elencar quais atos seriam passíveis de apreciação pelo Judiciário e quais estariam a salvo de tal análise<sup>349</sup>.

Hely Lopes Meirelles<sup>350</sup> ressalta a dificuldade de se conceituar o ato político, já que não há uma classe de atos políticos que seja independente nem um órgão ou um poder que só o utilize. Assim, a matéria frequentemente causa polêmica, dada a dificuldade de se criar uma definição de ato político que satisfaça aos entendidos no tema.

Um dos doutrinadores que logrou falar sobre a acepção do que é político foi Canotilho<sup>351</sup>, quando afirmou que, a partir do “núcleo empírico do político”, destaca-se uma “atividade política por excelência”, a qual determina normas do comportamento social. Apresenta, ainda, como “ato político”, a atuação do Executivo e a do Judiciário, mediante, respectivamente, a execução das regras e a aplicação delas a casos individuais, concretos.

O controle do Judiciário em temas exclusivamente políticos foi vedado na Constituição de 1934, art. 68; essa determinação foi mantida no art. 94 da Constituição de 1937. Ambos os dispositivos empregaram a expressão “questão política” em lugar de “ato político”, pois, conforme Castro Nunes<sup>352</sup>, “[...] não seria o ato da autoridade exclusivamente político, mas sim a questão decorrente do mesmo ato”.

<sup>347</sup> MACEDO, 2007, p. 111.

<sup>348</sup> Ibid.

<sup>349</sup> PONTES DE MIRANDA, 1970, p. 629.

<sup>350</sup> MEIRELLES, 1999, p. 39.

<sup>351</sup> CANOTILHO, 1994, p. 607.

<sup>352</sup> NUNES, 1967, p. 43.

## 5.4 Atos do Legislativo

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

### 5.4.1 Competências do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal

Os atos realizados pelo Congresso Nacional e pelas casas legislativas estão dispostos na competência de cada um desses órgãos.

#### 5.4.1.1 Congresso Nacional<sup>353</sup>

Compete ao Congresso Nacional dispor, com a aprovação do presidente da República, sobre todas as matérias de faculdade da União, especificamente sobre:

- sistema tributário, arrecadação e distribuição de renda;
- plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento público, operações de crédito, dívida pública e missões de curso forçado;
- fixação e modificação do efetivo das Forças Armadas;
- planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento;
- limites do território nacional, espaço aéreo e marítimo e bens de domínio da União;
- incorporação, subdivisão ou desmembramento de áreas de territórios ou estados, ouvidas as assembleias legislativas;
- transferência temporária da sede do governo federal;
- concessão de anistia;
- organização administrativa e judiciária do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, dos territórios e do Distrito Federal;
- criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas;
- criação e extinção de ministérios e órgãos da administração pública;

---

<sup>353</sup> BRASIL..., 2011.

- telecomunicações e radiodifusão;
- matérias financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações;
- moeda, limites de emissão e montante da dívida mobiliária federal;
- fixação do subsídio dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

O Congresso Nacional dispõe ainda de competência exclusiva para:

- resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que impliquem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;
- autorizar o presidente da República a declarar guerra, celebrar a paz, permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar;
- autorizar o presidente e o vice-presidente da República a se ausentarem do país, quando a ausência exceder a quinze dias;
- aprovar o estado de defesa e a intervenção federal;
- autorizar o estado de sítio ou suspender qualquer uma dessas medidas;
- sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;
- mudar temporariamente sua sede;
- fixar idêntico subsídio para deputados federais e senadores;
- fixar os subsídios do presidente e do vice-presidente da República e dos ministros de Estado;
- julgar anualmente as contas prestadas pelo presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo;
- fiscalizar e controlar, diretamente, ou por suas casas legislativas, os atos do Poder Executivo, inclusos os da administração indireta;
- zelar pela preservação de sua competência legislativa diante da atribuição normativa dos outros poderes;
- apreciar atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão;
- escolher dois terços dos membros do Tribunal de Contas da União;
- aprovar iniciativas do Poder Executivo referentes a atividades nucleares;

- autorizar referendo e convocar plebiscito;
- autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e a lavra de riquezas minerais;
- aprovar, previamente, a alienação ou a concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares.

#### 5.4.1.2 Senado Federal<sup>354</sup>

A Constituição Federal determina as atribuições privativas do Senado Federal – funções judicantes e administrativas em processos que iniciam e findam nessa casa legislativa. A igualdade do número de senadores por unidade da federação garante a necessária imparcialidade do processo. A função principal deste órgão legislativo é manter o equilíbrio entre as unidades da federação, embora sua participação no controle da dívida pública tenha sido ampliada pela Constituição de 1988, em razão do sistema federativo adotado no país, o qual exige que contratos de estados, municípios e do Distrito Federal recebam o aval da União.

O Senado Federal, consoante o art. 52 da Constituição Federal, é dotado das seguintes competências exclusivas, além das relativas ao Congresso como um todo:

- processar e julgar presidente da República, vice-presidente, ministros de Estado, comandantes das Forças Armadas, ministros do Supremo Tribunal Federal, membros do Conselho de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, procurador-geral da República e advogado-geral da União;
- escolher ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo presidente da República, presidente e diretores do Banco Central do Brasil, procurador-geral da República, chefes de missão diplomática e outros cargos que a lei determinar;
- autorizar operações externas de natureza financeira de interesse da União, dos estados, do Distrito Federal, dos territórios e dos municípios.

Cabe ao Plenário do Senado, por sua vez,

- fixar, por proposta do presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios;
- dispor sobre limites e condições para operações de crédito externo e interno da União, dos estados, do Distrito Federal e dos

---

<sup>354</sup> BRASIL..., 2011.

municípios, das autarquias e das demais entidades controladas pelo poder público federal;

- dispor sobre limites e condições para concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno;
- definir limites e condições para o montante da dívida mobiliária dos estados, do Distrito Federal e dos municípios;
- sustar a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;
- aprovar, por maioria absoluta e voto secreto, a exoneração, de ofício, do procurador-geral da República antes do término de seu mandato;
- elaborar o próprio regimento interno;
- dispor sobre a própria organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção de cargos, empregos e funções de seus serviços e iniciativa de lei para fixar a respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias;
- eleger membros do Conselho da República;
- avaliar a funcionalidade do Sistema Tributário Nacional e o desempenho das administrações tributárias da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

#### 5.4.1.3 Câmara dos Deputados<sup>355</sup>

Segundo o Capítulo I, Título IV, art. 51, Constituição Federal de 1988, cabe exclusivamente à Câmara dos Deputados do Brasil ou em conjunto com o Senado:

- autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o presidente, o vice-presidente da República e os ministros de Estado;
- julgar e proceder à tomada de contas do presidente da República, quando não apresentadas ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa;
- elaborar o próprio regimento interno;
- dispor sobre a própria organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços e iniciativa de lei para fixar a respectiva

<sup>355</sup> BRASIL..., 2002.

remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias;

- eleger os membros do Conselho da República;
- aprovar, alterar e revogar leis, juntamente com o Senado;
- autorizar ao presidente da República a declaração de guerra;
- sustar atos do Poder Executivo.

Os atos legislativos – as leis propriamente ditas, que constituem normas em sentido formal e material – não se sujeitam a anulação judicial por meios processuais comuns. Eles podem ser anulados mediante a ação direta de inconstitucionalidade e a declaratória de constitucionalidade, as quais valem tanto para a lei em tese quanto para os outros atos normativos. Em princípio, os atos normativos e as leis, na condição de regras gerais e abstratas, não afetam direitos individuais e não podem ser atingidos por ações ordinárias ou mandados de segurança<sup>356</sup>. O controle é exercido pela representação de inconstitucionalidade, expressa na Constituição (art. 102, I, *a*), e por pessoas e órgãos indicados no art. 103 do mesmo documento.

Caberá ação direta de inconstitucionalidade, com o fito de declarar a inconstitucionalidade de ato normativo federal, estadual ou distrital, ou lei (ainda em vigor), com competência equivalente à dos Estados-Membros, editados depois da promulgação da Constituição Federal<sup>357</sup>. O objetivo da ação direta de inconstitucionalidade consiste em afastá-los do ordenamento jurídico. Tal tipo de ação não pode extrapolar o fim de excluir do ordenamento jurídico atos incompatíveis com o texto da Constituição, conforma expressa jurisprudência do STF.

Além desses, há outro tipo de atos, chamados<sup>358</sup> de “atos materiais” – ou *interna corporis* –, que não abrangem a “declaração solene da norma jurídica, geral e impessoal”. Podem ser simplesmente administrativos, como, por exemplo, destinação de verbas da casa legislativa, concessão de licença a servidores, ou versar sobre questão política; neste caso, pertencem à competência discricionária do poder. Mesmo assim, não cabe ao Judiciário emitir juízo de valor sobre eles; ilustra-se com a cassação de mandato de parlamentar pela casa legislativa à qual ele serve – em tal situação, seria considerada exacerbação de poder caso a Justiça interferisse na decisão do Plenário da corte legislativa. O Poder Judiciário pode, sim, confrontar o ato praticado com preceitos consti-

<sup>356</sup> MEIRELLES, 2003, p. 681.

<sup>357</sup> MORAES, 2005, p. 628.

<sup>358</sup> CRETELLA JÚNIOR, 1974 apud QUEIROZ FILHO, 2001, p. 160-161.

tucionais, legais ou regimentais que determinem condições, forma ou rito para sua execução<sup>359</sup>.

A partir de tal explanação, pode-se questionar quais atos qualificados de *interna corporis* poderiam estar sujeitos a julgamento pelo Judiciário.

### 5.5.1 *Atos interna corporis*

Tanto as revoluções inglesa e americana quanto as teorias francesas e alemãs contribuíram para afirmar a independência e a autoridade do Poder Legislativo na Europa. No auge da acalorada discussão ocorrida na Assembleia Nacional Constituinte da França, Mirabeau e Sieyès defendiam pontos de vista antagônicos: enquanto aquele advogava o modelo inglês, este o criticava, argumentando que a Constituição inglesa fora fruto do acaso muito mais do que de teorias iluministas<sup>360</sup>.

Montesquieu, em 1748, na obra *O espírito das leis* (Livro XI), também advogou a favor da relevância das ideias contidas na Constituição inglesa, ao afirmar que a Inglaterra era a única nação cuja Carta Magna preconizava a liberdade política. No mesmo livro, discorreu acerca das funções do Judiciário e salienta os poderes do Estado<sup>361</sup>.

Na mesma linha de pensamento caminhou o direito parlamentar francês, o qual se baseou mais na separação dos poderes do que em um parlamento moldado na experiência inglesa. Somente na Assembleia Nacional de 1789, quando foi instaurado o Terceiro Estado, falou-se em prol da independência do Parlamento francês e criticou a necessidade da presença do monarca para que a assembleia deliberasse. Na mesma época, este órgão afastou qualquer tipo de controle judicial dos atos administrativos e legislativos. Em 1790, a lei criada a partir da revolução prescreveu que a justiça, em qualquer nível, não poderia interferir no exercício do Poder Legislativo nem nas decisões deste emanadas, de forma direta ou indireta<sup>362</sup>. A mesma norma foi incluída na Constituição francesa de 1791.

Embora influenciado pela Constituição inglesa e também pela americana, o modelo francês atrelou a soberania popular – absoluta e indivisível – à noção de separação dos poderes. Além disso, o constitucionalismo francês afastou o entendimento de que os juízes estariam legitimados a exercer o controle de constitucionalidade dos atos do Legislativo. Com base em tal postura, foi criado, em 1871, o

<sup>359</sup> FIGUEIREDO, 1998, p. 185.

<sup>360</sup> MACEDO, 2007, p. 42.

<sup>361</sup> Ibid.

<sup>362</sup> Ibid., p. 43.

controle de constitucionalidade político e preventivo (não judicial), com a instalação de um órgão com poderes para examinar as leis em situações as quais violassem direitos fundamentais<sup>363</sup>. Assim, acabou se criando distanciamento entre França e Estados Unidos quanto à matéria do controle de constitucionalidade dos atos parlamentares. Nesse contexto, o paradigma francês configurava-se como autoritário, arbitrário, possivelmente como resposta da sociedade francesa ao absolutismo monárquico<sup>364</sup>.

Tal atitude pode ter resultado da necessidade de se preservarem os ideais e as conquistas revolucionárias, com o destaque do direito escrito em detrimento do consuetudinário. Mantiveram-se asseguradas as normas estabelecidas pela Assembleia Constituinte e novamente repellido o controle judicial das regras regimentais e a sua interpretação<sup>365</sup>.

Mais tarde, a partir da restauração da monarquia no continente europeu, incentivou-se a formação de uma teoria que legitimasse o entendimento de que os atos legislativos e internos do Parlamento não poderiam sofrer algum tipo de controle judicial. Estava, assim, sendo moldada a doutrina dos atos *interna corporis*, reforçando a independência do Legislativo. Essa doutrina foi teoricamente elaborada por Rudolf von Gneist, na segunda metade do século XIX, para quem os atos internos, procedimentos os quais eram definidos no Parlamento, não deveriam ser submetidos a controle judicial, enquanto a validade formal da lei poderia ser apreciada judicialmente<sup>366</sup>.

Depois, o tema foi tratado na Espanha e na Itália, com a admissão do controle jurisdicional em casos de desrespeito a princípios constitucionais, mas não em temas atinentes a procedimentos regimentais<sup>367</sup>.

No Brasil, há muito ocorrem debates acerca da caracterização das questões políticas, no sentido de identificar aquelas que possuem natureza essencialmente política ou as que possuem também cunho de juridicidade. Entende-se que atos exclusivamente políticos não violam direito constitucional, enquanto atos políticos e judiciais podem ferir alguns direitos particulares de indivíduos<sup>368</sup>.

Já durante a elaboração da primeira Constituição republicana, de 1891, houve controvérsia com respeito à possibilidade de se questionarem leis quando produzidas sem conformidade com normas regimen-

<sup>363</sup> MACEDO, 2007, p. 44.

<sup>364</sup> *Ibid.*, p. 44.

<sup>365</sup> *Ibid.*

<sup>366</sup> *Ibid.*, p. 46-47.

<sup>367</sup> *Ibid.*, p. 49-51.

<sup>368</sup> VELLOSO, 2001, p. 126.

tais. Em 1902, o Visconde de Ouro Preto, Rui Barbosa e Amphilophio Botelho Freire de Carvalho asseveraram que competia exclusivamente ao Poder Legislativo julgar os próprios atos. Este acrescentou que apenas os atos relacionados a preceitos constitucionais concernentes ao processo legislativo mereceriam algum tipo de controle fora do Parlamento<sup>369</sup>.

No início do século XX, as teorias sobre o assunto afirmavam que matérias internas das casas legislativas deviam ser reguladas e fiscalizadas somente por elas, pois eram de competência exclusiva do Legislativo<sup>370</sup>.

Uma das vozes a se posicionar acerca do tema foi o constitucionalista Francisco Campos; para ele, o processo *interna corporis* de produção das leis era de competência única da casa legislativa e não poderia ser questionado de modo alguma pelo Judiciário ou mesmo pelo Executivo. Ressaltou que a exceção poderia ocorrer caso se desejasse avaliar se o ato se inseria no âmbito de competência delimitado pela Carta Magna<sup>371</sup>. Acrescentou que assistia ao órgão legislativo a autoridade para julgar a legitimidade e a regularidade das respectivas decisões, funcionando simultaneamente como juiz e destinatário – atributo que coaduna com o princípio da separação dos poderes<sup>372</sup>.

Outros estudiosos, como Hely Lopes Meirelles, Lúcia Valle Figueiredo e Themístocles Brandão Cavalcanti, expuseram seu ponto de vista sobre a temática: para o último, é admissível ocorrer a análise de atos internos do Legislativo sob o ângulo de sua formalidade ou não, embora alerte para a necessidade de ser demarcada a atuação do Judiciário nesse campo, a fim de não se subverter o conceito da tripartição de poderes. Para Figueiredo, todos os atos emanados de um poder público, sejam internos ou não, devem guardar conformidade com as normas constitucionais e ser fidedignamente realizados, porquanto conferem direitos subjetivos a todos os que são atingidos por suas disposições. Logo, se profanarem esses direitos, cabe então a investigação pelo Judiciário – as questões a eles afetas extrapolam aquelas meramente internas ao Legislativo<sup>373</sup>.

Meirelles, embora condene o exame judicial dos atos *interna corporis* do Parlamento, por entendê-los como de restrita análise do corpo legislativo, ressalva que eles podem sofrer apreciação a fim de se verificarem as formalidades com relação a preceitos constitucionais atinentes a

<sup>369</sup> SILVA FILHO, 2003, p. 85.

<sup>370</sup> *Ibid.*, p. 86.

<sup>371</sup> CAMPOS, 1956, p. 117.

<sup>372</sup> *Ibid.*, p. 119.

<sup>373</sup> SILVA FILHO, 2003, p. 89-93.

forma, rito e condições em que são praticados. Acresce, no entanto, que estão afastados desse controle decisões das comissões, da Mesa e do Plenário as quais se refiram ao funcionamento das casas legislativas<sup>374</sup>.

Nas Constituições de 1934, 1946 e 1967, havia restrição à atuação do Judiciário no exame de questões políticas, condicionando a interferência deste poder a alguns condicionantes<sup>375</sup>. Nesse contexto, procurou-se distinguir entre atos meramente políticos e atos políticos – apenas aqueles não estariam sujeitos a apreciação judicial.

Em tal contexto, as questões afetas a atribuições de entes políticos, órgãos e poderes públicos não seriam entendidas como exclusivamente políticas, incluídas aí aquelas atinentes aos atos *interna corporis*. Segundo alguns juristas, não se pode considerar absoluta a imunidade atribuída a atos internos, porquanto configuram incompatibilidade com o sistema de limitação de poderes e de Constituição rígida<sup>376</sup>.

Os atos *interna corporis* constituem aqueles referentes a temas ou questões as quais concernem direta ou imediatamente a aspectos internos da casa legislativa; pela própria essência, reservam-se à deliberação e ao exame pelo Plenário da casa legislativa. Esses atos são os de escolha da Mesa (eleições internas), os de verificação de poderes e os de assuntos relativos a seus membros, como concessão de licença, cassação de mandatos, bem como os que se relacionam com o funcionamento do órgão – elaboração de regimento interno, constituição de comissões, organização de serviços auxiliares e outros – e a valoração das votações<sup>377</sup>.

De regra, os atos *interna corporis* das casas legislativas não se sujeitam ao controle judicial – atos *interna corporis*, na lição de Hely Lopes Meirelles, “[...] são questões direta e indiretamente relacionadas com a conduta interna da casa legislativa, com os seus privilégios e com a formação ideológica da lei, como os atos de escolha da Mesa, os de verificação de poderes e incompatibilidades de seus membros [...]” e outros mais<sup>378</sup>.

Todavia,<sup>379</sup> tal acepção não compromete o controle judicial. À Justiça não assiste o direito de afrontar a prerrogativa de decisão do Plenário acerca de matérias da alçada deste. Mas é permitido à instituição “[...] confrontar sempre o ato praticado com as prescrições constitucionais,

<sup>374</sup> MEIRELLES, 2003, p. 683.

<sup>375</sup> PONTES DE MIRANDA, 1970, p. 629.

<sup>376</sup> CAMPOS, 1956, p. 116.

<sup>377</sup> MEIRELLES, 1990, p. 607.

<sup>378</sup> VELLOSO, 2002 apud SAMPAIO, 2004, p. 274.

<sup>379</sup> Ibid.

legais ou regimentais, que estabeleçam condições, forma ou rito para seu cometimento”<sup>380</sup>.

Embora os atos *interna corporis* abarquem os princípios de imunidade que afastam a probabilidade de revisão judicial, não pode essa imunidade justificar a desobediência a direito público subjetivo. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem repudiado a utilização de atos *interna corporis* pelas casas legislativas como amparo a posturas inadequadas, ilegítimas e até ilegais.

Assim, as resoluções da Mesa do Congresso bem como outros atos administrativos internos estão sujeitos a controle jurisdicional comum, dado que podem ferir direitos individuais de terceiros, quando se consideram consequências internas e externas. Dentro dessa ideia, processos de cassação de parlamentares podem ser examinados pela justiça comum para identificar o controle de legalidade e a regularidade formal do processo, ainda que se destaque que não cabe ao Judiciário, de modo geral, questionar o mérito de decisões advindas do Plenário, das comissões ou da Mesa do Legislativo.

Ao Poder Judiciário é permitido perquirir todos os aspectos de legalidade e legitimidade para descobrir e pronunciar a nulidade do ato administrativo onde ela se encontre, e seja qual for o artifício que a encubra. O que não se permite ao Judiciário é pronunciar-se sobre o *mérito administrativo*, ou seja, sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato, porque, se assim agisse estaria emitindo pronunciamento de administração, e não de jurisdição judicial<sup>381</sup>. (grifo nosso)

## 5.6 Controle judicial dos atos do Legislativo

“Fora da lei não há salvação.”

Rui Barbosa

### 5.6.1 Controle judicial dos atos administrativos

Costuma ser pacífico o juízo de que os atos administrativos do Poder Executivo e do Legislativo não podem ser executados sem qualquer controle, com poder livre, sem fronteiras, sem obediência a qualquer ordenamento jurídico<sup>382</sup>. Essa linha de pensamento se funda no modelo

<sup>380</sup> VELLOSO, 2002 apud SAMPAIO, 2004, p. 274.

<sup>381</sup> MEIRELLES, 2005, p. 55.

<sup>382</sup> MAGELA; MENESES, 2003, p. 25.

de conformação do Estado liberal, tradição que perdura há muito. Conforme tal postura, só seria cabível a intervenção jurisdicional com relação ao aspecto formal do ato administrativo; toda atuação que extrapolasse esse limite seria considerada como desrespeito ao princípio da separação dos poderes<sup>383</sup>.

Ao se examinarem as alterações pelas quais o Estado passou, precipuamente no que concerne à ingerência deste em distintos setores da vida social, constata-se que o controle judicial da atividade pública precisa de novos parâmetros. Com o tempo, houve a expansão dos limites de atuação da atividade administrativa, decorrente da mudança de relação do cidadão com o Estado, cenário que ocasionou a necessidade de se aprimorar a atuação administrativa, com mais eficiência e eficácia<sup>384</sup>.

Em tal contexto, o controle judicial dos atos administrativos, anteriormente restrito à avaliação da legalidade desse ato no âmbito do direito administrativo, foi estendido para o controle da constitucionalidade dos atos administrativos. O Poder Judiciário, além de analisar a legalidade desse tipo de ato, para examinar a conformidade com as regras jurídicas, poderia passar a investigar a juridicidade desse ato, examinando sua conformidade com os preceitos afetos à administração pública<sup>385</sup>.

Não se concebe, então, a administração pública desvinculada de “cânones legais”<sup>386</sup>, de parâmetros de conduta; se assim ocorresse, as ações realizadas por agentes públicos não possuiriam validade jurídica, tornando-se, dessa forma, ineficazes.

A motivação dos atos administrativos tanto propicia transparência à atividade administrativa acerca das razões de fato e dos fundamentos jurídicos das decisões, quanto possibilita o autocontrole pela própria administração, sem prejuízo do controle por outros poderes estatais, mormente pelo Poder Judiciário<sup>387</sup>. Embora não restem dúvidas sobre o poder da administração pública de anular ou revogar os atos que pratica, ainda ecoam críticas e interrogações quando se reflete a respeito da intervenção jurisdicional em atividades administrativas, pois alguns veem com certa preocupação o poder do Judiciário no julgamento dos atos administrativos<sup>388</sup>.

O entendimento adequado é que os atos administrativos, contanto que reflitam o exercício de função tipicamente administrativa, sejam

---

<sup>383</sup> MORAES, 1999, p. 12.

<sup>384</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>385</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>386</sup> MAGELA; MENESES, 2003, p. 25.

<sup>387</sup> MACHADO, 1999, p. 212.

<sup>388</sup> MACEDO, 2007, p. 89.

emanados do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário, precisam sofrer algum tipo de controle, a fim de assegurar que a atuação dos entes públicos ocorra em consonância com as normas referentes a cada poder e a cada instituição.

O controle de tais atos pode ser efetivado por meio de instrumentos prescritos pela Constituição. Nesse contexto, o Ministério Público tem significativo papel, porque é de sua competência fiscalizar os atos administrativos, em cumprimento ao disposto no art. 129 do texto constitucional – pode tanto instaurar inquérito civil, solicitar investigações, reprimir atos de improbidade administrativa, quanto denunciar autoridades públicas por delitos cometidos no exercício de suas funções e resguardar interesses difusos e coletivos.

Ademais, a lei, objetivamente, atribui às instituições públicas o poder-dever de controlar os atos advindos pela administração pública, prerrogativa a qual não pode ser denegada sob pena de ocorrer a punição de quem deixar de se manifestar. O controle abarca não só a identificação como a correção dos atos ilegais, mas também daqueles que não satisfazem ao interesse público.

Ainda na aplicação do Sistema de Controle Jurisdicional dos atos administrativos, observa-se restrição do poder do Judiciário, ao qual compete o exame da legitimidade e da legalidade desse tipo de ato, caso contrário transgrediria o princípio da independência dos poderes<sup>389</sup>. Para preservar tal independência, o Poder Judiciário não deve cientificar-se de atos políticos e legislativos, conquanto possua atribuição constitucional para investigar todos os atos que possam atentar contra as normas vigentes e os preceitos constitucionais.

Segundo Magela e Meneses<sup>390</sup>,

Ao Poder Judiciário incumbe prestar providências de intervenção nos litígios instaurados. Proclama-se na *Lex Legum* que nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação dos órgãos judiciários (art. 5º, XXXV, CF/88). Esse enunciado expressa o princípio da inafastabilidade da prestação da tutela jurisdicional.

No controle da administração pública, o Poder Judiciário exerce a tarefa de Estado-Juiz a que se submete o Estado-Administrativo.

Uma ordem legal que não contemplasse formas de controle da administração pública, por meio do Judiciário, não residiria nos quadrantes jurídicos. Seria, escancaradamente, contrária à ideia do direito.

<sup>389</sup> MEIRELLES, 2005, p. 55.

<sup>390</sup> MAGELA; 2003, p. 25.

Desse modo, está o Judiciário apto a exercer o controle judicial, anulando atos ilegais praticados pelos outros poderes, desde que seja para isso provocado mediante instrumentos processuais legais. Ele não deve, entretanto, perquirir a oportunidade e a conveniência de tais ações, limitando-se a analisar a legalidade ou a possível lesão a patrimônio público ou a interesses coletivos.

Os atos administrativos não podem ser suscetíveis de sofrer revisões ilimitadas. Se assim sucedesse, haveria a afronta aos princípios da separação dos poderes, atingindo especialmente atos advindos do Poder Executivo. Desse modo, não compete ao Judiciário julgar a justeza do ato administrativo ou da penalidade atribuída – mérito do ato –, de competência exclusiva da autoridade administrativa<sup>391</sup>.

### 5.6.2 Controle judicial dos atos *interna corporis* do Legislativo

O tema da apreciação judicial da conduta do Legislativo tem suscitado polêmica e até constrangimento entre juristas, parlamentares, membros dos tribunais superiores e estudiosos. Muitos ainda recorrem à ideia de que a atuação dos poderes do Estado brasileiro se pauta na independência, na soberania, e que, por isso, não caberia a interferência de um poder, no caso o Judiciário, sobre outro – o Legislativo.

No entanto, há cada vez mais defensores do controle judicial sobre o procedimento legislativo; os que assim se posicionam argumentam que não pode haver uma ordem legal que não contemple a fiscalização de algumas práticas legislativas. Há<sup>392</sup> certos atos que, devido a sua natureza, seu fundamento, sua origem e seu objetivo, subordinam-se a uma apreciação especial por parte do Judiciário – os atos políticos, os legislativos e os *interna corporis*. Tal distinção tem permitido que outros autores os considerem afastados do controle judicial, o que é inapropriado, porque a apreciação da Justiça somente se efetiva com respeito aos motivos ou ao meio processual adequados.

Ao se utilizar tal linha de raciocínio, constata-se, então, a legitimidade de que se arvora o Judiciário para julgar a competência das casas legislativas e a ilegalidade, a infringência regimental e a inconstitucionalidade dos atos internos, sem, contudo, prender-se ao conteúdo destes, por serem de prática exclusiva do Legislativo.

<sup>391</sup> MACEDO, 2007, p. 91.

<sup>392</sup> MEIRELLES, 1999, p. 638.

Outros argumentos também poderiam ser apresentados para corroborar o instituto do controle judicial sobre os atos *interna corporis* do Poder Legislativo. Quando se permite que agentes públicos ajam em seu livre arbítrio, sem julgar seus efeitos sobre a sociedade e o Estado, corre-se o risco de violar três preceitos básicos do Estado democrático de direito<sup>393</sup>.

O primeiro deles consiste no princípio de acesso à Justiça como direito fundamental<sup>394</sup>; o Estado brasileiro acata o monopólio da jurisdição do Poder Judiciário, exceto no que respeita ao processo de *impeachment* – nele o Legislativo age como órgão jurisdicional. Ao se negar ao cidadão o direito de impetrar mandado de segurança, quando se julga titular de direito líquido e certo, fere-se um preceito constitucional.

O segundo diz respeito à noção de supremacia da Constituição. Segundo o *caput* do art. 102 da Carta Magna de 1988<sup>395</sup>, compete ao Supremo Tribunal Federal (STF) ser o guardião da Lei Maior. Para atuar em conformidade com a disposição da Constituição, assiste ao STF, como tribunal constitucional, conferir racionalidade às decisões do poder público – incluso aí o Legislativo<sup>396</sup>. Deduz-se, assim, que não há questão de ingerência de um poder sobre outro, porém tão somente o respeito a uma norma legal preconizada pela Carta Maior do Estado nacional.

Por último, aponta-se a obediência ao princípio da publicidade como forma de garantir a consolidação do conceito de Estado democrático de direito. Assim, aceitar o comportamento de um núcleo de poder no Legislativo sem qualquer fiscalização feriria tal princípio, pois os legisladores revogariam a si o direito de determinar qual matéria discutida no Parlamento configuraria ou não ato *interna corporis*. Seriam igualmente os julgadores de si, bem como examinariam a conformidade de sua conduta com a lei ou o regimento<sup>397</sup>. O caminho, se assim percorrido, reflete afronta tanto à Constituição quanto à preservação da ordem democrática.

Dessa maneira, o Supremo Tribunal Federal, amparado na prerrogativa a ele atribuída pela CF/88 – a de ser tribunal constitucional – tem julgado favoravelmente ao demandante diversos processos questionando a legalidade e a legitimidade de atos praticados no

---

<sup>393</sup> PINTO.

<sup>394</sup> Constituição Federal de 1988, art. 5º, XXXV.

<sup>395</sup> *Ibid.*

<sup>396</sup> *Ibid.*, art. 102, *caput*.

<sup>397</sup> *Ibid.*

procedimento legislativo. A seguir, transcrevem-se alguns votos com a decisão do Plenário:

- MS nº 20.257/DF, relator – ministro Moreira Alves: Considerou o mandado de segurança cabível, com relação à proposta que contraria cláusula pétrea, pois a vedação constitucional se dirige ao processamento da lei ou da emenda constitucional. Frisou, entretanto, que a legitimidade para impetrar o mandado é apenas do parlamentar<sup>398</sup>;
- MS nº 21.131/DF, despacho do ministro Néri da Silveira: reconheceu o direito subjetivo de parlamentares, na tramitação de projeto de lei infraconstitucional, de votarem regularmente projeto de lei de diretrizes orçamentárias<sup>399</sup>;
- RE nº 78.836/CE: “[...] reconheceu a legitimidade ativa de presidente de tribunal de contas estadual para impetrar segurança [sic] contra atos do governador e da assembleia, ditos como ofensivos à competência do tribunal<sup>400</sup>”;
- MS nº 21.642/DF, ministro Celso de Mello: admitiu como titulares do poder de agir em sede jurisdicional somente os próprios membros do Congresso Nacional, reconhecendo-lhes o direito justo e certo à correta observância da disciplina jurídico-constitucional. Asseverou que não cabia a particular o direito subjetivo de supervisionar o procedimento de formação de atos legislativos<sup>401</sup>.

O mesmo órgão, entretanto, também desconheceu da mesma espécie de pleito, quando não se tratava de ofensa a direito subjetivo ou de mandado de segurança impetrado por outros que não fossem congressistas. Comprovam essa postura os votos que seguem:

- MS nº 22.503/DF, Geraldo Brindeiro, procurador-geral da República: desconheceu a prerrogativa dos parlamentares de se insurgirem contra o procedimento legislativo sempre que entendessem que se feriu certa norma regimental<sup>402</sup>;
- MS nº 20.257/DF, relator – ministro Moreira Alves: mandado de segurança indeferido, por inexistir inconstitucionalidade no ato da Mesa do Congresso que “[...] admitiu a deliberação de

<sup>398</sup> SAMPAIO, 2004, p. 278.

<sup>399</sup> QUEIROZ FILHO, 2001, p. 83.

<sup>400</sup> *Ibid.*, p. 85.

<sup>401</sup> *Ibid.*, p. 88.

<sup>402</sup> SAMPAIO, 2004, p. 288.

proposta de emenda constitucional que a impetração alega ser tendente à abolição da república [sic]<sup>403</sup>;

- MS nº 21.303 AgR/DF, relator – ministro Octávio Gallotti: desconheceu do mandado de segurança contra ato de comissão da Câmara dos Deputados, que tendia a possibilitar a adoção da pena de morte, por meio de plebiscito, por “falta de legitimidade ativa do requerente, por falta de ameaça concreta a direito individual, particularizado em sua pessoa”<sup>404</sup>.

Verifica-se, pela análise dos diferentes votos, que o controle judicial dos atos internos do Poder Legislativo tem encontrado respaldo nas decisões do STF acerca da matéria, desde que respeitadas as condições de legitimidade do direito a ser demandado.

Desse modo, entende-se como legítima e necessária a ampliação da análise e do julgamento de atos internos do Congresso Nacional, uma vez que se tornou anacrônico o questionamento que indaga possível excessiva ingerência do Judiciário em questões afetas aos outros poderes, principalmente ao Legislativo, o que configura o fenômeno de judicialização da política.

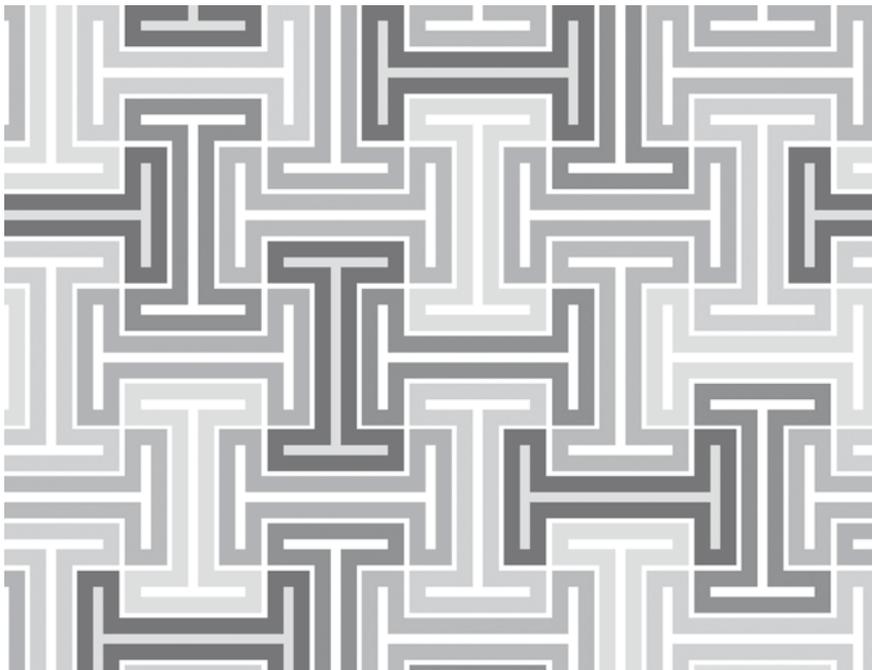
O que se necessita perseguir é a garantia dos princípios extraídos da Constituição, segundo os quais a apreciação judicial de normas regimentais não fere os preceitos democráticos, quando essas normas prejudicam direito individual e subjetivo. Deve-se tão somente atentar a que as decisões do STF não interfiram na independência entre os poderes preconizada pela teoria de Montesquieu.

---

<sup>403</sup> SAMPAIO, 2004, p. 275-276.

<sup>404</sup> *Ibid.*, p. 274.

CONCLUSÃO



“Ao poder, a primeira coisa que se diz é ‘não’. Não por ser um ‘não’, mas porque o poder tem de ser permanentemente vigiado. O poder tem sempre tendência para abusar, para exorbitar.”

José Saramago

Uma sociedade firmada na justiça e na liberdade foi um dos pressupostos de Montesquieu ao criar a Teoria da Tripartição de Poderes. Para alcançar esse ideal, o pensador defendeu a ideia de que o poder fosse dividido em três; legislativo, executivo e judiciário. No entender de Montesquieu, o ser humano era falível e passível de cometer erros em nome do egoísmo, da ganância, do abuso de poder.

Pela teoria, deveria haver um poder que criasse as leis, um que as executasse e um que julgasse delitos e litígios. Só que, para que essa tripartição resultasse na liberdade política, era necessário que os poderes convivessem em harmonia, em equilíbrio, com cada um deles cooperando com o outro e exercendo funções típicas de sua atividade no Estado. Assim, poder-se-ia estabelecer tanto a racionalidade administrativa quanto a legitimidade da função política. Esse pensamento originou a noção de Estado democrático de direito, cujo principal fundamento consiste na presença dos três poderes independentes e harmônicos.

Outra pressuposição era que a atuação de cada poder deveria ser ilimitada, ou seja, um poder não poderia desrespeitar o outro nem interferir nele; caso contrário, a consequência poderia ser a instalação da tirania e do despotismo. O que se observou, entretanto, é que era necessária alguma forma de controle dos atos oriundos de cada poder, a fim de que não extrapolasse as atribuições a ele designadas nem se instaurasse o desequilíbrio com um dos poderes se sobrepujando a outro.

Instituiu-se, então, o sistema de “*checks and balances*” (ou “freios e contrapesos”), cuja função era limitar o poder para que se pudessem monitorar os atos do Legislativo, do Executivo e do Judiciário e evitar que atitudes políticas baseadas em demagogias e impulsos pudessem ser efetivadas e prejudicar o bem-estar comum e o adequado funcionamento do Estado democrático de direito.

Não se pode negar que a tripartição de poderes do Estado e esse sistema de controle conduzem à administração mais democrática e justa das normas e dos haveres da sociedade. Assim, assiste a cada poder o direito de se comportar do modo que melhor lhe aprouver e julgar correto e apropriado ao desempenho de suas funções.

Todavia, não podem os agentes públicos, sejam eles do Executivo, sejam do Legislativo, agir ou decidir por interesses individuais ou

político-partidários, sob pena de desrespeitar ou afrontar a Constituição do Estado.

Assim, na contemporaneidade, a função controladora definiu novos enfoques, quando a administração pública teve revistos seus sistemas de atuação. Essas perspectivas advieram da evolução das sociedades, da função política, das demandas dos cidadãos e, sobretudo, da inadequada atuação dos poderes.

No Brasil, adotou-se a Teoria da Tripartição de Poderes, com cada um deles exercendo funções específicas: o Executivo deve assegurar o atendimento às necessidades básicas dos cidadãos consoante a legislação. O Legislativo, por sua vez, elabora e altera as normas, cumprindo os interesses da comunidade, ao passo que ao Judiciário cabe resolver conflitos, aplicando a lei e decidindo conforme ela.

À medida que o Executivo e o Legislativo passaram a agir, em alguns casos, contrariamente ao bem comum, o Judiciário passou a ser provocado para analisar e julgar decisões dos outros poderes, desencadeando o fenômeno qualificado de “judicialização da política”, quando se imiscui e julga atos das casas legislativas.

Tal situação foi reforçada com a promulgação da Constituição de 1988, pois ocorreu a expansão das instituições judiciais, com novos procedimentos e funções, com significativa mudança do papel do Poder Judiciário na democracia nacional. O controle de constitucionalidade dos atos normativos constitui um dos mais relevantes exemplos do controle do Legislativo pelo Judiciário. O Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Judiciário, como guardião da Constituição, desempenha sua atribuição de corte constitucional, com o dever de garantir o cumprimento e o respeito a preceitos constitucionais.

O termo judicialização da política foi bem explicado e primeiramente definido por Vallinder. Para esse jurista, a expressão indica a ação de tribunais no que concerne à análise e ao julgamento, com apoio na legislação e no sistema de “freios e contrapesos”, dos atos do Executivo e do Legislativo. Nesse contexto, ocorre a disseminação do poder judicial com a inequívoca relação entre política e direito. Há transferência de competências sobre decisões legislativas para juízes e ministros.

Sob o âmbito normativo, o termo corresponde ao dever legal de que dado assunto seja apreciado jurisdicionalmente, para que seja solucionado. Designa também o crescimento da atuação do sistema judicial, como processo político e social. A politização da justiça (outro nome para o fenômeno) deriva da expansão do Poder Judiciário na tomada de decisões na atual democracia brasileira.

A judicialização da política não configura tendência, no sistema judicial nacional, mas um modo de agir corroborado pelo sistema político e pela sociedade. Alguns julgados do STF demonstram isso, pois têm concedido *habeas corpus* e mandados de segurança os quais têm impactado o Legislativo. Tal postura se verifica ainda no aumento do procedimento judicial sobre atos emanados das comissões parlamentares de inquérito e do conselho de ética das casas legislativas. Em tais decisões se incluem aquelas referentes a atos *interna corporis* do Congresso Nacional.

Durante muito tempo, polemizou-se acerca do controle judicial sobre atos *interna corporis* do Legislativo, pois muitos consideravam serem eles impenetráveis, inquestionáveis. Argumentava-se que, caso o Judiciário apreciasse e decidisse em matérias essencialmente internas ao órgão, ele estaria se sobrepondo à soberania do Congresso nessas questões e desrespeitaria o princípio fundamental da independência dos poderes em assuntos de exclusiva alçada destes.

Tais procedimentos, contudo, não podem fugir à obediência às leis maiores e ao princípio da legalidade, sempre que causarem dano a direito subjetivo – público ou privado. Nesse sentido, estão sujeitos ao controle judicial – representante do Estado democrático de direito constituinte da República Federativa do Brasil.

Sempre que algum ato administrativo – como os *interna corporis* – estiver em dissonância com o sistema legal e os dogmas constitucionais, acarretando prejuízos à sociedade e à paz social, esta ação é passível de ser julgado pela justiça, consoante o que dita o art. 5º da CF. Em tais casos, o Judiciário é dotado de poderes para verificar qualquer litígio instalado – essa postura é denominada como “inafastabilidade do controle judicial dos atos administrativos”.

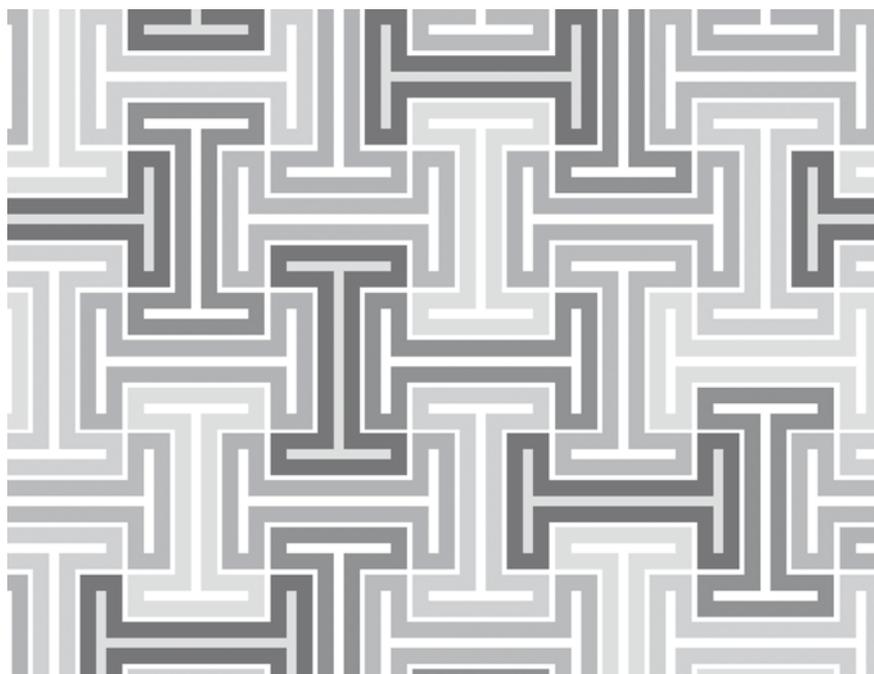
Desse modo, a judicialização da política encontra respaldo em preceitos constitucionais e a atuação do STF em casos concretos relacionados a atos internos do Congresso Nacional tem o condão de representar o dever de garantir o respeito ao ordenamento jurídico (legitimidade) e a guardar as normas insculpidas na Carta Magna brasileira.

A relevância do tema e a sua atualidade pressupõem que o estudo não se esgota neste trabalho, nem é essa a pretensão dele. O debate, a polêmica, as divergências enriquecem o exame da matéria e têm o intuito de resguardar o equilíbrio, a harmonia e a independência entre os poderes sem, contudo, afastar a prestação jurisdicional em assuntos concernentes à legitimidade do processo político.



Padre Antonio Vieira, em *Obras escolhidas*, diz que “As varas do poder, quando são muitas, elas mesmo se comem, como famintas sempre de maiores postos”.

REFERÊNCIAS



ALBUQUERQUE, J. A. Guilhon. **Os clássicos da política**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ALMEIDA, Vicente Paulo de. Ativismo judicial. **Revista Jus Navigandi**, 18 jul. 2011.

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

ARISTÓTELES. **Política**. [S.l.: s.n.], 2000.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023**: Informação e Documentação – Referências – Elaboração. Rio de Janeiro: ABNT, 2000.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARBOSA, Ruy. **Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Consultor Jurídico**, 22 dez. 2008.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: por uma teoria geral da política**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

\_\_\_\_\_. **Locke e o direito natural**. 2. ed. Brasília: EdUnB, 1997.

BORGES, Danielle da Costa Leite; UGÁ, Maria Alícia Dominguez. As ações individuais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: características dos conflitos e limites para a atuação judicial. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 10, n. 1, mar./jul. 2009.

BRASIL. Análise dos códigos de ética apresentados pelas câmaras municipais e assembleias legislativas à luz do Decreto-Lei 201/67 e do Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara Federal. **I Encontro Nacional sobre Ética e Decoro Parlamentar**. Brasília: [s.n.], 2003.

\_\_\_\_\_. Câmara Municipal de Paracatu. **Processo legislativo**. Disponível em: <<http://www.camaraptu.mg.gov.br/portal/mapa/artigos-importantes/processo-legislativo>>. Acesso em: 23 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados**: instituído pela Resolução nº 25, de 2001. Brasília: Cedi/Coordenação de Publicações, 2002.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados**: aprovado pela Resolução nº 17, de 1989, e alterado pelas Resoluções nos 1, 3 e 10, de 1991; 22 e 24, de 1992; 25, 37 e 38, de 1993; 57 e 58, de 1994; 1, 77, 78 e 80, de 1995; 5, 8 e 15, de 1996; 33, de 1999; e 11, de 2000. 5. ed. Brasília: Coordenação de Publicações, 2000.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2010.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Lei n. 9.882**, de 3 de dezembro de 1999.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n. 11.417**, de 19 de dezembro de 2006.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Regimento Comum**: Resolução do Congresso Nacional nº 1, de 1970, com as alterações posteriores publicadas até 2010, incluindo a legislação conexa (leis, decretos legislativos, decretos, resoluções, atos dos Presidentes das Mesas das duas Casas do Congresso Nacional, dos Presidentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados e da Mesa do Senado Federal, decisões da Presidência e parecer versando sobre assuntos relativos ao funcionamento do Congresso Nacional). Brasília: Congresso Nacional, 2011.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. Senado Federal. **Regimento Interno do Senado Federal**: Resolução do Senado Federal nº 93, de 1970, publicado em conformidade com a Resolução do Senado Federal nº 18, de 1989, consolidado com as alterações decorrentes de emendas à Constituição, leis e resoluções posteriores, até 2010. Brasília: Senado Federal, 2011. v. 1.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**. Brasília: STF, 2012.

CALAMANDREI, Piero. Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados. 4. ed. [s.n.]: Clássica, 1971.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. 2

CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas. **Separação dos poderes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: S. A. Fabris Ed., 2007.

CANOTILHO, José Joaquim G. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra, 1994.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Gradiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Estado de direito**. Lisboa: Gradiva, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Reimpressão em 1999. Porto Alegre: S. A. Fabris Ed., 2001, 1993.

CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. Ativismo judicial em crise. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2137, 8 maio 2009.

CARVALHO NETO, Ernani Rodrigues. **Revisão abstrata da legislação e a judicialização da política no Brasil**. Tese apresentada ao Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo no Programa de Pós-Graduação em Ciência Política. São Paulo, 2005.

CASTRO, Marcos Faro. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 12, n. 34, jun. 1997.

CÍCERO. **Da República**. São Paulo: Nova Cultural, 2001.

COSTA, Hekelson Bitencourt Viana da. **A superação da tripartição de poderes**. Monografia apresentada como requisito para conclusão do Curso de Pós-Graduação “Lato sensu” em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. Brasília, 2007.

COSTA, Leonardo C.; TERIN, Vitor J. Tripartição dos poderes. **Revista Intertemas**, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Do mandado de segurança**. São Paulo: Edusp, 1974.

CRISTO, Maurício Cardoso e Alessandro. Judiciário está maduro para usar poder político. **Jus Brasil Notícias**, 4 maio 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DEUTSCH, Karl. **Política e governo**. Brasília: EdUnB, 1979.

ENTERRIA, Eduardo Garcia; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Rev. Tribunais, 1990.

FALCONE, Marcone. **Justiça constitucional**: o caráter jurídico-político das decisões do STF. São Paulo: Ed. Método, 2008.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil: uma visão geral. **Rev. Eletr. Fac. Direito da PUC**, São Paulo, p. 1-55, jul. 2007.

FINLEY, M. I. **O legado da Grécia**: uma nova avaliação. Brasília: EdUnB, 1998.

FUNÇÕES típicas e atípicas dos poderes: a unidade do poder, independência e harmonia entre os poderes e a indelegabilidade de funções. **Direitonet**. 26 jan. 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/resumos/exibir/27/funcoes-tipicas-e-atipicas-dos-Poderes>>. Acesso em: 21 jun. 2013.

GARVEY, John H.; ALEINTKOFF, T. Alexander. **Modern constitutional theory**: a reader. St. Paul: West Publishing, 1991.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2164, 4 jun. 2009.

GUERRA, Gustavo Rabay. O papel político do Judiciário em uma democracia qualificada: a outra face da judicialização da política e das relações sociais. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia** v. 4, p. 1-19, 2008.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez?**: o outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010.

LIMA, Máriton Silva. A função jurisdicional e o Poder Judiciário no Brasil. **Revista Jus Navegandi**, abr. 2007.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. São Paulo: Vozes, 1994.

MAANEN, John Van. Reclaiming qualitative methods for organizational research: a preface. **Administrative Science Quarterly**, v. 24, n. 4, Dec. 1979.

MACEDO, Cristiane Branco. **A legitimidade e a extensão do controle judicial sobre o processo legislativo no Estado Democrático de Direito**. 2007. 235 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

MACHADO JÚNIOR, Agapito. A legitimidade do Poder Judiciário e a função de corte constitucional do Supremo Tribunal Federal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 965, 23 fev. 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. Motivação dos atos administrativos e o interesse público. **Revista Ajufe**, Fortaleza, 1999.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política/Cedec**, São Paulo, n. 57, p. 113-133, 2002.

MAGELA, Geraldo; MENESES, Silva. Limites ao poder jurisdicional na perspectiva do direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 40, n. 159, jul./set. 2003.

MALMESBURY, Thomas Hobbes. **O leviatã** ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2006.

MARTINEZ, Vinício C. Estudo de direito político. **Revista Urutágua: Revista Acadêmica Multidisciplinar**, Maringá, n. 6, abr./maio/jun./jul. 2005.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Evolução histórica da estrutura judiciária brasileira. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, v. 1, n. 5, set. 1999.

MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. Judicialização da política e a crise do direito constitucional. **Revista de Direito do Estado**, v. 3, n. 10, p. 125-142, abr./jun. 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Curso de direito administrativo brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso de. **Discurso**. Solenidade de posse do Presidente STF Gilmar Mendes, em 23/4/2008. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 21 out. 2011.

MONTESQUIEU, Barão de Secondat. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**: garantia suprema da Constituição. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Germana de Oliveira. **O controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA, Guilherme Henrique Martins. O controle de constitucionalidade durante o processo legislativo. **Revista Via Jus**, Porto Alegre, 6 out. 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Interferências entre poderes do Estado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 103/13, 1989.

NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**: ensaio sobre as alternativas da modernidade. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: Rev. Tribunais, 2002.

NUNES, Castro. **Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do Poder Público**. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

OLIVEIRA, André Pinto de Souza. A teoria da tripartição dos poderes no âmbito dos controles difuso e concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos pátrios. **Jus Navigandi**, mar. 2007.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de. **O Poder Judiciário brasileiro após a Constituição de 1988**: existe uma judicialização da política? Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2002.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos do governo pela jurisdição**. São Paulo: Rev. Tribunais, 2004.

PAIXÃO, Leonardo André. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito do Estado, 2007.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Ed., 1989.

PINTO, Cristiano Paixão Araújo. O controle dos atos “interna corporis” do Legislativo. **Correio Braziliense**, Brasília, [s.d.].

PLATÃO. **República**. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição de 1967**. 2. ed. São Paulo: Rev. Tribunais, 1970, Tomo III.

QUEIROZ FILHO, Gilvan Correa de. **O controle judicial dos atos do poder legislativo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

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

RIBEIRO, Antônio de Pádua. O Judiciário como poder político no século XXI. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 14, n. 38, jan./abr. 2000.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

RUSSO, Diogo de Assis. A teoria da inconstitucionalidade por arrastamento. **Jus Brasil**, 7 ago. 2008.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS. Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. **O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão**. São Paulo: Rev. Tribunais, 1991.

\_\_\_\_\_. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil: uma visão geral. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC**. São Paulo, jul. 2007.

SILVA FILHO, Derly Barreto. **Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Osmar José da. Poder político e direito: juridicidade do poder político, evolução histórica e doutrinária, regulação jurídica do poder político. **Doutrina PR/GO**. 2011. Disponível em: <<http://www.prgo.mpf.gov.br/doutrina/OSMAR-10.htm>>.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Freios e Contrapesos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SOARES, José de Ribamar Ribeiro. **Ativismo judicial no Brasil: o Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política.** Tese apresentada como requisito para obtenção do título de Doutora ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Política do Instituto de Estudos Sociais e Políticos da UERJ. Brasília, 2010.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. **Lições de direito administrativo I.** São Paulo: Lex Ed., 2000.

SOUZA, Sandra Elisa Pereira; ALENCAR, Jucinete Carvalho de; BASTOS, Iolanda Lúcia Gonçalves. Os princípios de governo, a natureza das leis e a tripartição de poderes segundo Montesquieu. **Governo e Política**, 23 out. 2009.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power.** New York: New York Univ. Press, 1995.

TEIXEIRA, Ariosto. **A judicialização da política no Brasil (1990-1996).** Dissertação apresentada ao Departamento de Ciência Política do Instituto de Ciência Política e Relações Internacionais da Universidade de Brasília para obtenção do título de Mestre em Ciência Política. Brasília, dezembro de 1997.

\_\_\_\_\_. **Decisão liminar: a judicialização da política no Brasil.** Brasília: Plano Ed., 2001.

TEIXEIRA, Francisco Dias. O Ministério Público e o poder. **Boletim Científico/ESMPU**, n. 7, 2003.

TEIXEIRA, José Elaeres Marques. **A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal.** Porto Alegre: S. A. Fabris Ed., 2005.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal.** Curitiba: Juruá. 2009.

VASCONCELOS, Justino. Advocacia e relacionamento com a Magistratura e o Ministério Público. **VI Conferência Nacional da OAB**, Salvador, 1978.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **O controle do devido processo legislativo pelo Supremo Tribunal Federal.** Belo Horizonte: [S.n.], 2002.

\_\_\_\_\_. O Poder Judiciário como poder político no Brasil do Século XXI. In: **Estudos em homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel.** São Paulo: Saraiva, 2001.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça**: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: EdUnB, 1991.

WIEGERINCK, João Antonio. Tripartição do poder: o balanço entre harmonia e independência. **O Consultor Jurídico**, 27 nov. 2005.

Conheça outros títulos da Edições Câmara no portal da Câmara dos Deputados:  
[www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/edicoes](http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/edicoes)

