

**UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE
FACULDADE DE DIREITO**

WENDEL BENEVIDES VIEIRA

**A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, A POLITIZAÇÃO DO PODER
JUDICIÁRIO E SEUS EFEITOS SOBRE A SEGURANÇA INSTITUCIONAL
DO BRASIL**

São Paulo

2020

WENDEL BENEVIDES VIEIRA

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, A POLITIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO
E SEUS EFEITOS SOBRE A SEGURANÇA INSTITUCIONAL DO BRASIL

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Presbiteriana Mackenzie,
como requisito parcial para a obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Ana Flávia
Messa

São Paulo

2020

WENDEL BENEVIDES VIEIRA

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, A POLITIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO
E SEUS EFEITOS SOBRE A SEGURANÇA INSTITUCIONAL DO BRASIL

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Presbiteriana Mackenzie,
como requisito parcial para a obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Aprovado em: ____ / ____ / ____

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Ana Flávia Messa
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Professor membro da banca

Professor membro da banca

Dedico este trabalho a todos que contribuíram direta ou indiretamente em minha formação acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que contribuíram no decorrer desta jornada, e especialmente:

A Deus, pela vida, saúde e disposição que permitiu a realização deste trabalho.

A minha família, pelo apoio nos estudos e pela força nesta jornada.

A orientadora Profa. Ana Flávia Messa que teve papel fundamental na elaboração deste trabalho.

Aos amigos de faculdade, e de maneira muito especial a Luiza e Thainá, pela amizade, pela força e pelo carinho durante a caminhada do curso.

RESUMO

Trata-se de uma análise crítica do fenômeno da judicialização da política, da politização do Poder Judiciário e os efeitos que são produzidos sobre a estrutura institucional do Estado brasileiro sob a ótica da Constituição de 1988. O grande objetivo destas páginas é a discussão sobre o protagonismo que o Poder Judiciário brasileiro ganhou nas últimas décadas, servindo como arena política decisória diante os demais Poderes da República. Busca-se compreender a origem e os fatores causais de tal protagonismo, e entender como o mesmo afeta a atuação pública e a organização das instituições.

Constituinte de 1988 desenhou o Estado brasileiro adotando como princípio fundamental a teoria da separação de poderes e a aplicou de maneira preponderante, porém, ao mesmo tempo, também consagrou no texto constitucional diversos fatores que prejudicam a harmonia e a independência destes poderes. Tais fatores criam possibilidades de inserção de questões políticas dentro de um ambiente puramente técnico para a apreciação de agentes estatais que não possuem função política.

Diante de tais fatores que deturpam a ideal aplicação da teoria da separação de poderes, que acabam por produzir um cenário de protagonismo do Poder Judiciário, que passa a ter que decidir causas políticas se amparando muitas vezes em discricionariedade que inova no ordenamento jurídico, busca-se analisar os efeitos que tais fenômenos produzem nas instituições estatais brasileiras.

ABSTRACT

It is a critical analysis about the concept of judicialization of politics, the politicization of the Judiciary Power and about the effects that are produced on the institutional structure of the Brazil, from the perspective of the Brazilian Constitution. The main objective of these pages is the discussion about the protagonism of the Brazilian Judiciary Power has gained in the last decades, making political decisions. This text seeks to understand the origin and the factors of this protagonism, and understand how it affects the public administration and the organizations of Brazilian institutions.

The Brazilian Constitution build one State that adopted the fundamental principle of theory of the separation of powers, but in the same time adopted factors that harm the harmony and the Independence of these powers. This factors create many possibilities of the insertion of political issues in technical courts, with judges of without political competence.

In the face of this factors, which distort the ideal application of the theory of separation of powers, which produce a scenario of protagonism of the Judiciary Power, it seeks to analyze the effects of the judicialization of politics and the politicization of the Judiciary Power produce in the Brazilian institutions.

SUMÁRIO

CAPÍTULO I - SEPARAÇÃO DE PODERES: É NECESSÁRIA UMA RELEITURA?	9
I.I - Aspecto histórico	10
I.II – Aspecto Material: Conteúdo Tradicional	12
A) – Divisão funcional	12
B) – Divisão orgânica	13
C) – Independência e harmonia	15
I.III – Aspecto Estrutural	16
A) – Trata-se de um princípio jurídico?	16
B) - Trata-se de um princípio fundamental?	17
I.IV – Análise contemporânea do Princípio da Separação de Poderes	18
A) Harmonia e cortesia recíproca	18
B) – Órgãos de Controle da administração pública	19
C) – Desenvolvimento histórico e equilíbrio	21
CAPÍTULO II – A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	23
II.I – Contexto da Judicialização da Política e sua relação com o ativismo judicial	23
II.II – Judicialização da Política	26
A) – Conceito	26
B) – Fatores e características	27
C) – Análise crítica	32
CAPÍTULO III – A POLITIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO	35
III.I – Magistrados são agentes políticos?	35
III.II – A Politização do Poder Judiciário	36
CAPÍTULO IV – EFEITOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DA POLITIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO	38
IV.I – Efeitos Sociais	38
IV.II – Efeitos Jurídicos	40
IV.III – Efeitos Políticos	42
IV.IV – Efeitos Institucionais	43
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	45

CAPÍTULO I - SEPARAÇÃO DE PODERES: É NECESSÁRIA UMA RELEITURA?

Um dos aspectos mais básicos com que nos deparamos quando estudamos a estrutura política do Estado liberal moderno é a presença do princípio da separação de poderes. Tal conceito foi concebido como reação a uma estrutura de concentração de poderes nas mãos de um só ente estatal, que rotineiramente costumava cometer excessos e arbitrariedades em suas decisões, assim desrespeitando direitos individuais e submetendo a sociedade a recorrentes episódios de despotismo.

O princípio da separação de poderes surge no contexto destas preocupações, onde a sociedade e diversos grupos tinham que lidar com constantes abusos do ente estatal. Seu surgimento representa um considerável avanço civilizatório no sentido de que, ao combater a tirania de Estado, o mesmo possibilitou o surgimento de importantes documentos de defesa dos direitos individuais, também chamados de direitos de primeira geração, como é o caso da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Com a aplicação deste princípio, os atores políticos e as instituições perceberam que, neste contexto de um Estado com poderes cindidos, em que o exercício da função de legislar, de formular e aplicar políticas públicas e de garantir a prestação jurisdicional, estão distribuídos a diferentes atores e instituições, frequentemente a atuação estatal se tornava refém de políticas descoordenadas e de embates entre estes atores e instituições que, conseqüentemente, não atuavam de maneira eficiente.

Diante deste cenário, o questionamento sobre a necessidade de uma releitura se faz necessário, uma vez que tais políticas descoordenadas e os embates entre estes atores prejudicam a atuação estatal na sociedade, gerando assim casos de omissão e ineficiência que não deveriam existir.

O descompasso da atuação dos Poderes da República, e os choques que a atuação política faz com que esses poderes tenham entre si, têm sido fatores que contribuem com a realidade de um Estado omissivo e ineficiente em diversos aspectos, que não cumpre com seus papéis constitucionais e legais e que, por consequência, é motor de iniquidades dentro da sociedade. Essas consequências alimentam a necessidade do debate sobre a releitura da organização e separação dos poderes.

I.I - Aspecto histórico

Inicialmente, é necessária a compreensão da concepção e desenvolvimento histórico da proposta de separação de poderes. Admite-se que o primeiro autor a conceituar de maneira direta e específica as múltiplas facetas do exercício das competências estatais foi Aristóteles (384 a.C. – 322 a.C.) que, tendo como base textos anteriores a ele que já evidenciavam a necessidade de se dividir as funções estatais, como na obra *A República* de Platão (428 a.C. – 348 a.C.), tratou de conceitua-los.

Aristóteles, na obra *A Política*, admite a necessidade desta separação acontecer em três órgãos diferentes, e denominou-lhes como Poder Deliberativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, assim iniciando a corrente tripartite de divisão de atribuições estatais. Na concepção aristotélica, cabia ao Poder Judiciário o exercício da função jurisdicional do Estado, ao Poder Executivo, a função de exercício dos poderes necessários para a administração do Estado e ao Poder Deliberativo, a função de cuidador dos negócios do Estado.

Séculos adiante, já diante das mudanças políticas e sociais do contexto da Revolução Gloriosa na Inglaterra (1688 – 1689), que marcou o fim do antigo regime absolutista naquele país, o filósofo John Locke (1632 – 1704) publicou sua obra *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*, que também sustenta a ideia de separação de poderes em uma lógica tripartite, sendo estes o Poder Legislativo, Poder Executivo e o Poder Federativo. No conceito de Locke, caberia ao Poder Federativo o cuidado relativo as relações internacionais, ao Poder Executivo a aplicação das leis e ao Poder Legislativo, manifestado na figura de um parlamento, a função de legislar.

Locke vai mais adiante, em sua lógica, o Poder Legislativo seria um poder superior aos demais, uma vez que, segundo ele, a função de formular as leis é superior ao de mera execução destas, assim rompendo com a ideia de equilíbrio entre os poderes. Na prática, tal divisão colocaria nas mãos de um monarca os Poderes Executivo e Federativo, uma vez que ambos exigem o domínio de uma força armada, porém estariam submetidos ao cumprimento das leis formuladas por um parlamento (Poder Legislativo) eleito.

O pensamento liberal que profundamente influenciou o trabalho de Locke é o mesmo que inspirou a edição e adoção da Declaração de Direitos de 1689 (mais famosa pelo nome de sua forma estatutária: *Bill of Rights of 1689*) e inaugurou o sistema monárquico parlamentarista inglês, também conhecido como sistema Westminster.

Outro pensador a descrever tal ideia, e que ganhou mais notoriedade por isso, foi Montesquieu (1689 – 1755), que em sua obra *O Espírito das Leis*, escrita no contexto da queda do absolutismo na França revolucionária da segunda metade do século XVIII, tornou o conceito da separação de poderes um elemento básico e um dogma do Estado liberal moderno. Este, natural de um período de contestação e crítica a concentração de poderes nas mãos de um único ator político, propõe uma cisão entre os poderes do Estado e sua atribuição a diferentes instituições, sendo que estas não devem se subordinar entre si, mas somente a uma Carta de preceitos básicos, a Constituição.

Nos termos das ideias construídas por Montesquieu, o poder do Estado deveria ser dividido em três, sendo estes o Poder Executivo, responsável pela administração pública e implemento de políticas públicas, o Poder Legislativo, a quem é atribuído o poder de formular as leis e o Poder Judicial (ou Judiciário na ótica moderna) a quem é atribuído a função de prestação jurisdicional.

Na medida em que o Iluminismo francês se espalhou pelo mundo ocidental, suas ideias de combate as tiranias estatais e de uma nova estruturação de um Estado democrático-constitucional se fizeram presentes em importantes cartas da época, como é o caso da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e da Constituição norte-americana, de 1781, documentos que garantiram liberdades individuais frente as arbitrariedades que eram comuns na era absolutista.

Essa disseminação das ideias iluministas e liberais atingiram com força o Brasil, e influenciaram muito nas ideias presentes na outorgada Constituição de 1824, do então nascente Império brasileiro. Porém, essa Carta Magna acabaria inovando ao adotar a teoria de separação de poderes descrita pelo pensador Benjamin Constant (1767 – 1830) que, diferentemente de Aristóteles, John Locke e Montesquieu, propunha uma separação em quatro poderes diferentes, rompendo assim com a lógica tripartite construída. Seriam estes o Poder Legislativo, formado por um Parlamento que teria a função de formular as leis, o Poder Judiciário, que teria a função de prestação jurisdicional, o Poder Executivo, formado por um Conselho de Ministros, que mesmo que apontados pelo monarca, seriam membros do Parlamento e, finalmente, o Poder Moderador, sendo que este último seria exercido pelo próprio monarca.

Essa lógica, presente na Constituição Brasileira de 1824 e na Constituição Portuguesa de 1826, ambas outorgadas por D. Pedro I, confere ao Poder Moderador, ou seja, ao monarca em pessoa, a função de neutralidade, na qual deve balancear, proteger e restringir eventuais excessos, assim evitando choques entre os poderes mais ativos. Tal

pensamento difere completamente das lógicas anteriores, que, nas monarquias constitucionais, atribuíam ao monarca o poder executivo, que por sua vez o transferia a um gabinete eleito pelo Parlamento para que o exerça em seu nome. Porém, após a Proclamação da República no Brasil em 1889, o país passa a adotar o modelo tripartite formulado por Montesquieu.

Por fim, quando se analisam os processos históricos que resultaram na formulação da teoria da separação de poderes, e seus contextos, podemos concluir que tal teoria possui uma finalidade, o combate a tirania de Estado. Em todos os processos históricos citados, existia uma latente preocupação com a superação do dogma absolutista que, durante séculos, produziu diversos episódios de despotismo.

Historicamente, os conceitos de Democracia e de Estado-Democrático de Direito estão intimamente ligados com a teoria de separação de poderes, uma vez que a divisão de poderes possibilitou a limitação dos poderes aristocráticos do antigo regime e a gradual participação de camadas mais populares na política. Atualmente, é impossível conceber uma ideia de Estado liberal moderno e democrático sem a adoção da teoria da separação de poderes.

I.II – Aspecto Material: Conteúdo Tradicional

A) – Divisão funcional

Observando a aplicação concreta do princípio da separação de poderes, construído e consolidado ao longo da história por diversos pensadores, conclui-se que o aplicado atualmente no Brasil é a teoria segundo a concepção de Montesquieu, que adota uma lógica tripartite na divisão funcional das funções do Estado.

Nos termos desta concepção, o Estado tem a função de legislar, que é a função de se construir um ordenamento de regras abstratas que regulamentarão os direitos e deveres dos cidadãos, a forma de exercício destes direitos e deveres, os limites da atuação do poder estatal e seus deveres e prerrogativas.

Tal função é de suma importância para a sociedade, uma vez que a própria Constituição dita, em seu artigo 5º, inciso II, que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (princípio da legalidade). Dada a necessidade de leis para o exercício ou vedação de atos, cabe somente ao poder público a edição destas normas abstratas. Existem autores que atribuem ao Poder Legislativo

também a função de fiscalizar, dada a existência dos tribunais de contas, que são órgãos que, apesar de autônomos, o auxiliam neste sentido.

Já a função de administração direta, implementação de políticas públicas e a realização de atos que buscam a satisfação do interesse público são reservados a outro órgão público. Apesar deste ter que seguir estritamente o que é determinado em lei, seja esta lei uma limitação da sua atuação ou uma obrigação de prestação de determinado serviço, a atuação em si é uma responsabilidade que é dada a um poder específico. Somente o cabe ao Poder Executivo a realização destes atos, uma vez que somente ele tem legitimidade para realizá-los, nos termos da Constituição.

Por fim, uma vez que a lei confere ao Estado o monopólio da violência e lhe atribui a função de manutenção da ordem pública, acaba por, ao mesmo, incumbir-lhe a responsabilidade de prestação jurisdicional. Essa prestação jurisdicional se traduz na aplicação das regras abstratas, construídas pelo poder que tem a função típica de legislar, e cabe a um terceiro poder.

Esse poder jurisdicional atribui a seus integrantes o dever de atuar, analisar e decidir a respeito das controvérsias que lhe são trazidas, nos termos das leis abstratas que regulamentam um processo de análise dos casos. Para que esse poder possa realizar sua função de forma isenta, independente, técnica e de acordo com os princípios constitucionais, o mesmo deve ser exercido por um poder separado dos poderes que legislam e administram. Nestes termos funcionam os poderes estatais de legislar, administrar e julgar e uma vez estabelecidas as funções básicas do Estado, existe a necessidade de se dividi-las, para se evitar a concentração de poderes e os problemas derivados.

B) – Divisão orgânica

Na concepção de Montesquieu, e seguindo a lógica tripartite por ele proposta, o Estado é dividido em três poderes diferentes, que terão funções diferentes e serão realizados por pessoas diferentes, porém tal divisão foi realizada de maneira predominante, uma vez que cada um destes poderes possui funções típicas e funções atípicas.

Também deve-se atentar que o Brasil adota o modelo federativo de Estado e, portanto, os poderes públicos regionais e locais também estão submetidos a essa divisão

de poderes, onde também a própria Constituição Federal estabelece as competências da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

Nesta lógica, cabe ao poder legislativo formular e construir um ordenamento jurídico, por meio de leis, que regimentarão a vida em sociedade, os limites da atuação do poder público e suas obrigações ativas sendo estas suas funções típicas, mas que em determinadas situações estabelecidas em lei, este poder terá a responsabilidade de exercer as funções atípicas de administrar e de prestação jurisdicional.

No âmbito da União, o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que adota o sistema bicameral, ou seja, é formado por duas casas, sendo estas o Senado Federal, que exerce o papel de câmara alta e é formado por representantes eleitos nos Estados, e a Câmara dos Deputados, que exerce o papel de câmara baixa e é formada por representantes do povo brasileiro.

No âmbito Estadual, o Poder Legislativo é exercido apenas por uma casa em cada Estado, as Assembleias Legislativas, formadas por representantes eleitos dentro da circunscrição dos respectivos Estados. Já na esfera municipal, o mesmo é exercido pelas Câmaras Municipais, que são compostas por representantes eleitos nas circunscrições dos respectivos Municípios. De mesmo modo acontece no Distrito Federal, onde o Poder Legislativo é exercido pela Câmara Legislativa, que é composta por representantes eleitos na circunscrição do mesmo.

Por sua vez, o Poder Executivo, que tem como função típica a administração pública direta e implementação de políticas públicas, no âmbito da União, é concentrado na Presidência da República, que pode nomear Ministros de Estado e demais agentes públicos para assessorá-la e auxiliá-la. O Presidente da República é eleito diretamente em eleições nacionais.

Na esfera estadual, o Poder Executivo está centrado no cargo de Governador, que é eleito na circunscrição do respectivo Estado, e, da mesma forma que o Presidente da República, nomeia Secretários Estaduais para assessorá-lo. De modo semelhante acontece nos âmbitos municipais com os Prefeitos e no Distrito Federal com o Governador do Distrito Federal.

Quando se trata do Poder Judiciário, a organização é diferente uma vez que este poder se divide em órgãos da justiça especial (Justiça do Trabalho, Justiça Eleitoral e Justiça Militar) que possuem circunscrições próprias no território nacional, e da justiça comum (Justiça Federal e Estadual). A justiça comum é formada pelos órgãos da justiça estadual e federal.

No tocante a justiça federal, esta possui circunscrições próprias, mas no caso da justiça estadual, os Juízes de Direito atuam na primeira instância, os Tribunais de Justiça Estaduais e Distrital atuam nas circunscrições dos Estados e do Distrito Federal como tribunais de segunda instância, o Superior Tribunal de Justiça (que também atende causas da Justiça Federal) atuam como terceira instância e o Supremo Tribunal Federal atuam como quarta e última instância de todos os órgãos da justiça comum e da justiça especial.

Observando esse complexo sistema, nota-se que na estrutura do Poder Judiciário, não existem tribunais municipais, uma vez que determinadas Varas da justiça estadual podem abranger diversos municípios.

Nestes termos, observa-se que o constituinte se preocupou com a aplicação do princípio da separação de poderes em todos os entes da federação, ressalvadas as particularidades da estrutura do Poder Judiciário, reafirmando assim a importância de tal princípio.

C) – Independência e harmonia

Uma vez definida a necessidade de se separar os poderes do Estado e as funções de cada um destes, importante ressaltar a necessidade de uma atuação independente e harmônica entre os mesmos.

Uma vez estabelecida a independência dos poderes, a atuação harmônica é fundamental para a realização das obrigações do poder público, visando uma performance que, ao mesmo tempo que é desconcentrada (para se evitar excessos e arbitrariedades) busca cumprir com suas obrigações. Existe todo um complexo normativo que visa a construção de um sistema que atue de maneira harmoniosa, dada a necessidade de atuação conjunta entre os poderes para a diária atuação estatal, que é o sistema de freios e contrapesos, que visa o controle de atos exorbitantes por parte de um poder em detrimento de outro.

Também deve-se considerar que é impossível promover a independência absoluta entre os poderes, como bem explica Marçal Justen Filho:

No entanto, a independência absoluta de cada Poder geraria situações de impasse. Se cada Poder fosse absolutamente independente, seria difícil promover uma situação harmônica entre eles. Surgiriam conflitos insuperáveis, especialmente porque é inviável que cada Poder exerça um único tipo de função. (JUSTEN FILHO. 2014. p.117).

Dentro destas limitações, o princípio da separação de poderes tem sido aplicado no tocante a independência e harmonia.

I.III – Aspecto Estrutural

A) – Trata-se de um princípio jurídico?

Analisando a composição nas normas jurídicas, no contexto do constitucionalismo moderno, nota-se a presença e a força normativa dos princípios jurídicos. Neste mesmo sentido, a Constituição Federal adotou uma série de princípios jurídicos que passaram a servir como normas norteadoras no tocante a organização do Estado.

Observa-se que o conceito de separação de poderes se encaixa como um princípio jurídico ao se analisar o conceito deste último descrito por Ana Flávia Messa, em suas palavras:

É mandamento nuclear do sistema, alicerce e base do ordenamento jurídico, que define a lógica e a racionalidade do sistema, dá tônica e harmonia para o sistema, traçando rumos a serem seguidos pela sociedade e pelo Estado. Os princípios consagram ideias fundamentais e informadoras da organização jurídica da nação que funcionam como linhas mestras para coerência geral ao sistema. (MESSA. 2016. p.137).

O conceito de separação de poderes, descrito no artigo 2º da Carta fundamental da República, integra o rol de princípios jurídicos constitucionais uma vez que representa uma regra indispensável na estruturação do Estado brasileiro. Em verdade, graus de aplicação deste princípio podem ser encontrados nas estruturas do todo Estado liberal moderno, tornando nítido o caráter principiológico deste.

Estruturalmente, a aplicação de tal princípio tornou-se condição para a existência de outros princípios, como a democracia e o Estado Democrático de Direito devido a sua importância.

Qualquer sociedade que busque impedir qualquer arbitrariedade estatal se vale desta regra para o fazê-lo, a fim de se garantir os direitos dos indivíduos que formam a coletividade, o qualificando assim como princípio jurídico, e não somente como regra mutável ou descartável no tocante a organização do Estado.

B) - Trata-se de um princípio fundamental?

Uma vez pacificado que a lógica da separação de poderes é um princípio jurídico, constituindo norma que traça limites e direções na estrutura do Estado no tocante a distribuição de funções e vedação de arbitrariedades, resta a indagação sobre se o mesmo se trata de um princípio fundamental na ordem jurídica.

Inicialmente, ao nos depararmos com a própria estrutura da Constituição Federal, já é possível encontrar uma resposta, uma vez que o constituinte decidiu por incluir o artigo 2º da Carta Magna, que descreve precisamente a separação dos poderes da República, no título, que é reservado aos princípios fundamentais.

Somente esse fato já indicaria que a característica de princípio fundamental deste conceito, porém, o constituinte também optou por elevar o princípio da separação de poderes no ordenamento jurídico, dando-lhe o status de cláusula pétrea da Constituição Federal, conforme disposto no artigo 60, parágrafo 4º, inciso III, desta.

Tal disposição torna impossível a supressão ou exclusão do princípio da separação de poderes por emenda constitucional, fazendo com que o mesmo permaneça obrigatoriamente como princípio fundamental que deve ser respeitado devido o caráter imprescindível do mesmo para a formação de um Estado liberal que defenda direitos individuais e não cometa arbitrariedades.

Ademais, o princípio da separação de poderes figura como princípio fundamental uma vez que serve de alicerce para toda uma organização da sociedade sendo uma ideia herdada do constitucionalismo antigo, nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Clara está na Antiguidade a ideia de que, na organização política, deve haver uma divisão do poder, a fim de prevenir ou dificultar o abuso. Isto é, como instrumento de limitação do poder. [...] em muitos casos, essa divisão visa a estabelecer um equilíbrio de forças, com noutros, tem por objetivo estabelecer um contrapoder, que bloqueie ações inconvenientes ou abusivas. Nestas hipóteses, é visível que se procura estabelecer um sistema de freios e contrapesos. (FERREIRA FILHO. 2015. s/p).

Dada a importância que tal princípio detém no tocante a organização do Estado e na proteção de direitos individuais, e devido ao fato de que o próprio constituinte o classificou como princípio fundamental na organização da Carta fundamental, conclui-se que o mesmo detém caráter de princípio fundamental diante do ordenamento jurídico.

I.IV – Análise contemporânea do Princípio da Separação de Poderes

A) Harmonia e cortesia recíproca

Posta a estrutura dos Poderes da República, e uma vez claras as suas funções e origens, observa-se que é necessária a composição de uma organização harmônica entre estes, de maneira que o Estado possa cumprir com suas obrigações de maneira coerente e eficiente.

Uma vez estabelecida a divisão dos poderes, cabe a Constituição Federal também estabelecer os limites da atuação de cada um deles, além da forma de como se dá a fiscalização recíproca que os mesmos deverão exercer. Também conhecido como sistema de freios e contrapesos, tal estrutura normativa permite que os poderes fiscalizem e controlem eventuais excessos cometidos. Esse sistema de controle recíproco é de extrema importância uma vez que lhe cabe, além de vedar excessos, coibir a usurpação de competências ou ilegalidades.

Tal sistema se baseia em normas constitucionais que normatizam os procedimentos de atuação e fiscalização como, por exemplo, quando o Poder Judiciário declara uma lei como inconstitucional, este se utiliza deste mecanismo como freio e contrapeso de um excesso cometido pelo Poder Legislativo, coibindo um ato exorbitante deste último. Outro exemplo claro é o poder de veto que a Presidência da República detém no que concerne a projetos de lei aprovados pelo Poder Legislativo, lembrando que esse veto não é absoluto, podendo ser derrubado por este último. Além destes, cumpre também mencionar o processo de impeachment, que é julgado pelo Senado Federal sob a presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal. Estes são apenas exemplos de um complexo sistema que busca garantir a igualdade, independência e harmonia entre os poderes.

Uma vez que ao poder público só é permitido atuar nos termos estabelecidos em lei, qualquer ato ilegal representa um excesso, e deve ser coibido, se não pelo próprio órgão emissor, pelos outros. Tal sistema permite a recíproca fiscalização, e é submetido a uma pressão maior devido ao fato que a teoria de separação de poderes é aplicada apenas de maneira predominante, e não de maneira absoluta, uma vez que cada poder exerce funções típicas e atípicas.

Essa aplicação de maneira predominante se dá pelo fato de que a própria Constituição Federal dita situações onde o Poder Legislativo, que possui a função típica de legislar e fiscalizar, também exerça a função atípica de administrar e julgar, assim

como o Poder Executivo, que tem a função típica de administrar, exerça a função atípica de legislar e julgar, e também as situações onde o Poder Judiciário, que detêm a função típica de julgar, exerça a função atípica de administrar e legislar. Nas palavras de Luiz Roberto Barroso:

A independência orgânica demanda, na conformação da experiência presidencialista brasileira atual, três requisitos: (I) uma mesma pessoa não poderá ser membro de mais de um Poder ao mesmo tempo, (II) um Poder não pode destituir os integrantes de outro por força de decisão exclusivamente política¹⁰⁸; e (III) a cada Poder são atribuídas, além de suas funções típicas ou privativas, outras funções (chamadas normalmente de atípicas), como reforço de sua independência frente aos demais Poderes. (BARROSO. 2019. p.182).

Devido a esse fato, que demonstra a possibilidade de um poder ter a função legal de outro, mesmo que de maneira atípica e regulamentada em lei, é atribuído ao sistema de freios e contrapesos maior importância para coibir excessos e ilegalidades.

Essa própria aplicação predominante, e não absoluta, do princípio se traduz em uma flexibilização do mesmo, que torna mais complexo o ordenamento responsável pelo controle recíproco dos poderes e pela harmonia entre os mesmos.

B) – Órgãos de Controle da administração pública

Dentro da lógica implementada pelo princípio da separação de poderes no Brasil, e diante do fato de que o mesmo é aplicado de maneira predominante, conferindo funções típicas e atípicas aos poderes constituídos, e uma vez constatada a impossibilidade de uma aplicação absoluta, cumpre destacar que ainda existem órgãos dentro da administração pública que ainda não se encaixam nesta simples definição tripartite, que são os órgãos que exercem as funções estatais de controle de constitucionalidade e de controle das atividades estatais e privadas, como bem aponta Marçal Justen Filho, que precisamente dita:

Há pelo menos duas funções desempenhadas pelo Estado contemporâneo que não encontram solução satisfatória no âmbito da tripartição clássica dos poderes. São elas o *controle de constitucionalidade dos atos normativos* e o *controle da regularidade das atividades estatais e privadas*. A tendência é de que essas funções sejam desempenhadas por estruturas autônomas, não integradas na organização de outros poderes. (JUSTEN FILHO. 2014. p.118).

Essas funções não se enquadram na concepção clássica da teoria da separação de poderes pelo fato de que os pensadores que a formularam não haviam inserido o controle de constitucionalidade e o controle das atividades como uma função direta do Estado.

O exame de admissibilidade de atos do Estado com as regras dispostas na Constituição Federal, no caso brasileiro, pode ser exercido por qualquer magistrado, na hipótese de controle difuso de constitucionalidade, e pelo Supremo Tribunal Federal, na hipótese de controle concentrado de constitucionalidade, mas esta segunda hipótese não guarda relação direta com a função jurisdicional típica do Poder Judiciário, assim portanto, não se deve confundir as duas funções, uma vez que o ato de controle abstrato não se enquadra na lógica de resolução de conflitos.

Já com relação a ação da administração pública que abrange o controle da regularidade das atividades estatais e privadas, os autores da teoria clássica de separação de poderes não previram a necessidade da existência de órgãos dotados de autonomia para a fiscalização da atuação pública e privada. Instituições como o Ministério Público e os Tribunais de Contas se fizeram como fundamentais para esse controle, deixando claro que a fiscalização recíproca dos poderes, que tem origem da teoria clássica, seria insuficiente para tal.

Alexandre de Moraes comenta esse novo papel atribuído ao Ministério Público, em suas palavras:

Esta opção do legislador constituinte em elevar o Ministério Público a defensor dos direitos fundamentais e fiscal dos Poderes Públicos, alterando substancialmente a estrutura da própria Instituição e da clássica teoria da Tripartição de Poderes, não pode ser ignorada pelo intérprete, pois se trata de um dos princípios sustentadores da teoria dos freios e contrapesos de nossa atual Constituição Federal.(MORAES. 2020. p.453).

Cumpra também ressaltar a autonomia conferida aos Tribunais de Contas para que possam exercer sua função de maneira isenta e nos termos da lei. Nesta medida, observa-se que estas duas instituições são exemplos de órgãos de controle que não estão diretamente subordinados a nenhum dos Poderes da República, e assim evidenciam a não aplicação absoluta da teoria clássica do princípio da separação de poderes no contexto atual do país.

C) – Desenvolvimento histórico e equilíbrio

O princípio da separação de poderes, desde sua criação, previa uma igualdade e harmonia entre os poderes, uma vez que a maioria dos pensadores, ressalvada a teoria formulada por Locke, previam que nenhum dos poderes poderia se colocar acima dos demais. Desde o período de início da contestação do absolutismo, até os dias atuais, a tarefa de construção de um sistema equilibrado passou por diversos períodos e processos históricos que acabaram por favorecer a atuação de um poder em detrimento dos demais.

O início da contestação do antigo regime absolutista se dá em meados do século XVIII, onde a forte influência do pensamento iluminista faz com que a Inglaterra se depare com um fortalecimento gradual do seu regime parlamentarista, criado no período pós Revolução Gloriosa (1688 – 1689), em detrimento do poder real.

Paralelo a isso, a monarquia absolutista francesa acaba sendo deposta durante a Revolução Francesa (1789 – 1799), fazendo com que a França se depare com a subida de uma república secular que era controlada por uma Assembleia Legislativa. As ideias iluministas deste período acabaram por estabelecer um certo protagonismo do Poder Legislativo sobre os outros poderes, marcando um certo desequilíbrio.

Já no período posterior, nos séculos XIX e XX, é possível notar-se um maior protagonismo do Poder Executivo sobre os demais, uma vez que neste período podemos notar o nascimento do presidencialismo e do federalismo com a consolidação dos Estados Unidos da América, que adota um sistema que centraliza o Poder Executivo nas mãos de um presidente eleito. Tal modelo foi amplamente adotado nos países formados pelos movimentos de independência da América espanhola e, posteriormente, pelo Brasil com a proclamação da República. Vale a pena citar também os movimentos totalitaristas fascistas e as ditaduras do século XX, onde há um absoluto império do Poder Executivo, que ditou, deliberadamente, os rumos de muitas nações durante esse período, inclusive no Brasil, com dois períodos de grande preponderância dos poderes da Presidência da República, sendo estes o período do Estado Novo (1937 – 1945) e da Ditadura Militar (1964 – 1985).

Com a redemocratização e o advento da Constituição Federal de 1988, o país vive o maior período de estabilidade institucional, porém começa a se deparar com a ascensão e envolvimento do Poder Judiciário em diversos cenários diferentes. A atual organização do Estado brasileiro coloca o Poder Judiciário como poder que detêm a responsabilidade de fazer valer o disposto na Carta fundamental do país.

Os sucessíveis casos de corrupção das últimas décadas somadas a ineficiência do Estado em proporcionar os serviços públicos colocaram em xeque a confiança da sociedade brasileira em instituições políticas como o Poder Executivo e Legislativo, fazendo com que a estrutura e condição formada arraste um poder formado por agentes técnicos e não eleitos para a resolução de decisões políticas, mais uma vez comprometendo o equilíbrio de um sistema pautado pela busca de independência e harmonia entre as três instituições.

Diante deste quadro histórico, conclui-se que o sistema de tripartição de poderes, idealizado na antiguidade e desenvolvido durante os últimos três séculos ainda encontra deficiências no que concerne aos mecanismos de limitação de atribuições e de manutenção da igualdade e que, por consequência, enfrenta dificuldades na busca de uma atuação estável que fortaleça as instituições e possibilite a ideal e eficiente atuação do poder público.

CAPÍTULO II – A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

II.I – Contexto da Judicialização da Política e sua relação com o ativismo judicial

Tratando especificamente sobre o contexto do surgimento do fenômeno de judicialização da política, de rigor antes caracterizarmos o surgimento do Estado Constitucional de Direito. Dadas as mudanças históricas trazidas a partir da Revolução Francesa, que marcou a transição da transferência de poderes das mãos de um monarca, característica básica do Estado absolutista, para o império da lei, que é norma abstrata formulada por uma assembleia, cumpre destacar que a preocupação com as arbitrariedades estatais não foi a única presente dentro deste sistema. Uma vez que o poder foi desconcentrado e preservadas as garantias fundamentais, o decorrer da história mostrou que essas não deveriam ser as únicas soluções a serem apresentadas pelo poder estatal.

O Estado Liberal mostrou-se insuficiente uma vez que não assegurava direitos sociais que garantiriam o exercício da cidadania pela parte mais vulnerável da população. O desenrolar das revoluções industriais e as mudanças econômicas e sociais que elas trouxeram abriram espaço para o surgimento dos direitos sociais, também chamados de direitos de segunda geração. Os direitos sociais buscam o amparo desta parcela mais vulnerável da população que não consegue garantir o mínimo existencial e, por tanto, não possui meios de exercer a cidadania.

Estes direitos diferem muito dos direitos individuais, uma vez que a manutenção destes últimos depende exclusivamente de normas que contenham excessos que eventualmente eram praticados pelo poder estatal, sendo apenas normas proibitivas, que vedavam atos. Já as normas que tenham como objetivo a manutenção dos direitos sociais são normas positivas, que criam obrigações e vinculam o Estado a prestar assistência a partes da população em situação de vulnerabilidade, assim garantindo o mínimo existencial e o exercício da cidadania.

Dentro deste contexto, com a finalidade de se garantir igualdade entre os direitos individuais e as garantias sociais, os direitos sociais também foram constitucionalizados, assim vinculando o Estado com essas obrigações prestacionais ativas. A partir desse momento, cabe ao poder público não apenas coibir seus excessos no tocante a violação aos direitos individuais dos cidadãos, mas também cabe a esse garantir, por meio de políticas públicas, as mínimas condições materiais de existência, assim possibilitando o exercício da cidadania.

Deste modo nasce o Estado Constitucional de Direito que, no período pós Segunda Guerra Mundial (1939 – 1945), passou a se preocupar com direitos de primeira geração, que se tratam da manutenção das garantias fundamentais individuais, e de segunda geração, que abrangem os direitos sociais que lhe conferem a obrigação de garantir um mínimo existencial as populações mais vulneráveis, marcando uma nova etapa no que concerne ao papel constitucional.

Essa mudança histórica nas características constitucionais é bem explicada nas palavras de Luiz Roberto Barroso, que dita:

E, na sequência histórica do Estado de direito tradicional, já na segunda metade do século XX, desenhou-se uma nova formatação estatal, sob o signo das Constituições normativas. É possível identificar, assim, ao longo dos últimos quinhentos anos, três modelos institucionais diversos: o Estado pré-moderno, o Estado legislativo de direito e o Estado constitucional de direito. Em cada um desses períodos, reservou-se para o Direito, para a ciência jurídica e para a jurisprudência um papel específico. (BARROSO. 2019. p.239).

Tal mudança, que caracterizou o nascimento do Estado Constitucional, acabou por centralizar no Poder Judiciário uma espécie de papel de “guardião da Constituição”, uma vez que a cabe a figura do tribunal constitucional a obrigação de aplicar as normas constitucionais. O nascimento do Estado Constitucional de Direito representa uma das grandes conquistas da humanidade, sendo duas as suas principais qualidades, o Estado de Direito e o Estado Democrático.¹

Nestes termos, conclui-se que o Estado Constitucional, que nasceu na segunda metade do século XX, e que se faz presente hoje, garantindo direitos individuais e sociais por meio de leis e normas constitucionais, teve que se adaptar a características constitucionais mais antigas, como a separação de poderes, que mesmo aplicada de maneira predominante, ainda é uma das ideias basilares na organização das instituições. Em contraste a necessidade de equilíbrio que a separação de poderes necessita para funcionar, o Estado Constitucional aumenta a importância da atuação do Tribunal Constitucional.

Outro fator a ser considerado é a relação da judicialização da política com o ativismo judicial, sendo que muitos autores relacionam ambos os fenômenos, chegando até a considerar que a judicialização da política é uma espécie de ativismo judicial, o que se mostra como impreciso, como mostrado por Carolina Scherer Bicca, em suas palavras:

¹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36ª edição. São Paulo – SP. Atlas. 2020.

Mesmo aqueles autores que identificam a judicialização da política como uma espécie de ativismo judicial, conforme dimensionado por alguns autores acima mencionados, equivocam-se quando o fazem de forma geral, pois apenas algumas condutas do Judiciário podem ser consideradas ativistas em tal seara, sendo necessário, pois, que se delimite que tipo de decisão merece referido tratamento. (BICCA. 2012. p.11).

Em verdade, não existe uma única e clara definição do que é judicialização da política, uma vez que não existe um consenso claro entre os autores que expressa de maneira uniforme todos os elementos que tal fenômeno evoca. Porém, não se deve confundir ambos os fenômenos uma vez que o ativismo judicial é uma característica unicamente do Poder Judiciário, pois é característica de atos praticados por seus membros, já a judicialização da política é uma característica que envolve toda a estrutura institucional do país, sendo, por vezes, até estimulada pelo desenho institucional que a Constituição Federal impôs.

Outra diferença clara entre ambos os fenômenos é que o ativismo judicial é caracterizado pelo alto grau de discricionariedade das decisões de magistrados e Tribunais, enquanto a judicialização da política não necessariamente apresenta essa característica, uma vez que pode o magistrado, ou o tribunal, decidir casos puramente políticos se valendo da lei, ou de dispositivos presentes da própria constituição, que conta com uma alta carga principiológica que garante os membros do Poder Judiciário para tomar tal posição.

De certo que a instauração do Estado Constitucional de Direito também abriu caminho para o ativismo judicial, uma vez que este também trata da hipertrofia dos poderes atribuídos ao Poder Judiciário, que acaba ocupando espaços do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

Cumprido esclarecer também, em sintonia com o exposto do texto de Carolina Scherer Bicca (2012), que a judicialização da política e o ativismo judicial não acontecem por uma espécie de ambição dos membros do Poder Judiciário, mas sim por uma necessidade que este poder tem de cumprir seu exercício de defensor e guardião da Constituição frente a omissão e ineficiência da atuação dos poderes políticos.

Deste modo, o ativismo judicial, por mais que acabe gerando outros problemas como insegurança jurídica ou uma não uniformidade jurisprudencial, uma vez que é caracterizado por uma discricionariedade por parte de magistrados e tribunais, não merece ser confundido com a judicialização da política.

II.II – Judicialização da Política

A) – Conceito

Judicialização da política é um fenômeno que se faz cada vez mais presente desde a promulgação da Constituição de 1988 e tem se mostrado cada vez mais explícito. Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a definição de judicialização da política:

Entende-se por judicialização da política a tendência a atribuir, ou submeter, aos tribunais judiciários a decisão de mérito a respeito de ações administrativas ou normas obrigatórias. Ou seja, decisões "políticas", porque concernentes ao interesse da comunidade. (FERREIRA FILHO. 1996. p.189).

Tal definição se mostra como muito precisa, uma vez que se trata de uma tendência que não foi criada de propósito pelo constituinte de 1988, uma vez que a Carta Magna também consagra o princípio da separação de poderes que, mesmo aplicado de maneira preponderante, ainda se encontra como princípio fundamental no desenho das instituições brasileiras, tratado inclusive como cláusula pétrea pela constituição, assim vedando a sua reforma através de emendas constitucionais.

Trata-se de uma inclinação que o atual desenho institucional, quando somado a características próprias da Constituição Federal, ao ativismo judicial presente nos tribunais, a ideia de supremacia do Poder Judiciário e a desconfianças da sociedade e do próprio constituinte e da atuação dos poderes políticos, acaba por possibilitar a expansão da responsabilidade do Poder Judiciário, fazendo com que este acabe por ter que decidir a respeito de causas políticas.

É uma espécie de hipertrofia do Poder Judiciário, que o coloca como instituição central na atuação pública. A judicialização da política se descola da atuação do Poder Judiciário, que antes detinha o papel de órgão aplicador de normas jurídicas, para uma atuação de órgão criador de normas jurídicas ou aplicador das mesmas.

Deste modo, tal fenômeno transforma o Poder Judiciário em uma espécie de órgão responsável pela chancela da atuação política, decidindo, e frequentemente inovando, a respeito de matérias que, originariamente, precisavam ser submetidas aos outros poderes, mas que, seja por omissão ou por algum empasse na situação política, não foram submetidas a esses órgãos.

B) – Fatores e características

Existe um complexo conjunto de fatores da estrutura institucional do Estado brasileiro que contribuíram para a inserção da política dentro do ambiente do Poder Judiciário. Esses fatores, por vezes únicos no Brasil, acabaram por instaurar uma situação em que o Poder Judiciário ocupa um papel central dentro da dinâmica política no contexto nacional.

Oscar Vilhena Vieira (2008) aponta, de maneira precisa, a presença destes fatores, que seriam, de início, a própria característica da Constituição de 1988, de uma constituição ambiciosa no que se refere aos objetivos sociais e planos de construção de uma sociedade diferente. Segundo Vilhena, o constituinte, seguindo uma tendência internacional observada em constituições como a portuguesa de 1976 ou a sul-africana de 1996, além de inserir no texto constitucional os desenhos institucionais do país, os direitos e garantias fundamentais, inseriu não apenas garantias sociais mínimas, mas sim instrumentos de mudança social que traçam um objetivo a ser alcançado pela sociedade, uma espécie de compromisso que visa um objetivo social, um destino que a sociedade brasileira deve alcançar.

Nestes termos, a constituição não impõe apenas os atuais desenhos da sociedade, mas também desempenha o papel de impor os futuros contornos sociais do país. Essa característica se fez cada vez mais presente em constituições mais jovens, uma vez que o processo de constitucionalização e de instauração do Estado Constitucional de Direito se fez mais presente no período pós Segunda Guerra Mundial.

Esse fator, por si só, já possui diversas causas, mas a mais contundente destas é o surgimento de uma crescente desconfiança das instituições políticas de criarem ferramentas públicas que supram a necessidade de transformação social. Do ponto de vista histórico, essa desconfiança de instituições democráticas se fez muito presente na primeira metade do século XX com regimes autoritários que fecharam arbitrariamente as assembleias que compunham o Poder Legislativo de diversos países do mundo.

Essa ainda presente desconfiança das instituições políticas democráticas persistiu, e somente foi contornada com a constitucionalização destas ferramentas, tal fato coloca nas costas do Poder Judiciário a responsabilidade de fazer com que os demais poderes elaborem políticas públicas que busquem a concretização destes planos do constituinte.

Dentro desta lógica, não estão mais livres os ocupantes das cadeiras do Poder Executivo e membros do Poder Legislativo para elaborarem projetos de governo e pautas

legislativas que supram as vontades populares em suas respectivas situações, uma vez que a própria Carta fundamental do país lhes conferiu a responsabilidade de criar políticas públicas que estejam alinhadas com a visão do constituinte. E, cada vez que algum ato destes poderes não se encontrar neste compasso, acaba por abrir espaço para ser levado para apreciação do Poder Judiciário. Isso acaba por causar um grande aumento da litigiosidade constitucional, e coloca o Poder Judiciário como uma instituição que aprecia situações e litígios puramente políticos.

Essa hipertrofia do texto constitucional, que não atua somente como carta que desenha as instituições e estabelece direitos individuais e sociais, mas também atua como compromisso social, ao colocar nas costas do Poder Judiciário a responsabilidade de decidir sobre causas políticas, fazendo com que o Poder Judiciário, ao cumprir sua missão de guardião da constituição, ocupe espaço que, originalmente, nos termos da composição da ideia de separação de poderes, pertence a outros poderes. Deste modo, se tornam mais frequentes ainda os choques e disputas entre os poderes.

Esse movimento de mudança da atuação do Poder Judiciário teve início com a Constituição de 1988, uma vez que é a partir desta que se constata um aumento gradual de ações que discutiam a constitucionalidade de diversos atos dos outros poderes. Tal fato demonstra não apenas uma característica singular da Carta Magna que afeta a ideia de separação de poderes, mas também demonstra a fragilidade e a falta de confiança nas instituições democráticas que não tem atuado de maneira a satisfazer as demandas da sociedade.

Essa falta de confiança foi expressa pelo próprio constituinte que, ao firmar um compromisso de mudança social no ato da promulgação da Carta Magna, vincula os Poderes Executivo e Legislativo ao seu cumprimento e também vincula o Poder Judiciário, através do papel de tribunal constitucional que tem o Supremo Tribunal Federal, a fiscalizar a atuação destes poderes, de modo que se faça cumprir a visão do constituinte.

Neste atual modelo, além de deturpar de maneira contundente o equilíbrio necessário para a atuação em harmonia desenhada pela ideia de separação de poderes, acaba por causar problemas graves do ponto de vista institucional. Um destes problemas é o fato de que um Poder formado por membros não eleitos acaba ditando as regras sobre a atuação dos membros dos poderes políticos, que são eleitos, assim afrontando o próprio formato de República e de Democracia consagrados pela constituição. Outro problema que se pode encontrar é o envolvimento político dos membros do Poder Judiciário que,

ao se depararem com a obrigação de resolver conflitos puramente políticos, acabam tendo que se utilizar de ideias e conceitos puramente políticos para resolvê-los.

Existem outros fatores que acabam abrindo espaço para a judicialização de questões políticas, um deles, também citado do texto de Vilhena (2008), é a própria ampliação do rol de atores políticos legitimados a propor ações do controle concentrado de constitucionalidade, presente do artigo 103 da Constituição Federal de 1988, não mais concentrando essa legitimidade ao Procurador Geral da República, como no passado. Tal fato acaba por expor o Supremo Tribunal Federal a judicialização de diversos atos políticos, abrindo a possibilidade de atores políticos se utilizarem desta opção de judicialização para fazer valer suas demandas.

Não são raros os episódios em que projetos a serem votados pelo Poder Legislativo acabam sendo levados a apreciação do Poder Judiciário por um grupo político que se opõe ao projeto, alegando sua inconstitucionalidade. Diante disto, grupos políticos, como governo e oposição não se utilizam apenas dos debates nas casas legislativas, coisa comum em qualquer democracia, mas também se utilizam também dessa abertura para utilizarem os tribunais como arena de atuação política, comprometendo aos magistrados a responsabilidade de decidirem sobre uma série de questões políticas se utilizando de suas leituras do que é descrito no texto constitucional.

Tal ato acontece, mesmo diante da presença de etapas legislativas que são específicas para o controle prévio de constitucionalidade dentro do próprio Poder Legislativo, como a necessidade de uma aprovação do mesmo projeto dentro de uma comissão específica que avalia a constitucionalidade, e a atuação judicial do controle de constitucionalidade do Poder Judiciário acaba sendo utilizada como um elemento político que tem sido considerado para a elaboração de um ato, e por vezes, acaba sendo evocado ainda durante o processo legislativo, assim interferindo diretamente na atuação do mesmo. Esse intrincado sistema contribui cada vez mais para a transformação de tribunais em arenas políticas.

Outro exemplo de judicialização da política muito comum acontece quando se impetra mandado de segurança no Supremo Tribunal Federal para se obrigar o Presidente da Câmara dos Deputados a apreciar um pedido de impeachment contra o Presidente da República, quando a doutrina e a própria jurisprudência do Supremo interpretam que o ato discricionário de aceitação e arquivamento do pedido de impeachment não possui prazo legal e é ato *interna corporis*. Essa tentativa de tentar se valer da força dos tribunais para se obrigar o Presidente da Câmara dos Deputados a apreciar um pedido de

impeachment justamente em sua fase política se trata de mais uma tentativa de judicialização da política.

Esses são exemplos do envolvimento que o Poder Judiciário tem tido com relação a questões políticas, e como este tem sido utilizado como arena política no processo decisório de elaboração de políticas públicas e do exercício do ato de legislar, funções que pertencem, originalmente, nos termos da teoria da separação de poderes consagrada na Constituição, a outros Poderes da República.

Uma vez certo de que as próprias características que o constituinte conferiu a Carta fundamental favorecem essa centralidade do Poder Judiciário, características derivadas de uma visão de desconfiança da atuação dos poderes políticos democráticos do próprio constituinte, que, com a finalidade de se consolidar algum grau de segurança social, constitucionalizou essa série de regras.

Outro fator que merece ser explorado, que também se faz presente no texto de Oscar Vilhena Vieira, é o fato de que a Constituição Federal concentrou na figura do Supremo Tribunal Federal, três funções de suma importância, em suas palavras:

A Constituição de 1988, mais uma vez preocupada em preservar a sua obra contra os ataques do corpo político, conferiu ao Supremo Tribunal Federal amplos poderes de guardião constitucional. Ao Supremo Tribunal Federal foram atribuídas funções que, na maioria das democracias contemporâneas, estão divididas em pelo menos três tipos de instituições: tribunais constitucionais, foros judiciais especializados (ou simplesmente competências difusas pelo sistema judiciário) e tribunais de recursos de última instância. (VILHENA. 2008. p. 447).

Tal concentração de poderes nas mãos de um único órgão, que concentra neste a função de órgão de cúpula do Poder Judiciário, é capaz de passar um retrato do quando a arquitetura institucional conferiu a este poder uma espécie de supremacia frente a atuação dos outros poderes. Ao mesmo tempo que o texto constitucional se preocupa em criar instrumentos de controle da atuação política, criando barreiras e entraves com a finalidade de preservar direitos individuais e sociais de um eventual recrudescimento futuro, que seria perpetrado pelas forças políticas, ela não normatiza de maneira clara os limites desse controle da atuação exercida pelo Poder Judiciário.

O próprio tema de interpretação constitucional ganhou muito espaço dentro das discussões do ambiente jurídico nas últimas décadas, uma vez que, dentro do contexto trazido pela Constituição de 1988, a função de interpretação do texto constitucional dada aos ministros do Supremo Tribunal Federal ganhou uma amplitude maior.

A figura da mutação constitucional e as próprias concepções de constituição viva, que deve acompanhar o desenvolvimento e o desenrolar social, de certa forma, resultam em uma menor necessidade de um procedimento formal para mudanças constituição, e como resultado, uma menor atuação do Poder Legislativo no processo reformador da Carta Magna. Essa obrigação acaba por ser parcialmente transferida ao tribunal constitucional, que na lógica brasileira é o Supremo Tribunal Federal, a possibilidade de mudança de regras jurídicas da Carta Magna partindo do uso da liberdade de interpretação que esses magistrados possuem.

Outro exemplo de instrumento que possibilita uma espécie de inflação das atribuições do Poder Judiciário frente aos outros Poderes da República é o mandado de injunção. Tal instrumento é utilizado como forma de se fazer o Poder Judiciário comunicar o Poder Legislativo da ausência de norma jurídica que regulamente determinado direito já garantido no ordenamento jurídico.

O que de fato se contrapõe a visão mais ortodoxa da teoria de separação de poderes é o fato de o Poder Judiciário, buscando resolver o litígio em questão e suprir a omissão do Poder Legislativo regulamentador, inova e dita normas jurídicas que possibilitam o exercício de determinado direito, mais uma vez, se valendo de discricionariedade e de interpretações para inovar no ordenamento jurídico.

Além destes, outro fator que vale a pena mencionar, que vai de encontro com essa lógica, é o próprio controle difuso de constitucionalidade, que atribui a todo magistrado e a todos os tribunais a possibilidade de não aplicar determinadas normas jurídicas, também se valendo de interpretação e discricionariedade da leitura da constituição. Neste caso, essa discricionariedade é amplamente distribuída, e embora não tenha um efeito *erga omnes*, e sim apenas um efeito *inter partes*, a ampla distribuição dessa responsabilidade também colidi com a tradicional leitura da teoria de separação de poderes.

Todas essas possibilidades que o sistema institucional e o ordenamento jurídico constitucional conferiram ao Poder Judiciário criam um cenário que o coloca na centralidade e, por vezes, o obriga a ocupar um espaço que, originalmente, pertencia a outros poderes e, quando se analisa todo este sistema criado, percebe-se que esse movimento não acontece por iniciativa dos membros do Poder Judiciário, e sim, em grande parte, por vontade do constituinte e por uma desconfiança das instituições políticas pertencentes aos outros poderes.

C) – Análise crítica

Diante de todos esses fatores expostos, compreendendo o olhar original dos formuladores da teoria da separação de poderes, desde a Grécia clássica até o período de contestação do absolutismo, e considerando que o atual modelo é aplicado de maneira predominante, e não absoluta, atribuindo funções típicas e atípicas aos Poderes da República, e constituindo instituições independentes destes para o exercício de controle da atuação estatal, conclui-se que o atual desenho institucional constituído pela Constituição de 1988 cria mecanismos e situações que possibilitam um desequilíbrio entre os poderes e favorecem uma centralidade do Poder Judiciário.

A teoria da separação de poderes, adotada pela Carta Magna que inclusive a elevou a categoria de cláusula pétrea, precisa de um sistema que preserve uma atuação harmônica e equilibrada entre estes poderes, essa harmonia também está descrita no texto constitucional, como mostrado no próprio artigo 2º da carta fundamental, inserido nesta para se preservar esse equilíbrio.

Essa harmonia e equilíbrio necessários para o rodar de engrenagens do sistema só pode ser construída com um complexo desenvolvimento de um sistema pesos e contra pesos, que possibilitem a fiscalização recíproca e controle de atuações que excedam suas competências originárias. O que se verifica no atual caso brasileiro é um sistema que desconfia da atuação dos poderes políticos e, a fim de defender o conjunto de compromissos de mudança social instaurados e constitucionalizados, atribui um espaço de atuação maior ao Poder Judiciário no papel de tribunal constitucional.

As próprias características da Constituição Federal, sendo um espécie de compromisso social que possui um fim de mudança da sociedade, acabam transferindo a responsabilidade assegurar essas transformações ao tribunal constitucional responsável pela sua guarda, que, somadas a características de tribunal de última instância e de foro original para julgamento de autoridades com foro especial, atribuem uma absoluta centralidade ao Supremo Tribunal Federal, que é o órgão de cúpula do Poder Judiciário.

Quando analisamos o desenvolvimento histórico dos sistemas políticos, desde o período pós queda do absolutismo até atualmente, conclui-se que houveram épocas de prevalência de um dos poderes sobre os demais. Desde o final do século XVIII e com a primeira metade do século XIX, com o poder centralizado nas assembleias legislativas e constituintes, que surgiram dentro do contexto do iluminismo pós revolucionário francês, o mundo ocidental passou por uma “era” de prevalência do Poder Legislativo.

Posteriormente, encontra-se na história um período de fortalecimento do Poder Executivo dentro do contexto da consolidação do modelo presidencialista americano, dos movimentos de independência dos territórios que formavam as colônias espanholas, que viriam a adotar o modelo presidencialista americano, e passando pelos períodos totalitários do século XX, tem-se a “era” de prevalência do Poder Executivo.

Após isso, entra-se na “era” de prevalência do Poder Judiciário, dadas as tendências mais recentes de constitucionalizar uma série de diretrizes e compromissos de mudança social, assim consolidando o Poder Judiciário como garantidor e defensor destas políticas instituídas pelo constituinte.

Cumprе questionar se essa transferência de responsabilidade e prevalência do Poder Judiciário se traduz no meio mais eficiente e harmonioso no que concerne ao ideal desenho do funcionamento das instituições estatais. A possibilidade de se levar a apreciação do Poder Judiciário uma série de questões políticas o transforma em uma espécie de órgão que referenda a atuação dos outros poderes, o que é diferente da sua responsabilidade de fiscalização recíproca que o primeiro originalmente possui diante dos últimos.

O Poder Judiciário, dentro da sua concepção clássica, deveria se ater a uma avaliação puramente técnica quanto a constitucionalidade e legalidade dos atos dos outros poderes, e de fato o faz, mas em uma medida desproporcional, dado o caráter das características da Carta Magna.

A inserção de questões puramente políticas dentro das circunscrições do Poder Judiciário compromete a isenção e a imparcialidade dos magistrados, uma vez que, ao ter que julgar e decidir sobre tal tipo de lide, os mesmos acabam por tomar um posicionamento, muitas vezes não apenas se valendo do descrito nas normas jurídicas, mas sim se utilizando de leituras e interpretações demasiadamente inovadoras para a ordem jurídica.

O questionamento deve se estender até que possa se entender o quanto essa atuação preserva os meios democráticos, uma vez que magistrados e membros de tribunais não são eleitos e, em uma democracia, as decisões políticas devem ser tomadas por representantes eleitos pelo povo, que é o real titular do poder, nos termos do parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal.

O constituinte, ao estabelecer um sistema que constitucionalizou um grande volume de regras e ao construir sistemas que ampliam as possibilidades de judicialização, consolida um sistema que faz do Poder Judiciário uma espécie de centro decisório de

última instância que, ao realizar seu trabalho como órgão que deve resolver litígios, ocupa um espaço maior de atuação, assim desequilibrando todo o sistema de separação de poderes.

De rigor a reanálise de todo sistema, especialmente no que concerne ao sistema de pesos e contrapesos, a fim de que se delimite de maneira clara e objetiva quais são os limites do papel do Poder Judiciário e qual é o seu limite como órgão interprete da lei e da Constituição, com a finalidade de que se preserve a atuação dos outros Poderes da República.

Uma eventual reestruturação do sistema de freios e contrapesos que readéque o conceito de separação de poderes não deve ser pensada com uma finalidade de se restringir os poderes de fiscalização recíproca e de controle de atos que excedem a competência originária dos Poderes da República, mas sim que os fortaleçam e melhor delimitem a atuação dos mesmos.

CAPÍTULO III – A POLITIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

III.I – Magistrados são agentes políticos?

A definição concreta do conceito de agente político não é pacífica segundo a doutrina, uma vez que a lei não a define e os autores não se utilizam das mesmas características para sua definição. Existem diversos critérios para a caracterização de um agente político dentro da estrutura do direito administrativo e da administração pública. Dadas as dificuldades para se criar uma regra única para a caracterização, Marçal Justen Filho traz uma proposta interessante de definição pautada pela natureza do exercício das funções do agente e o modo de responsabilização do mesmo, em suas palavras:

A definição de agente político resulta da conjugação de dois aspectos fundamentais. O primeiro é a natureza das funções desempenhadas e o segundo é a submissão constitucional ao crime de responsabilidade. Pode-se formular a definição nos seguintes termos:

Agente político é a pessoa física investida do exercício das mais elevadas e relevantes competências públicas e subordinado constitucionalmente ao regime de crimes de responsabilidade. (JUSTEN FILHO. 2014. p.886).

Considerando a definição trazida por Marçal Justen Filho, somente seriam considerados agentes políticos os cargos que desempenham funções políticas e estejam sujeitos a responsabilização por crimes de responsabilidade. Outro conceito, desta vez trazido por Celso Antônio Bandeira de Mello, em suas palavras:

Agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado. São agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes de Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas Pastas, bem como os Senadores, Deputados federais e estaduais e os Vereadores. (BANDEIRA DE MELLO. 1999. p.178).

A definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, muito mais direta, precisa e descritiva, também se apoia em elementos como a natureza da atuação destes cargos e se de fato possuem uma natureza política, o que o próprio autor chama de *munus* público.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao comparar outras definições mais antigas com a definição trazida por Celso Antônio Bandeira de Mello em uma concepção mais recente, afirma que a segunda, que é mais restritiva, é mais preferível, em suas palavras:

Essas funções políticas ficam a cargo dos órgãos governamentais ou governo propriamente dito e se concentram, em sua maioria, nas mãos do Poder Executivo, e, em parte, do Legislativo; no Brasil, a participação do Judiciário em decisões políticas praticamente inexistente, pois a sua função se restringe, quase exclusivamente, à atividade jurisdicional sem grande poder de influência na atuação política do Governo, a não ser pelo controle *a posteriori*. (DI PIETRO. 2019. p. 681).

Como bem cita a autora, em teoria, o espaço de atuação política reservada ao Poder Judiciário é quase inexistente, mesmo diante do fato de que a teoria de separação de poderes aplicada de maneira preponderante reserva aos Poderes da República funções típicas e atípicas. Mesmo diante disso, a função política citada por Marçal Justen Filho (2014) e Celso Antônio Bandeira de Mello (1999), e reafirmada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2019) não é conferida aos membros do Poder Judiciário, e mesmo a respeito da responsabilidade citada por Marçal Justen Filho, no que confere o Poder Judiciário, somente os ministros do Supremo Tribunal Federal estão sujeitos a penalização por crime de responsabilidade, como determina o artigo 2º da Lei 1.079/1950, assim não abrangendo o restante do Poder Judiciário.

Nestes termos, conclui-se que magistrados não são agentes políticos, uma vez que os mesmos não possuem funções políticas e não estão sujeitos a penalização por crimes de responsabilidade, salvo os ministros do Supremo Tribunal Federal neste último critério. Por tanto, um desenho institucional que abre grandes possibilidades de se submeter questões políticas a magistrados e tribunais que não possuem funções políticas compromete o equilíbrio entre os poderes e cria um sistema onde, ao cumprir suas obrigações constitucionais e legais, o Poder Judiciário se apropria de um espaço que originariamente deveria ser ocupado exclusivamente por agentes que possuem funções políticas, que seriam o Poder Executivo e o Poder Legislativo.

III.II – A Politização do Poder Judiciário

A politização do Poder Judiciário é um movimento reflexo ao judicialização da política, uma vez que, na medida em que cada vez mais a sociedade introduz questões e lides de natureza política dentro de tribunais para a apreciação de magistrados, cada vez mais estes magistrados se apoiarão em conceitos políticos, discricionários e não técnicos para arrimar suas decisões. Antes, um poder que era formado por agentes técnicos e detinha a função de aplicação técnica da lei ao caso concreto, diante da responsabilidade jurisdicional que o Poder Judiciário possui, agora se vê obrigado a decidir questões

políticas devido ao fato de que a própria constituição assim o obriga, fazendo com que a apreciação de questões políticas seja parte de sua obrigação constitucional, e isso necessariamente desperta a questão sobre a natureza da magistratura, se a mesma pertence ao não a categoria de agente político, sendo uma questão já esclarecida acima.

Porém, como bem descrito acima, uma ampla parcela da doutrina administrativista, amparada por critérios objetivos, como a presença ao não da natureza política da atuação dos magistrados ou a possibilidade de punição diante da lei de crimes de responsabilidade, conclui que estes não são agentes políticos. Manoel Gonçalves Ferreira Filho demonstra tal vício no sistema, em suas palavras:

A judicialização da política tem como contrapartida inexorável a politização da justiça. O aspecto bem visível disto está no fato de que, hoje, há magistrados que notoriamente guiam seus votos pela "opinião pública", o que realmente significa dizer pelos meios de comunicação de massa. Estes "profetizam" os votos dos membros de uma Corte - o Supremo Tribunal Federal, por exemplo - analisando posições jurídicas como se fossem opções ideológicas ou partidárias. E nisto são ajudados por membros do Judiciário que, em off, vazam informações, antecipam votos, movidos pelo desejo de agradar ou de justificar-se perante os "donos" da comunicação. (FERREIRA FILHO. 1999. p.195).

Essa ideia aponta para o fato de que a tendência de judicialização de causas políticas é uma deturpação da teoria de separação de poderes, e colabora diretamente para que o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal na sua atuação de corte constitucional, seja encarado pela sociedade como uma arena política, onde os magistrados se reúnem para o debate, análise e apreciação de causas políticas, se valendo da posição de órgão sancionador das decisões do Poder Executivo e Legislativo.

Dada essa correlação entre os fenômenos, e sua dependência recíproca, pode-se concluir que os fenômenos da judicialização da política e a politização do judiciário possuem as mesmas causas e fatores, e acabam por se retroalimentar. Cumpre também mencionar o fato de que os magistrados que encabeçam o Poder Judiciário são humanos como quaisquer outros, e uma vez estabelecido que a política é inerente a condição humana, o exercício de se obrigar magistrados a não serem políticos em suas decisões torna-se contraditório. Porém, o que se ressalta nestas páginas é a necessidade de que estes magistrados não se utilizem de concepções políticas em sentido estrito, uma espécie de discricionariedade que contraria a sua função técnica, ao desamparo da lei, da Constituição e dos princípios fundamentais nela descritos, como a manutenção dos Poderes da República.

CAPÍTULO IV – EFEITOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DA POLITIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

IV.I – Efeitos Sociais

Quando se debate a respeito dos efeitos que a judicialização da política e a politização do Poder Judiciário trazem a sociedade, a indagação sobre se os mesmos se tratam de fenômenos sociais vêm à tona. Pode-se concluir que tais efeitos nasceram sob a égide do Estado Constitucional de Direito, onde a sociedade decidiu constitucionalizar uma série de diretrizes civilizatórias e adota um desenho de instituições e características que colaboram para a inserção de pautas políticas em tribunais do Poder Judiciário.

O Estado Constitucional de Direito, nascido no período pós Segunda Guerra Mundial (1939 – 1945), surgiu como forma de garantia da instauração de políticas de mudança social em um contexto de desconfiança nas instituições políticas. Tal desconfiança, surgida em um contexto de crises sociais e econômicas, só pode ter sido contornada com a constitucionalização de determinados planos de mudança social.

A máxima de que a teoria de separação de poderes nasceu de uma necessidade da sociedade de se encontrar um equilíbrio na distribuição do poder estatal é inquestionável, porém, a adoção do Estado Constitucional de Direito e os compromissos sociais constitucionalizados como processo de apaziguamento social colocam uma responsabilidade mais ativa ao tribunal constitucional o que, por consequência, distorce os contornos da própria teoria de separação de poderes.

Nestes termos, a sociedade em diversas vezes tem voltado sua atenção ao Supremo Tribunal Federal, lhe atribuindo uma grande importância política e centralidade decisória, em detrimento de instituições do Poder Executivo ou do Poder Legislativo, discutindo o perfil e as opiniões políticas de seus membros e até mesmo se manifestando contra ou a favor de eventuais decisões destes.

No momento em que a sociedade entende que eventuais opiniões políticas dos membros do Poder Judiciário interferem em suas decisões ou que podem influenciar em suas decisões por meio de manifestações populares, encontra-se uma visão totalmente deturpada da própria função de órgão técnico que estes tribunais deveriam possuir. Tal visão prejudica a noção que a sociedade tem do próprio Poder Judiciário e sobre sua isenção e imparcialidade, fazendo com que tal poder também seja alvo de descrédito desta.

Toda essa desconfiança e descrédito da sociedade para com as instituições políticas, apontados como estopim para criação de um sistema que coloca um órgão técnico como instância maior sancionadora dos atos destas instituições políticas, nasceu de uma série de fatores complexos disruptivos do sistema democrático, que acabaram por gerar uma cada vez maior frustração generalizada da população para com as instituições públicas e sua inércia e ineficiência.

Diversos fatores sociais e econômicos geraram uma insatisfação e um ressentimento na população que acabou por alimentar graus cada vez maiores de desconfiança e descrédito para com o sistema político, que nas últimas décadas não conseguiu atender os anseios populares diante de suas limitações e tem sua imagem e credibilidade prejudicada diante de sucessivos escândalos de corrupção.

Consequentemente, essa insatisfação foi considerada pelo constituinte, que procurou estabelecer um sistema que garanta para a sociedade a concretização de mudanças sociais através da Carta Magna. Tal sistema, que visou a proteção destas garantias, independentemente das vontades do Poder Executivo e do Poder Legislativo, amplia o papel do Poder Judiciário, o deslocando da original posição de igualdade e, por consequência, afetando a harmonia do sistema.

Cumprе esclarecer que o Brasil já adotou sete constituições diferentes, reflexos de sete sistemas políticos e institucionais diferentes, que tiveram ao longo da história nacional que lidar com fatores como democracia e direitos individuais e sociais, todos sob a perspectiva da respectiva visão política da época.

Trata-se de um país que já presenciou diversas mudanças de regimes, comprometendo assim fatores básicos para o seu desenvolvimento, como segurança jurídica e institucional, e que criou na sociedade um sentimento de que as políticas públicas, criadas por iniciativa do Poder Legislativo, e aplicadas pelo Poder Executivo, simplesmente não funcionam, atribuindo assim a estes poderes a imagem de ineficientes ou omissos diante dos problemas do país.

Por tanto, pode-se concluir que a judicialização da política e a politização do Poder Judiciário são resultados de diversos fatores sociais que contribuíram nas últimas décadas para a construção de um desenho institucional que possibilita que um Poder que não detém atuação política, que possui uma atuação estritamente técnica e que não é eleito consolide normas que determinam diversos aspectos da sociedade sem competência para tal.

IV.II – Efeitos Jurídicos

Adotando uma visão sob o espectro jurídico, a judicialização da política e a politização do Poder Judiciário se ligam a diversos pontos importantes de debate. O primeiro deles é a maneira de como a Constituição Federal escolheu adotar a separação de poderes, como princípio fundamental na ordem jurídica constitucional, uma vez que se considera impossível imaginar um Estado liberal moderno sem a adoção de tal princípio.

Vale mencionar que o próprio constituinte alocou o princípio da separação de poderes em uma parte do texto constitucional chamado “Dos Princípios Fundamentais”, assim reconhecendo sua imprescindibilidade. Cumpre esclarecer que o próprio constituinte também optou por tratar o princípio da separação de poderes como cláusula pétrea, assim garantindo que este princípio não seja retirado da Constituição Federal nem mesmo através de emenda constitucional, reafirmando a importância do mesmo.

O processo de judicialização da política constitui um fenômeno jurídico uma vez que se trata especificamente da possibilidade que as instituições conferem de tribunais e magistrados decidirem a respeito de causas puramente políticas, muitas vezes se ancorando em ampla discricionariedade.

Quando se discute sobre a judicialização da política e sua relação com o ativismo judicial, é necessária a reflexão sobre os limites da atuação dos magistrados, especialmente no que concerne a interpretação das normas constitucionais. Argumenta-se que determinado nível de interpretação dos magistrados se faz necessária, uma vez que é virtualmente impossível a construção de um ordenamento jurídico abstrato que ampare todos os casos concretos e suas particularidades.

Porém, o que se discute é o grau de interpretação destes magistrados, que não deve inovar na ordem jurídica a ponto de definir novas aplicações para determinadas normas, sendo este papel mais adequado ao Poder Legislativo, dotado de legitimidade para tal. Uadi Lammêgo Bulos traz uma boa noção sobre a legitimidade para interpretação da Constituição Federal, em suas palavras:

Não são apenas os órgãos incumbidos de aplicar o Direito que podem interpretar as normas supremas do Estado. Ninguém detém o monopólio da interpretação constitucional, nem mesmo o Poder Judiciário, aplicador do Direito por excelência. Advogados, membros do Ministério Público, integrantes dos Poderes Executivo e Legislativo, juristas, doutrinadores,

pareceristas, cidadãos, todos, enfim, que vivem sob a égide de uma carta magna, são os seus legítimos intérpretes. (BULOS. 2018. p.449).

Nestes termos, o autor esclarece que a competência para a interpretação da Carta fundamental é ampla, abrangendo toda a sociedade a ela sujeita. Tal conceito explicita a tese de que a hermenêutica constitucional não se trata de um território exclusivo do Poder Judiciário. Porém, quando nos deparamos com os princípios utilizados para guiar a interpretação constitucional, encontramos o princípio da correção funcional, que busca garantir que eventuais interpretações não desvirtuem as competências definidas na lógica de um Estado guiado pelo princípio da separação de poderes. Guilherme Peña de Moraes explica de maneira clara tal princípio, em suas palavras:

O princípio da correção funcional exige que o juízo ou tribunal, ao proceder à interpretação, não desvirtue as competências que hajam sido atribuídas a cada um dos órgãos constitucionais, de tal molde que o equilíbrio entre os Poderes do Estado desenhado pela Constituição, como pressuposto do respeito aos direitos fundamentais, se encontre plenamente garantido.

Por ilação, a justiça constitucional, no exercício da competência que lhe é inerente, deve conter-se frente a organizações de mesma hierarquia. Evidenciar-se-ia, do contrário, uma supremacia inconstitucional do órgão de interpretação em relação aos outros organismos do Estado igualmente constitucionais. (MORAES. 2019. p.151).

O princípio da correção funcional se mostra como único instrumento de limite da atuação do Poder Judiciário no que diz respeito a interpretação constitucional, o que se mostra problemático no que concerne ao princípio da separação de poderes e a harmonia que deve ser preservada para o ideal funcionamento do sistema. Quando não se define limites para o órgão de interpretação, este acaba por se sobrepor aos demais.

Os fenômenos de judicialização da política e politização do Poder Judiciário acontecem ao arpejo do estabelecido da Constituição Federal, porém, também são estimulados pela mesma, uma vez que é o desenho institucional estabelecida pela Carta Magna que abre as possibilidades para os mesmos.

Por tanto, a discussão a respeito da judicialização da política e a politização do Poder Judiciário possui contornos jurídicos, na medida que ela acontece no campo que deveria ser dominado por uma tecnicidade jurídica. Diante disto, torna-se claro que esses fenômenos apenas escancaram as deficiências nos sistemas de controle da atuação de um dos Poderes da República, o que apenas amplifica choques entre os mesmos e prejudicam a atuação estatal como um todo.

IV.III – Efeitos Políticos

Sob o ponto de vista político, a judicialização da política e a politização do Poder Judiciário são fenômenos que causam grande impacto, uma vez que transformam tribunais em arenas decisórias políticas e envolvem magistrados no debate. Tornou-se muito comum na dinâmica política, que grupos políticos que não conseguem defender seus interesses diante de um projeto de lei recorram ao Poder Judiciário para paralisá-lo, na maioria das vezes alegando a inconstitucionalidade do mesmo.

Esse uso político de vias judiciais abre espaço para uma maior complexidade do sistema político, uma vez que os magistrados e tribunais, que não possuem funções políticas, acabam por ter que ser inseridos ao cálculo do processo político, assim os arrastando para o exercício da política, mesmo que indevidamente.

Esse uso escancarado do Poder Judiciário, um poder técnico do qual seus membros não possuem função política, acabou por resultar na politização destes, que cada vez mais se arrimam em discricionariedades que inovam na ordem jurídica para exercer suas funções.

Cumprir lembrar que a Carta Magna estabelece que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, como a mesma determina. Nestes termos, conclui-se que as decisões políticas são atribuídas a agentes que são eleitos, para que governem em nome da população. Desta forma o questionamento sobre a legitimidade dos membros do Poder Judiciário para tomar decisões políticas se faz presente.

Tal questionamento se faz fundamental uma vez que se trata da manutenção de um dos princípios políticos mais básicos consolidados pela Constituição de 1988, a democracia. Do ponto de vista histórico, cumpre mencionar o quanto a sociedade brasileira lutou para alcançar a democracia plena, atravessando períodos de privação de liberdades. O caso em foco não se trata da instauração de um regime antidemocrático que proibiu eleições livres, e sim da necessidade do aprimoramento de um sistema que não confia em suas instituições políticas.

Essa desconfiança nas instituições políticas, por mais que seja um sentimento generalizado na sociedade, se traduz em descrédito do sistema democrático, onde se compreende que a legitimidade popular, manifestada através do voto, não mais elege os agentes políticos que tomam as principais decisões políticas na República.

Outro fator a se considerar é a sensação da população de que, através de manifestações políticas e outros atos de pressão política, a sociedade pode influenciar as decisões dos magistrados e dos tribunais do Poder Judiciário, o que demonstra a ausência da consciência de que o mesmo é um órgão técnico, que deve obediência a Constituição e ao ordenamento jurídico, e não a vontade popular.

A judicialização da política e a politização do Poder Judiciário, ao promoverem desequilíbrios no que concerne ao princípio da separação de poderes, atribuindo ao Poder Judiciário aspectos de arena política e protagonismo institucional, instauram na sociedade uma enorme sensação de incertezas jurídicas, políticas e sociais pois deturpa a distribuição de competências, o equilíbrio e a harmonia entre os Poderes da República.

IV.IV – Efeitos Institucionais

Utilizando-se de um olhar mais estrutural, do ponto de vista das instituições, a judicialização da política e a politização do Poder Judiciário são fenômenos que criam tensões entre os Poderes da República e prejudicam a atuação pública. Uma vez que o sistema de freios e contrapesos se mostra como insuficiente para se garantir um controle e que o princípio da correção funcional é frequentemente ignorado na atuação do Poder Judiciário, protagonista do atual sistema, assim as instituições acabam por sofrer abalos recorrentes uma vez que não se preserva o equilíbrio necessário.

Olhando do ponto de vista geral, conclui-se que o advento da Constituição de 1988 marca o início de um período de estabilidade institucional, como bem aponta Luís Roberto Barroso, que dita:

O constitucionalismo democrático, que combina a soberania popular e o respeito aos direitos fundamentais, tornou-se o arranjo institucional dominante no mundo desenvolvido. O modelo vencedor chegou ao Brasil com atraso, mas não tarde demais, às vésperas da virada do milênio. As últimas três décadas representam não a vitória de uma Constituição específica, concreta, mas de uma ideia, de uma atitude diante da vida. O Estado constitucional democrático, que se consolidou entre nós, traduz não apenas um modo de ver o Estado e o Direito, mas de desejar o mundo, em busca de um tempo de justiça, liberdade e igualdade ampla. (BARROSO. 2019. p.414).

Sobre este ponto de vista, o advento do Estado Constitucional de Direito e todos os seus efeitos possibilitou importantes avanços institucionais ao país, porém conclui-se que o mesmo foi implementado em um sistema insuficiente no que concerne ao sistemas

de freios e contrapesos, que deveriam delimitar a atuação do Poder Judiciário e preservar a harmonia entre os poderes.

A judicialização da política e a politização do Poder Judiciário corrompem o equilíbrio do sistema, afetando os aspectos mais básicos do Estado moderno, como a democracia e o princípio da separação de poderes. Nestes termos conclui-se que é necessária uma releitura de todo o desenho institucional, para controlar a atuação dos poderes, combatendo eventuais protagonismos e excessos, assim garantindo a estabilidade institucional.

Uma amostra de que é necessária uma reestruturação, tendo em vista a problemática exposta acima, são os resultados de pesquisas que avaliam a confiança que a sociedade brasileira possui nas instituições públicas. Essas pesquisas sempre apontam para um índice de confiança maior atribuído ao Poder Judiciário do que aos demais poderes políticos. Tal fato corrobora com a tese de que a sociedade encara o Poder Judiciário como instância política sancionadora mais confiável do que o Poder Executivo e o Poder Legislativo.

O principal problema disso é que não se pode atribuir ao Poder Judiciário tal característica uma vez que este não é dotado de função política ou legitimidade democrática, pois se trata de um órgão técnico que depende de isenção e imparcialidade para o exercício de suas atribuições.

Sem um sistema adequando de controle recíproco, os Poderes da República continuarão se chocando constantemente, assim comprometendo a atuação do Estado no seu papel de concretização do interesse público, com constante inércia e ineficiência. Deve-se também buscar um sistema que não conte com a desconfiança dos poderes políticos, uma vez que em um sistema democrático somente eles são capazes de concretizar a vontade popular.

Tal reestruturação do sistema de freios e contrapesos se faz necessária e é capaz de redefinir o papel do Poder Judiciário dentro da lógica do princípio da separação de poderes, assim combatendo os graus mais elevados e absurdos de judicialização da política e de politização do Poder Judiciário, assim preservando a harmonia entre os poderes descrita no texto constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª edição. São Paulo – SP. Malheiros Editores. 1999.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8ª edição. São Paulo – SP, Saraiva, 2019.

Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610112/>. Acesso em: 09 nov. 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 11ª edição. São Paulo – SP. Saraiva Educação, 2018.

Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553172726/>. Acesso em: 09 nov. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32ª edição. Rio de Janeiro – RJ. Forense. 2019.

Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553172726/>. Acesso em: 09 nov. 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro**. 4ª edição. São Paulo – SP. Saraiva. 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2014.

MESSA, Ana Flávia. **Direito Constitucional**. 4ª edição. São Paulo – SP. Rideel. 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36ª edição. São Paulo – SP. Atlas. 2020.

Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024913/>.
Acesso em: 09 nov. 2020.

MORAES. Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 11ª edição. São Paulo – SP. Atlas. 2019.

Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597020090/>.
Acesso em: 09 nov. 2020.

FERREIRA FILHO. Manuel Gonçalves. A Constituição de 1988 e a Judicialização da Política. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Faculdade de Direito UFRGS. 1996. Porto Alegre – RS. N. 12. p. 189-197.

DOI: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.69181>.

Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/69181/39070>. Acesso em 09 nov. 2020.

SCHERER BICCA. Carolina. Judicialização da Política e Ativismo Judicial. **Revista de Direito Brasileira**. 2012. Florianópolis – SC. V. 2, A.2. p. 121-139.

DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2012.v2i2.2700>.

Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2700/2594>.
Acesso em 09 nov. 2020.

VIEIRA. Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. 2008. São Paulo – SP. 8ª edição. p. 441-463.

Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35159/33964>. Acesso em 09 nov. 2020.

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Wendel Benevides Vieira,

Aluno, regularmente matriculado, no Curso de Direito, na disciplina do TCC da 10ª etapa, matrícula nº 3162846-1, Período noturno, Turma 10R,

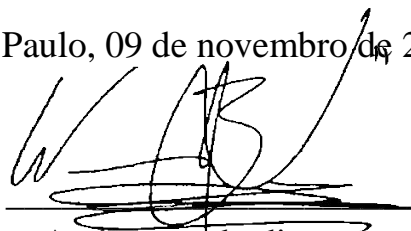
tendo realizado o TCC com o título: A judicialização da Política, a politização do Poder Judiciário e seus efeitos sobre a segurança institucional do Brasil.

sob a orientação da professora Ana Flávia Messa

declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 09 de novembro de 2020.



Assinatura do discente