

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ  
XXXVI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA  
NÚCLEO DE CURITIBA**

**ALINE MANNES**

**O PODER JUDICIÁRIO NO FUNCIONAMENTO DOS SISTEMAS POLÍTICOS:  
MAIS UM EXEMPLO DE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL.**

**CURITIBA  
2018**

**ALINE MANNES**

**O PODER JUDICIÁRIO NO FUNCIONAMENTO DOS SISTEMAS POLÍTICOS:  
MAIS UM EXEMPLO DE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL.**

Monografia apresentada como requisito parcial para a conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Professor. Thiago Lima Breus

**CURITIBA  
2018**

## TERMO DE APROVAÇÃO

**ALINE MANNES**

### **O PODER JUDICIÁRIO NO FUNCIONAMENTO DOS SISTEMAS POLÍTICOS: MAIS UM EXEMPLO DE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL.**

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Prof. \_\_\_\_\_

Avaliador: Prof. \_\_\_\_\_

Curitiba, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2018.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao término de um trabalho, uma longa caminhada se fez, muitas pessoas foram contatadas e, neste momento, são lembradas com gratidão.

Agradeço primeiramente à Deus, por me permitir ter a oportunidade de cursar esta Pós Graduação, por ter me dado saúde e resiliência para superar as dificuldades.

À Instituição, pelo ambiente amigável que proporciona. Aos professores, por me proporcionar o conhecimento e servir de inspiração. Em especial ao professor Thiago, por aceitar a orientação.

Aos meus colegas da EMAP, em especial à Milene, Ana Paula, Alexander e Fernando, que fizeram parte desta caminhada, pela parceria e incentivo diário, por me proporcionarem momentos agradáveis no decorrer do curso, e também por me servirem de inspiração.

Aos meus pais, e irmãos, pelo amor, incentivo e apoio incondicional.

Por último, e não menos importante, um agradecimento especial ao meu amado marido, Fabio, por ser sempre a primeira pessoa a me incentivar e acreditar em mim. Sem ele não teria chegado nem na metade desta longa caminhada, ele é a pessoa que me dá motivos para querer continuar e sorrir todos os dias.

Enfim, agradeço à todos, que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigada!

*“A mente que se abre a uma nova ideia  
jamais voltará ao seu tamanho original”.*

*(ALBERT EINSTEIN)*

## RESUMO

O presente trabalho se propõe a analisar o fenômeno da judicialização da política. Em um primeiro momento será realizada uma abordagem perfuntória sobre o contexto histórico do mundo com o surgimento do neoconstitucionalismo e como ele propiciou a judicialização da política no Brasil. Após, serão feitas considerações sobre a Constituição Brasileira de 1988, sua supremacia, sua abrangente constitucionalização e como é realizado o controle de constitucionalidade no país. Posteriormente, será realizada uma breve distinção entre o Direito e a Política, será abordado o descrédito com a política majoritária no Brasil e como este favoreceu à ascensão judicial no país. No quarto capítulo adentrar-se-á de fato ao estudo da judicialização política. O fenômeno será conceituado e diferenciado dos fenômenos do ativismo e da autocontenção judicial, serão vistas as críticas que circundam o instituto, para então apresentar uma análise de um dos casos mais emblemáticos da judicialização da política no Brasil: a verticalização das coligações partidárias. Será realizado um breve resumo histórico deste caso, analisando se houve ou não, judicialização, ativismo ou complementariedade judicial. Por fim, será averiguado ainda se a judicialização da política apresenta algum risco para democracia.

**Palavras-chave:** Judicialização da política. Judicialização. Política. Verticalização. Coligações partidárias.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2 ARRANJOS INSTITUCIONAIS QUE PROPICIARAM A JUDICIALIZAÇÃO NO BRASIL.....</b>	<b>10</b>
2.1 ASPECTOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO .....	10
2.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUA CONSTITUCIONALIZAÇÃO ABRANGENTE.....	16
2.3 O MODELO BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE .	20
<b>3 ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA .....</b>	<b>25</b>
3.1 DISTINÇÃO ENTRE DIREITO E A POLÍTICA .....	25
3.2 O DESCRÉDITO COM A POLÍTICA MAJORITÁRIA .....	27
3.3 A ASCENSÃO JUDICIAL NO BRASIL .....	31
<b>4 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA .....</b>	<b>41</b>
4.1 CONCEITO DE JUDICIALIZAÇÃO .....	41
4.1.1 Distinção entre Judicialização, Ativismo e Autocontenção Judicial. ....	44
4.1.2 Críticas ao Fenômeno da Judicialização .....	48
4.2 O CASO DA VERTICALIZAÇÃO DAS COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS.....	50
4.2.1 Análise Conclusiva .....	58
4.2.2 Judicialização, ativismo ou complementariedade judicial? .....	59
4.3 A DEMOCRACIA ESTÁ EM PERIGO? .....	62
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>66</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>68</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Questão de grande relevância nos dias atuais, a judicialização é tema recorrente e vem ganhando cada vez mais espaço nas academias e nos debates políticos. O fenômeno não é uma tendência e tampouco é exclusividade dos brasileiros, sendo visualizado também na Itália e na Alemanha, por exemplo. No Brasil o fenômeno assumiu contornos ainda maiores com a ajuda de um arranjo institucional formado pela chegada do neoconstitucionalismo, pela constitucionalização abrangente e pelo sistema de controle de constitucionalidade misto trazido na nova Constituição de 1988.

A redemocratização no mundo abriu as fronteiras para um direito múltiplo, fazendo com que, a partir da criação dos Tribunais Constitucionais, as constituições deixassem de ser um mero documento político, cuja materialização dependesse apenas da atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, para se tornar um regramento efetivo exigindo uma nova postura aos seus intérpretes.

Não obstante, existe também outro fator comum à quase todos os países que vivenciam o fenômeno: o descrédito com a política majoritária. O mundo vive uma crise de representatividade e de funcionalidade no campo político. E essa desconfiança na competência política faz com que a sociedade fique cada vez mais atenta aos passos dos parlamentares, cobrando e fiscalizando constantemente seus candidatos eleitos, ao passo que, qualquer atuação que seja contrária à lei ou que configure abuso de poder, se constatada, acabe em provocação judicial.

Assim, entende-se que a judicialização da política está intimamente ligada com a ineficiência das políticas públicas, pois a partir do momento que estas não se concretizam, passa-se a buscar a sua efetivação por interpelação judicial.

Dentro desse cenário, a Justiça Brasileira se torna para a sociedade uma esperança, ao passo que ocasiona em uma transferência de expectativa, que antes era depositada nos representantes políticos, sendo agora transferida para o Judiciário, que estaria designado a resgatar os ideais de Justiça e a concretizar os direitos fundamentais elencados na Constituição.

Entretanto, o fenômeno nem sempre é visto com bons olhos por todos e várias são as críticas acerca dessa atitude judicial considerada expansiva. Na maioria das vezes o tom das considerações negativas se lastreia na preocupação

acerca da democratização da postura judicial.

Inúmeras são as polêmicas que surgem sobre uma possível extrapolação de uma função contramajoritária do Poder Judiciário. Nessa senda, as discussões sobre judicialização e ativismo se tornam ainda mais acaloradas quando as Supremas Cortes judicializam questões de cunho eminentemente político, como, por exemplo, no caso em que o Supremo reconheceu obrigatoriedade da verticalização das coligações partidárias.

Assim, procurar-se-á com a presente pesquisa averiguar como a judicialização se apresentou e se desenvolveu diante deste caso concreto. A ideia central é tentar entender se nos caso da verticalização das coligações partidárias, houve judicialização, acentuado ativismo, ou apenas complementariedade judicial, e se tal fenômeno apresenta risco para a democracia brasileira.

## 2 ARRANJOS INSTITUCIONAIS QUE PROPICIARAM A JUDICIALIZAÇÃO

### 2.1 ASPECTOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Nos últimos anos o direito constitucional passou por inúmeras mudanças que alteraram o modo como se pratica o direito. A redemocratização no mundo, de forma geral, abriu as fronteiras para um Direito múltiplo. No meio de todas essas transformações ouviu-se falar em um termo indicativo de um novo conceito: O neoconstitucionalismo.<sup>1</sup>

No que tange à conceituação do fenômeno, Luís Roberto Barroso, em importante trabalho, o qual se debruça exclusivamente sobre o assunto, assim definiu:

O neoconstitucionalismo é produto de transformações profundas no modo como se pensa e se pratica o direito constitucional. O advento de uma cultura pós-positivista e a expansão do papel do Judiciário e da jurisdição constitucional abriram caminho para um constitucionalismo principiológico e voltado para a concretização dos direitos fundamentais.<sup>2</sup>

Em resumo, pode-se dizer que três mudanças de paradigmas contribuíram para a superação do pensamento clássico que circundava o Direito à época, as quais mobilizaram a doutrina e a jurisprudência e fizeram com que se evoluísse a forma de interpretar a aplicar a Constituição, cuja matéria passou de coadjuvante para elemento essencial nos ordenamentos jurídicos de, praticamente, quase todos os países do mundo.<sup>3</sup>

A primeira grande mudança foi a *superação do formalismo jurídico*: No final do século XX, a norma jurídica era vista como a “expressão da razão”. A lei era

---

<sup>1</sup> BARROSO, Luís Roberto. O Constitucionalismo Democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. **Luís Roberto Barroso. Jurisdição Constitucional e debates Públicos**. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo\\_democratico\\_brasil\\_cronica\\_um\\_sucesso\\_imprevisto.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf)>. Acesso em: 02 ago. 2018.

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto. O Constitucionalismo Democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. **Luís Roberto Barroso. Jurisdição Constitucional e debates Públicos**. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo\\_democratico\\_brasil\\_cronica\\_um\\_sucesso\\_imprevisto.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf)>. Acesso em: 02 ago. 2018.

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto. O Constitucionalismo Democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. **Luís Roberto Barroso. Jurisdição Constitucional e debates Públicos**. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo\\_democratico\\_brasil\\_cronica\\_um\\_sucesso\\_imprevisto.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf)>. Acesso em: 02 ago. 2018.

sinônimo de uma Justiça imponente que representava um interesse preponderante, e nesse ambiente o aplicador da lei deveria ser “lógico e dedutivo”. Em vista disso, o juiz desempenhava uma função meramente técnica, em que deveria apenas identificar a solução — que já estava pré-pronta na norma — e fazer com esta incidisse sobre o caso concreto.<sup>4</sup>

Entretanto, começou-se a perceber um problema, nem sempre a solução para todos os litígios estava pré-definida na norma, existiam casos que demandavam um “algo a mais”, e para isso a função meramente técnica de conhecimento do juiz não era suficiente. Para esses casos era preciso que o juiz realizasse toda uma construção argumentativa, devendo ser, em algumas situações – sobretudo na interpretação constitucional – mais do que um mero aplicador da norma, mas sim um “coparticipante do processo de criação do direito”, devendo “legitimar suas decisões em valores morais e em fins políticos legítimos”.<sup>5</sup>

Assim, no âmbito da hermenêutica jurídica, o formalismo jurídico foi aos poucos sendo superado, pois fora se entendendo que nem sempre a solução para todos os problemas estaria positivada na norma, e que, em muitas situações o juiz não desempenha apenas uma função técnica de conhecimento, mas precisava construir argumentativamente essa solução. Isso porque a lei nem sempre é uma expressão da Justiça, e o juiz deveria se reinventar em uma sociedade onde cada vez mais os conflitos estavam se tornando dinâmicos e transformadores.<sup>6</sup>

A segunda grande transformação foi o *surgimento de uma tradição jurídica pós-positivista*. O positivismo exprimia um ideal objetivo da ciência jurídica, o intérprete legal apenas seguia requisitos objetivos voltados para conceitos abstratos e lógicos, sem dar o devido valor à realidade social. Contudo, começou-se a perceber que a norma não bastava por si só, que não tinha a capacidade de elucidar objetivamente todos os casos, e que o intérprete deveria partir “em busca de

---

<sup>4</sup> BARROSO, Luís Roberto. O Constitucionalismo Democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. **Luís Roberto Barroso. Jurisdição Constitucional e debates Públicos**. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo\\_democratico\\_brasil\\_cronica\\_um\\_sucesso\\_imprevisto.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf)>. Acesso em: 02 ago. 2018.

<sup>5</sup> BARROSO, Luís Roberto. O Constitucionalismo Democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. **Luís Roberto Barroso. Jurisdição Constitucional e debates Públicos**. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo\\_democratico\\_brasil\\_cronica\\_um\\_sucesso\\_imprevisto.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf)>. Acesso em: 02 ago. 2018.

<sup>6</sup> BARROSO, Luís Roberto. O Constitucionalismo Democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. **Luís Roberto Barroso. Jurisdição Constitucional e debates Públicos**. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo\\_democratico\\_brasil\\_cronica\\_um\\_sucesso\\_imprevisto.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf)>. Acesso em: 02 ago. 2018.

legitimidade democrática e da realização de fins públicos que promovessem o bem comum e, de certa forma, também das ciências sociais aplicadas, como economia, psicologia e sociologia.”<sup>7</sup>

Em suma, a ideia do pós-positivismo se baseia na premissa de que o Direito não cabe inteiramente na norma, ou seja, a norma sozinha não é suficiente para resolver os problemas da sociedade, sendo necessário buscar fundamento fora do campo jurídico, com isso afastava-se aquela dualidade tradicional do positivismo jurídico que tendia para a separação entre Direito e Moral, o pós-positivismo, por sua vez, preconizava justamente o contrário.<sup>8</sup>

Com efeito, diante a insuficiência do positivismo, várias escolas começaram a pender novamente pela a reaproximação entre o Direito e a Moral. Nesse sentido, de acordo com Luís Roberto Barroso, “A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: estado democrático de direito, estado constitucional de direito.”<sup>9</sup>

Por conseguinte, a terceira transformação do século XX foi a *passagem das Constituições para o âmago dos sistemas jurídicos*. Em que pese nos Estados Unidos da América já existisse um controle de constitucionalidade desde 1803<sup>10</sup>, o Brasil e a América Latina, de forma geral, ainda sofriam influência da Europa, e lá o Código Civil ainda era o principal ordenamento utilizado. Ademais, o Direito que vigorava na época, dada à expansão do capitalismo, fora edificado com as bases do Direito Privado — exemplo disso, é que na época um dos juristas mais respeitados e

---

<sup>7</sup> BARROSO, Luís Roberto. O Constitucionalismo Democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. **Luís Roberto Barroso. Jurisdição Constitucional e debates Públicos**. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo\\_democratico\\_brasil\\_cronica\\_um\\_sucesso\\_imprevisto.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf)>. Acesso em: 03 ago. 2018.

<sup>8</sup> BARROSO, Luís Roberto. O Constitucionalismo Democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. **Luís Roberto Barroso. Jurisdição Constitucional e debates Públicos**. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo\\_democratico\\_brasil\\_cronica\\_um\\_sucesso\\_imprevisto.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf)>. Acesso em: 03 ago. 2018.

<sup>9</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>> Acesso em: 23 set. 2018.

<sup>10</sup> Refiro-me ao caso *Marbury versus Madison*, o primeiro precedente de realização de controle de constitucionalidade. Em decisão proferida pela Suprema Corte norte-americana, por meio da qual, o Tribunal Constitucional exerceu sua competência em controle de constitucionalidade fundado no Artigo III da Constituição Norte-Americana, afastando as leis federais que contrariavam a Constituição.

influentes era Friedrich Carl von Savigny<sup>11</sup> — e o contrato fora considerado um dos sustentáculos fundamentais do Direito Privado e da autonomia da vontade privada.<sup>12</sup>

Outrossim, o liberalismo vertiginoso que perdurava naquele período estimulou uma competição econômica brutal entre os países da Europa, o que desencadeou na 2ª Guerra Mundial. Diante das atrocidades da guerra, e ante a premência em superar um passado sangrento, os países sentiram a necessidade de rever suas Constituições com o propósito de buscar soluções que resguardassem a dignidade das pessoas ante os abusos dos poderes estatais.<sup>13</sup>

Tal percepção foi relaizada por Daniel Sarmento,

As constituições européias do 2º pós-guerra não são cartas procedimentais, que quase tudo deixam para as decisões das maiorias legislativas, mas sim documentos repletos de normas impregnadas de elevado teor axiológico, que contêm importantes decisões substantivas e se debruçam sobre uma ampla variedade de temas que outrora não eram tratados pelas constituições, como a economia, as relações de trabalho e a família. Muitas delas, ao lado dos tradicionais direitos individuais e políticos, incluem também direitos sociais de natureza prestacional. Uma interpretação extensiva e abrangente das normas constitucionais pelo Poder Judiciário deu origem ao fenômeno de constitucionalização da ordem jurídica, que ampliou a influência das constituições sobre todo o ordenamento, levando à adoção de novas leituras de normas e institutos nos mais variados ramos do Direito.<sup>14</sup>

Por consequência, passou-se a implementar nas Cartas Constitucionais, varias garantias fundadas na preocupação com os Direitos Humanos – principalmente com o direito à Dignidade da Pessoa Humana – e na superação das desigualdades sociais. Nessa época surgiu um conceito que até hoje é muito

---

<sup>11</sup> Friedrich Carl von Savigny era um jurista alemão muito admirado e influente, e foi considerado o maior nome da Escola Histórica do Direito, seu pensamento influenciou sobremaneira o Direito alemão da época, assim como todos os outros países de tradição romano-germânica. Savigny foi o criador dos conceitos mais importantes do Direito Civil: conceito de relação jurídica e de outros conceitos decorrentes deste, tais como, o fato jurídico. Wikipédia, a enciclopédia livre: Constituição. **Wikipédia**. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Friedrich\\_Carl\\_von\\_Savigny](https://pt.wikipedia.org/wiki/Friedrich_Carl_von_Savigny)>. Acesso em 29 set. 2018.

<sup>12</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 23 set. 2018.

<sup>13</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>> Acesso em: 23 set. 2018.

<sup>14</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Dsarmiento advogados**. Disponível em: <[http://www.dsarmiento.adv.br/content/3-publicacoes/16-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidadesdaniel-sarmiento.pdf](http://www.dsarmiento.adv.br/content/3-publicacoes/16-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidadesdaniel-sarmiento.pdf)>. Acesso em: 25 set. 2018.

utilizado, “o Estado de Bem-estar”, que é mais conhecido pelo termo em inglês, “*Welfare State*”, que remete a ideia de criação de um Governo voltado para assistências sociais e para a garantia de condições mínimas de sobrevivência aos indivíduos.<sup>15</sup> Pela primeira vez começava-se a falar em força normativa da Constituição e em princípios constitucionais.<sup>16</sup>

Nesta ocasião, ocorreu uma expansão da justiça constitucional no mundo inteiro, sendo promulgados vários ordenamentos históricos, bem como, instituídos alguns dos mais importantes Tribunais Constitucionais do mundo, dentre eles, pode-se citar a Constituição da Alemanha de 1949, e a instituição de seu Tribunal Constitucional; a Constituição da Itália de 1947, com o implemento de uma Corte Constitucional; a Constituição de Portugal de 1976; a Constituição da Espanha de 1978; e no Brasil a Constituição de 1988, e o fortalecimento do Supremo Tribunal Federal. Todas estas Constituições se baseavam em uma premissa de redemocratização e de Estado Democrático de Direito.<sup>17</sup>

Assim, paulatinamente o Direito Privado foi sendo povoado por normas de ordem pública sempre visando resguardar o lado mais fraco da relação contratual, ao passo que o Direito Constitucional sucessivamente ia se espalhando pela Europa e se instaurando entre as relações privadas.

Nesse prisma, é possível observar que o Direito Privado passou a ser interpretado através da ponderação entre autonomia da vontade e a observância de direitos fundamentais (reflexo da constitucionalização do direito), e a Constituição passava para o centro do sistema jurídico “tomando o lugar do bom e velho Código Civil”.<sup>18</sup>

O legado do direito comum privado chegava ao final do século sobrepujado pelo enaltecimento do Direito Constitucional. Assim, com a criação dos Tribunais Constitucionais, as constituições europeias deixavam de ser mero documento

---

<sup>15</sup> CANCIAN, Renato. Estado do bem-estar social: História e crise do *welfare state*. **Uol**. Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/disciplinas/sociologia/estado-do-bem-estar-social-historia-e-crise-do-welfare-state.htm?cmpid=copiaecola>>. Acesso em: 26 out. 2018.

<sup>16</sup> BOAVENTURA, Alana Duarte dos Santos. A constitucionalização dos direitos humanos. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3703, 21 ago. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25152>>. Acesso em: 24 set. 2018.

<sup>17</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 23 set. 2018.

<sup>18</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 23 set. 2018.

político, cuja materialização dependeria da atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, para se tornar um regramento com força normativa exigindo uma nova postura aos seus intérpretes.<sup>19</sup>

Depreende-se, portanto, que o implemento de Direitos Fundamentais nas Constituições gerou um novo entendimento, pois, assim como os princípios, esses direitos também precisavam ser ponderados, mas para tanto, seus intérpretes precisavam se valer de uma nova técnica hermenêutica.<sup>20</sup>

Nesse sentido, corrobora com tal afirmação as palavras de Daniel Sarmento,

A necessidade de resolver tensões entre princípios constitucionais colidentes - frequente em constituições compromissórias, marcadas pela riqueza e pelo pluralismo axiológico - deu espaço ao desenvolvimento da técnica da ponderação, e tornou frequente o recurso ao princípio da proporcionalidade na esfera judicial. E a busca de legitimidade para estas decisões, no marco de sociedades plurais e complexas, impulsionou o desenvolvimento de diversas teorias da argumentação jurídica, que incorporaram ao Direito elementos que o positivismo clássico costumava desprezar, como considerações de natureza moral, ou relacionadas ao campo empírico subjacente às normas. **Neste contexto, cresceu muito a importância política do Poder Judiciário.** Com frequência cada vez maior, questões polêmicas e relevantes para a sociedade passaram a ser decididas por magistrados, e sobretudo por cortes constitucionais, muitas vezes em razão de ações propostas pelo grupo político ou social que fora perdedor na arena legislativa. (grifo meu)<sup>21</sup>

Diante desse cenário, o Poder Judiciário aos poucos começou a ascender e ganhar importância no terreno da Política. *“De poder quase “nulo”, mera “boca que pronuncia as palavras da lei”*, como lhe chamara Montesquieu, o Poder Judiciário se viu alçado a uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado contemporâneo”. O juiz começava a se tornar um grande protagonista do neoconstitucionalismo, e essa nova postura judicial foi essencial para o

---

<sup>19</sup> Postura essa fundada na ideia de que as normas constitucionais deveriam ter aplicabilidade direta e imediata, sendo estas dotadas de imperatividade. Não bastava apenas que um ordenamento trouxesse direitos em seu corpo textual, esse documento deveria ter força suficiente para concretizar a aplicabilidade e a concretização desses direitos, de maneira que uma Constituição deveria ser interpretada a partir de uma nova forma de hermenêutica constitucional.

<sup>20</sup> SIMÕES, Bruna Carvalho Alves. A evolução do constitucionalismo. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF, 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47359&seo=1>>. Acesso em: 25 set. 2018.

<sup>21</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Dsarmiento advogados**. Disponível em: <<http://www.dsarmiento.adv.br/content/3-publicacoes/16-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidadesdaniel-sarmiento.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2018.

desenvolvimento do fenômeno e, posteriormente, para o surgimento da judicialização.<sup>22</sup>

Diante dessa esteira intelectual, entende-se que o neoconstitucionalismo encerrou um período completamente positivista – que ficou conhecido como o “Império das leis” – abriu espaço para a ascensão do Poder Judiciário e consagrou a força normativa da Constituição, resignificando a ordem jurídica constitucional.<sup>23</sup>

## 2.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUA CONSTITUCIONALIZAÇÃO ABRANGENTE

Em 05 de outubro de 1988 foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil. Elaborada por uma Assembleia Nacional Constituinte de quinhentos e cinquenta e nove parlamentares, sob o comando de Ulysses Guimarães, a nova Carta Constitucional foi muito comemorada sendo considerada um símbolo vitorioso da nova democracia no país. A sétima carta constitucional ficou conhecida como a “Carta Cidadã”, pois teve a participação direta do povo na sua elaboração.

Sabe-se bem que o objetivo do legislador não era apenas elaborar mais um documento político, mas, que queria criar uma carta revolucionária transformadora para salvar o país do momento autoritário em que se encontrava, inaugurar um período de redemocratização da nação brasileira, e o mais importante, afastar definitivamente qualquer probabilidade de restauração de um novo regime autoritário.<sup>24</sup>

Destaque-se, que antes de 1988, os regramentos infraconstitucionais possuíam caráter imperativo por vezes até maior do que as próprias Constituições vigentes, inclusive alguns decretos tinham mais efetividade que própria lei, já que as

---

<sup>22</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Dsarmiento advogados**. Disponível em: <<http://www.dsarmiento.adv.br/content/3-publicacoes/16-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidadesdaniel-sarmiento.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2018.

<sup>23</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 26 set. 2018.

<sup>24</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Dsarmiento advogados**. Disponível em: <<http://www.dsarmiento.adv.br/content/3-publicacoes/16-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidadesdaniel-sarmiento.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2018.

Constituições anteriores eram desvalidas de direitos e garantias constitucionais, e sua materialização dependia da atuação dos poderes Legislativo e Executivo, ou seja, não possuíam aplicabilidade imediata.<sup>25</sup>

Sobre o tema, Luís Roberto Barroso relembra que na época, era praticamente inaceitável que um indivíduo fosse à juízo pleitear qualquer direito com fulcro na Carta Constitucional, segundo o Ministro,

A disfunção mais grave do constitucionalismo brasileiro, naquele final de regime militar, era a falta de efetividade das normas constitucionais. Indiferentes ao que prescrevia a Lei Maior, os estamentos perenemente dominantes construíam uma realidade própria de poder, refratária a uma real democratização da sociedade e do Estado.<sup>26</sup>

De tal forma, sob a influência neoconstitucionalista, a CF/88 teve sua força reconhecida, e sua normatividade começou a se fazer plena, tornando-se fonte de direitos e de obrigações, complementemente desvinculada da necessidade de intermediação do legislador. Dessa sorte, a partir dela, diversos princípios constitucionais foram edificados e incorporaram-se valores de justiça e ética, o que serviu de sustentáculo axiológico para todo o ordenamento brasileiro. Sua força se expandiu de tal forma que fez com que seu imperativo constitucional servisse de critério interpretativo para todo o regramento jurídico infraconstitucional.<sup>27</sup>

E assim, como expôs Luís Roberto Barroso, o diploma constitucional começou a tratar dos mais variados assuntos, englobando um extenso rol de direitos fundamentais e sociais, ocasionando em uma constitucionalização extremamente abrangente:

A passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico deu lugar ao fenômeno da constitucionalização do Direito, que consiste na leitura do

---

<sup>25</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Dsarmiento advogados**. Disponível em: <<http://www.dsarmiento.adv.br/content/3-publicacoes/16-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidadesdaniel-sarmiento.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2018.

<sup>26</sup> BARROSO, Luís Roberto. O Constitucionalismo Democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. **Luís Roberto Barroso. Jurisdição Constitucional e debates Públicos**. Disponível em: < [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo\\_democratico\\_brasil\\_cronica\\_um\\_sucesso\\_imprevisto.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf) >. Acesso em: 03 out. 2018.

<sup>27</sup> BARROSO, Luís Roberto. O Constitucionalismo Democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. **Luís Roberto Barroso. Jurisdição Constitucional e debates Públicos**. Disponível em: < [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo\\_democratico\\_brasil\\_cronica\\_um\\_sucesso\\_imprevisto.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf) >. Acesso em: 03 out. 2018.

direito infraconstitucional à luz dos princípios, mandamentos e fins previstos na Constituição.<sup>28</sup>

Nesse diapasão, segundo Luís Roberto Barroso, a constitucionalização se desdobrou em dois ângulos, distintos e correlatos, ao mesmo tempo. Primeiramente, na inserção de normas que visavam à efetivação de direitos das mais diferentes áreas do direito (direito administrativo, direito penal, direito civil, direito trabalhista, etc.), matérias estas, que por sinal, antes ficavam reservadas ao processo político majoritário, mas que agora, deveriam ser aplicadas tanto pela sociedade quanto (principalmente) pelo do Estado.<sup>29</sup>

Nesse prisma, conforme, observa Oscar Vilhena Vieira em um interessante estudo sobre os Direitos Fundamentais abarcados pela Constituição de 1988,

Somente no art. 5º temos 77 incisos dispendo basicamente sobre direitos civis, ou seja, direitos relativos às liberdades, à não-discriminação e ao devido processo legal (garantias do Estado de Direito). Alguns dos direitos relativos às liberdades são retomados a partir do art. 170, que rege nossa ordem econômica. Do art. 6º ao art. 11, por sua vez, temos direitos sociais, que serão ainda estendidos entre os arts. 193 e 217. [...] Por fim, há, ainda, direitos ligados a comunidades e grupos vulneráveis, como a proteção especial à criança, ao idoso, ao índio (arts. 227, 230 e 231), ou, ainda, a proteção ao meio ambiente (art. 225 da CF).<sup>30</sup>

Logo, pode-se afirmar que a constitucionalização resultou na irradiação dos preceitos constitucionais para os mais variados ramos do direito infraconstitucional, fazendo com que, conseqüentemente, todas as normas infraconstitucionais também fossem também dotadas de efetividade, as quais deveriam ser aplicadas sob a égide dos direitos, princípios e valores constitucionais.<sup>31</sup>

Por conseguinte, é válido equacionar que a nova Carta Constitucional

<sup>28</sup> BARROSO, Luís Roberto. O Constitucionalismo Democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. **Luís Roberto Barroso. Jurisdição Constitucional e debates Públicos**. Disponível em: < [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo\\_democratico\\_brasil\\_cronica\\_um\\_sucesso\\_imprevisto.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf) >. Acesso em: 03 out. 2018.

<sup>29</sup> BARROSO, Luís Roberto. O Constitucionalismo Democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. **Luís Roberto Barroso. Jurisdição Constitucional e debates Públicos**. Disponível em: < [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo\\_democratico\\_brasil\\_cronica\\_um\\_sucesso\\_imprevisto.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf) >. Acesso em: 03 out. 2018.

<sup>30</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena, **Direitos Fundamentais: uma Leitura da Jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006, p.41.

<sup>31</sup> A partir de então, começa-se a falar em constitucionalização do Direito Civil, constitucionalização do Direito Penal, constitucionalização do Direito Trabalhista, etc.

fortaleceu a tradição brasileira de jurisdição constitucional, pois, de certa forma, centralizou questões sociais que antes eram contidas, para permitir agora a judicialização de importantes demandas sociais.<sup>32</sup>

Assim entende Eduardo Appio,

A tradição brasileira de jurisdição constitucional se fortaleceu após 1988, na medida em que a Constituição Federal vigente teria canalizado demandas sociais reprimidas, refletindo, contudo, uma “Carta-compromisso” de transformação social do país, como lembra Lobato, de maneira a **judicializar** algumas das importantes questões políticas no Brasil. (grifo do autor)<sup>33</sup>

Sob essa ótica, Oscar Vilhena Vieira concluiu que todo esse arranjo constitucional foi determinante para a judicialização demasiada que se vê hoje em dia,

(...) a Constituição transcendeu os temas propriamente constitucionais e regulamentou pormenorizada e obsessivamente um amplo campo das relações sociais, econômicas e públicas, em uma espécie de *compromisso maximizador*. Este processo, chamado por muitos colegas de constitucionalização do direito, liderado pelo Texto de 1988, criou, no entanto, uma enorme esfera de tensão constitucional e, conseqüentemente, **gerou uma explosão da litigiosidade constitucional. A equação é simples: se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno.** (grifo meu).<sup>34</sup>

Assim, em tal conjectura, entende-se que a constitucionalização abrangente é um dos principais motivos propiciadores da judicialização da política, pois a partir do momento que uma Carta Constitucional dispõe de maneira tão ampla sobre direitos constitucionais, e ainda garante essa prestação de forma imediata, subentende-se que esses direitos deixam de ser meras promessas políticas, podendo ser reivindicados por qualquer cidadão. E não obstante, exige-se que o Estado

---

<sup>32</sup> APPIO, Eduardo. A judicialização da política em Dworkin. **Periódicos UFSC**, Florianópolis. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15279>>. Acesso em: 26 out. 2018.

<sup>33</sup> APPIO, Eduardo. A judicialização da política em Dworkin. **Periódicos UFSC**, Florianópolis. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15279>>. Acesso em: 26 out. 2018.

<sup>34</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/103234>>. Acesso em: 04 out. 2018.

concretize a prestação dessas prerrogativas, e se não o fizer, poderá ser pleiteada judicialmente a prestação dessa tutela jurisdicional.<sup>35</sup>

Assim entende Luís Roberto Barroso,

No Brasil, o fenômeno assumiu proporção ainda maior, em razão da constitucionalização abrangente e analítica – constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis.<sup>36</sup>

De tal modo, entende-se que a promulgação da CF/88 estimulou o exercício da cidadania e conferiu aos cidadãos “maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais.” Em outras palavras, a abrangente constitucionalização de direitos e garantias, ocasionou na conscientização dos brasileiros sobre seus direitos, o que desencadeou um pensamento geral de ativismo em busca da concretização dos direitos constitucionais, e tal fenômeno, no caso brasileiro, assume contornos ainda maiores, dado o fato de a Constituição resguardar uma infinidade de matérias. “Incluir uma matéria na Constituição significa, de certa forma, retirá-la da política e trazê-la para o direito, permitindo a judicialização.”<sup>37</sup>

### 2.3 O MODELO BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Para que a Carta Magna não fosse apenas um mero documento político, bem como, que suas normas não servissem somente como instrumento de retórica política, o legislador criou mecanismos de defesa da supremacia constitucional e

---

<sup>35</sup> NARDELLI, M. A. M.; CUNHA NETO, E. Ainda Sobre a Expansão Global do Poder Judicial: Aspectos Sobre o Protagonismo Judicial e suas Origens. **Fasb**. Disponível em: <<http://www.fasb.edu.br/revista/index.php/campojuridico/article/view/85/99>>. Acesso em: 04 out. 2018.

<sup>36</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **RFD- Revista da Faculdade de Direito- UERJ**, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1794/2297>>. Acesso em: 06 out. 2018.

<sup>37</sup> BARROSO, LUÍS ROBERTO. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em: 13 out. 2018.

atribuiu ao Judiciário a tarefa de executá-los e promover a sua concretização através do Controle de Constitucionalidade.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho conceitua controle de constitucionalidade como:

(...) a verificação da adequação de um ato jurídico (particularmente da lei) à Constituição. Envolve a verificação tanto dos requisitos formais – subjetivos, como a competência do órgão que o editou – objetivos, como a forma, os prazos, o rito, observados em sua edição – quanto dos requisitos substanciais – respeito aos direitos e às garantias consagrados na Constituição – de constitucionalidade do ato jurídico.<sup>38</sup>

Basicamente, o objetivo principal do controle de constitucionalidade é a verificação de compatibilidade entre uma norma infraconstitucional e uma norma expressa na Carta Maior, tão logo, ausente essa compatibilidade considerar-se-á tal ato inconstitucional.

A esse respeito, Luís Roberto Barroso ensina que ao se verificar a existência do controle de constitucionalidade, duas premissas são reputadas essenciais: a supremacia e a rigidez da Constituição.<sup>39</sup>

A primeira demonstra o papel de destaque que a Constituição exerce dentro do ordenamento jurídico. O controle de constitucionalidade está relacionado com a rigidez constitucional e foi criado diante da necessidade de proteção e de garantia da primazia da Lei Maior. Dessarte, a rigidez por meio do qual ela foi formulada revela a sua superlegalidade constitucional, de modo que, todo o regramento jurídico deve se adequar aos preceitos da Constituição, tanto do ponto de vista formal, quanto do ponto de vista material.<sup>40</sup>

Como constata Luís Roberto Barroso,

*A supremacia da Constituição* revela sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, que se estrutura de forma escalonada, em diferentes níveis. É ela o fundamento de validade de todas as demais normas. Por força dessa supremacia, nenhuma lei ou ato normativo — na verdade,

---

<sup>38</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 35. ed. São Paulo: Saraiva: 2009. p. 60.

<sup>39</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva: 2012. p.13.

<sup>40</sup> GONÇANES FILHO, Kildare. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 316.

nenhum ato jurídico — poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição.<sup>41</sup>

A segunda premissa, a rigidez constitucional, também se apresenta como um meio de controle. De acordo com essa premissa, para que a Constituição possa ser considerada um pressuposto de validade, é necessário que se siga todo um procedimento formal de criação, ou de reforma<sup>42</sup> “mais complexo do que aquele apto a gerar normas infraconstitucionais”. Essa rigidez fortalece a importância hermenêutica e impõe uma supremacia, de modo que, ao contrário do que acontece em casos de conflitos de normas infraconstitucionais – que, como regra, a lei posterior revoga a lei anterior – no caso de conflito de qualquer lei ou ato normativo com a Constituição, tal dispositivo infraconstitucional deverá ser expurgado do ordenamento jurídico em razão da sua inconstitucionalidade.<sup>43</sup>

Luís Roberto Barroso destaca que “um dos fundamentos do controle de constitucionalidade é a proteção dos Direitos Fundamentais, inclusive e, sobretudo os das minorias, em face de maiorias parlamentares.” Nessa senda, da mesma forma que é tarefa do Judiciário dizer o que é o direito, cabe e ele também a missão de questionar a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo.<sup>44</sup>

Destarte, sempre que houver um conflito entre duas normas, será o juiz quem vai decidir qual norma deverá ser aplicada ao caso concreto, assim como, se uma lei ou ato normativo confrontar o texto constitucional, será também de competência do magistrado a análise de tal ato, bem como a tarefa de decidir, se, será aplicada, ou se será afastada em razão de sua inconstitucionalidade.<sup>45</sup>

---

<sup>41</sup> BARROSO, 2012. p.13.

<sup>42</sup> O procedimento legal para reforma da Constituição está previsto no artigo 60º da CF/88: “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.”

<sup>43</sup> BARROSO, op. cit., p.13.

<sup>44</sup> BARROSO, loc. cit.

<sup>45</sup> FERREIRA FILHO, 2009. p. 61.

É certo que o controle de constitucionalidade já existe no Brasil desde a proclamação da República em 1891,<sup>46</sup> contudo, somente a partir de 1988 que o instituto passou a ser largamente utilizado, isso se deu, principalmente, em virtude da democratização ocasionada pela ampliação do rol de legitimados para a propositura das ações do controle concentrado.<sup>47</sup>

É de bom alvitre rememorar também que, hodiernamente, o Brasil utiliza um sistema híbrido, dado que vigoram dois modelos de controle de constitucionalidade: o difuso e o concentrado.

O sistema concentrado, também chamado de abstrato, ou ainda de controle por ação direta, recebe esse nome por ficar concentrado na esfera de um único Tribunal Constitucional, competência que, em regra <sup>48</sup>, é exercida pelo Supremo Tribunal Federal. Sabe-se que o objeto principal das ações diretas é a declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade de uma lei ou ato normativo em abstrato. <sup>49</sup> Pois bem, como dito, a CF/88 ampliou significativamente a legitimação para propositura das representações de inconstitucionalidade, acabando com o monopólio exercido pelo Procurador-Geral da República, podendo se dizer que hoje o Brasil possui o maior rol de legitimados do mundo. <sup>50</sup>

O controle difuso, por sua vez, recebe tal nomenclatura visto que pode ser realizado, de modo generalizado, por qualquer juiz ou tribunal do país. “É a única via acessível ao cidadão comum para a tutela de seus direitos subjetivos

---

<sup>46</sup> Constituição Federal de 1891: “Art. 59 § 1º. “Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá. recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade ou aplicação de tratados e leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado for contra ella; b) quando se contestar a validade de leis ou de actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do Tribunal do Estado considerar validos esses actos, ou essas leis impugnadas.”

<sup>47</sup> BARROSO, 2012. p. 21.

<sup>48</sup> Digo “em regra”, pois é possível também que o Tribunal de Justiça Estadual realize controle de constitucionalidade, quando analisa uma representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição estadual. Nesse sentido dispõe a CF/88 no artigo.125, § 2º: “Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.”

<sup>49</sup> Importante lembrar que não se fala em caso concreto no controle concentrado, mas sim na declaração da compatibilidade de tal ato normativo com a Constituição Federal em abstrato.

<sup>50</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. DF: Senado, 1998. Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional.

constitucionais”. Nesse prisma, para que exista esse controle, pressupõem-se a existência de um processo judicial, e que através deste tenha sido suscitada alguma questão constitucional. Desta forma, como a nossa Constituição (extremamente abrangente) pode ser interpretada em qualquer instância jurisdicional do país, “se o juiz ou tribunal, apreciando a questão que lhe cabe decidir, reconhecer que de fato existe incompatibilidade entre a norma invocada e a Constituição, deverá declarar sua inconstitucionalidade, negando-lhe aplicação ao caso concreto.”<sup>51</sup>

Nessa senda, é possível chegar a conclusão de que o controle de constitucionalidade é também uma das molas propulsoras para o enrobustecimento da judicialização no país, ao passo que outorga o Poder Judiciário a intervir e, por vezes, até limitar os demais poderes, tendo como respaldo a Constituição Federal.

Assim conclui Luís Roberto Barroso,

No Brasil, o fenômeno assumiu proporção ainda maior, em razão da constitucionalização abrangente e analítica – constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis – e **do sistema de controle de constitucionalidade** vigente entre nós, em que é amplo o acesso ao Supremo Tribunal Federal por via de ações diretas. (grifo meu)<sup>52</sup>

Ora, a essa conjuntura ainda se acrescenta a quantidade (ampla) de legitimados para propositura de ação direta, incluindo dentro desse grupo as inúmeras entidades públicas e privadas, sociedades de classe de âmbito nacional e ainda, as inúmeras confederações sindicais que podem ajuizar as ações diretas. +

Assim, chega-se a conclusão de que, praticamente, qualquer assunto político ou moralmente relevante pode ser levado Supremo Tribunal Federal.<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> BARROSO, 2012. p. 37.

<sup>52</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **RFD- Revista da Faculdade de Direito- UERJ**, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1794/2297>>. Acesso em: 06 out. 2018.

<sup>53</sup> BARROSO, LUÍS ROBERTO. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)> Acesso em: 13 out. 2018

### 3 ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA

#### 3.1 DISTINÇÃO ENTRE DIREITO E POLÍTICA

É cediço que o Poder Judiciário exerce um papel de destaque no meio político. “Em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, tribunais constitucionais tornaram-se protagonistas de discussões políticas ou morais em temas controvertidos.”<sup>54</sup>

Entretanto, embora intimamente ligados, “Direito” e “Política” não devem ser confundidos, e sua diferenciação é fundamental que para o entendimento da democracia. Nesse diapasão, Luís Roberto Barroso faz questão de delimitar esses dois institutos. Segundo o ministro, “Na política, vigoram a soberania popular e o princípio majoritário. O domínio da vontade. No direito, vigora o primado da lei (*the rule of law*) e do respeito aos direitos fundamentais. O domínio da razão.”<sup>55</sup>

Assim, pode-se afirmar que, enquanto a Política está intrinsecamente interligada à ideia de soberania popular e ao princípio majoritário, o Direito está conectado a uma ideia de limitação de poder e estabelecimento de direitos fundamentais. Nessa senda, a Política é um universo de vontade majoritária, ao passo que o Direito é o recinto de razão pública.<sup>56</sup>

No que tange à aplicação do Direito, também é possível vislumbrar uma diferenciação para com a Política, principalmente quando se trata das ferramentas que objetivam evitar a interferência do poder político sobre o judicial. Nesse aspecto, a CF/88 estabeleceu limites ao legislador, como a vedação de edição de normas retroativas que objetivem alcançar casos concretos. Da mesma forma, a

---

<sup>54</sup> BARROSO, Luís Roberto. O Constitucionalismo Democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. **Luís Roberto Barroso. Jurisdição Constitucional e debates Públicos**. Disponível em: < [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo\\_democratico\\_brasil\\_cronica\\_um\\_sucesso\\_imprevisto.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf) >. Acesso em: 12 out. 2018

<sup>55</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **RFD- Revista da Faculdade de Direito- UERJ**, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1794/2297>>. Acesso em: 06 out. 2018.

<sup>56</sup> Direito e Política: o papel do STF e suas relações com os demais Poderes da República. Palestra ministrada por Luís Roberto Barroso no Instituto Fernando Henrique Cardoso. São Paulo: 2015.

Constituição Federal também conferiu autonomia e independência aos magistrados, que por sua vez, ficaram adstritos às normas das quais não podem se afastar.<sup>57</sup>

Nessa conjectura, Eduardo Appio diferencia o Direito da Política de acordo com os princípios que guiam os operadores do Direito e os atores políticos,

O exercício desta atividade, portanto, seria substancialmente diverso da atividade desempenhada pelos juízes neste sistema, na medida em que os primeiros, sujeitos que estão à escolha através do voto a cada quatro anos, pautam sua atividades guiados por princípios de política. Os últimos, por princípios jurídicos que vão assumir, ao longo da obra do autor, um papel de unidade lógica de sua concepção/narração.

Sob essa ótica, a visão da professora Vera Karam complementa o pensamento de Eduardo Appio,

Os argumentos de política justificam, segundo Dworkin, uma decisão mostrando que esta avança ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo enquanto que os argumentos de princípio o fazem mostrando que a decisão respeita ou assegura algum direito individual ou de grupo. As decisões judiciais devem ser geradas por princípios e não por políticas.<sup>58</sup>

Entretanto, sabe-se que existem algumas situações não há como separar o “Direito” da “Política”, ao passo que Direito é fruto de um processo constituinte legislativo (político).<sup>59</sup> Nesse diapasão, pode-se dizer que, tal como a Política, o Direito é uma ferramenta utilizada pela sociedade para se auto-organizar, e nesse sentido, entende-se que ambos auxiliam no atendimento dos interesses da sociedade e acabam por estar quase sempre vinculados.

Assim entende Adriana Maria Silva Santos,

Tanto o Direito como a Política, (...) cumprem uma função de possibilitar uma organização mais adequada das diferentes sociedades. No entanto,

---

<sup>57</sup> Direito e Política: o papel do STF e suas relações com os demais Poderes da República. Palestra ministrada por Luís Roberto Barroso no Instituto Fernando Henrique Cardoso. São Paulo: 2015.

<sup>58</sup> CHUEIRI, Vera Karam de. Considerações em torno da coerência narrativa de Ronald Dworkin. **Periódicos UFSC**, V. 12 n. 23. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16154/14706>>. Acesso em 26 out. 2018.

<sup>59</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. RFD- Revista da Faculdade de Direito- UERJ, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1794/2297>>. Acesso em: 06 out. 2018.

ambos gozam de uma visão pejorativa na maioria da sociedade, que os considera como misteres executados por pessoas mais voltadas para a satisfação de interesses particulares que a consecução de benefícios de caráter social ou, como consequência de inúmeros anos de opressão, concebe ambos como afazeres próprios de mentes privilegiadas, caracterizados por um hermetismo que apenas poucos privilegiados conseguem compreender.<sup>60</sup>

De tal modo, a demarcação entre o direito e a política não é totalmente nítida e certamente não é fixa, e, portanto existem áreas de interesse, de interpenetração e área cinzentas em que é difícil determinar qual é o espaço compete a cada um.<sup>61</sup>

### 3.2 O DESCRÉDITO COM A POLÍTICA MAJORITÁRIA

“Desonestos, insensíveis e mentirosos” essas são as considerações dos brasileiros sobre os atores da classe política brasileira segundo uma pesquisa realizada pelo Instituto Ibope Opinião, publicada pela Revista Veja. De acordo com a pesquisa, apenas 3% dos brasileiros entrevistados acreditam que os parlamentares estão lutando de fato para defender os interesses da sociedade.<sup>62</sup>

“Uma imensa parcela de brasileiros (84%) acha que os parlamentares trabalham pouco e 52% consideram que não passa de 10% o número de bons deputados e senadores do país. Mais constrangedor do que isso, só os adjetivos que os entrevistados selecionaram para classificar os seus representantes. Pela ordem: desonestos (55%); insensíveis aos interesses da sociedade (52%); e mentirosos (49%)”<sup>63</sup>

<sup>60</sup> SANTOS, Adriana Maria Silva. Direito e política: uma relação na sociedade. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, 2018. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1916](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1916)>. Acesso em: 10 out. 2018.

<sup>61</sup> SANTOS, Adriana Maria Silva. Direito e política: uma relação na sociedade. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, 2018. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1916](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1916)>. Acesso em: 10 out. 2018.

<sup>62</sup> A matéria foi publicada pela revista Veja no ano de 2007, a matéria original que só pode ser acessada por assinantes da revista, mas é possível encontrar outros artigos fazendo referência a esta matéria como esta localizada na página Congresso em Foco e pode ser conferida na seguinte referência: Estudo mostra descrédito da população com políticos **Congresso em Foco**. <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/estudo-mostra-descredito-da-populacao-com-politicos/>>. Acesso em 08 out. 2018.

<sup>63</sup> Estudo mostra descrédito da população com políticos **Congresso em Foco**. <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/estudo-mostra-descredito-da-populacao-com-politicos/>>. Acesso em 08 out. 2018.

Lamentavelmente, as informações acima não são inéditas, diariamente publicam-se diversas pesquisas relacionadas ao tema e todas remetem para os mesmos resultados. O dado mais chocante é que a pesquisa mencionada foi realizada há mais de dez anos e publicada pela Revista Veja no ano de 2007. De lá para cá nada mudou, aliás, pode-se dizer que até piorou, pois a cada dia que passa houve-se falar ainda mais na palavra “corrupção”.

Nas últimas décadas os brasileiros presenciaram diversos espetáculos de corrupção, como exemplo pode-se citar o caso do “Mensalão”, um dos maiores escândalos políticos que o país já presenciou. E quando o Brasileiro achava que já tinha visto todo tipo de indecoro parlamentar, depara-se com a “Operação Lava Jato”, que até momento da presente pesquisa, foi a maior investigação de corrupção já realizada no país<sup>64</sup>, que investigou, além de inúmeros parlamentares, empresas como a Petrobrás e algumas das maiores empreiteiras do País. Isso sem falar sobre os diversos outros casos isolados pelo país afora que são divulgados diariamente nos mais diversos veículos de comunicação.

Recentemente, foi realizada uma pesquisa pelo Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia (INCT), publicada pelo jornal “O Estadão” em 23 de junho de 2018, que trouxe um dado assombroso: “Oito em cada dez brasileiros, ou 77,8%, afirmam não ter “nenhuma confiança” nessas instituições.”<sup>65</sup>

O que se pretende demonstrar com as informações trazidas é o quanto à credibilidade do brasileiro para com a política brasileira está prejudicada. É certo que a corrupção não é exclusividade do Brasil, a política no mundo passa por uma fase conturbada, o descontentamento que permeia a sociedade é latente. No caso Brasileiro a crise política-institucional pelo qual o país está passando com as investigações que envolvem parlamentares e a insatisfação com o Governo atual agrava ainda mais o sentimento negativo da sociedade com a política.<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> A título de curiosidade, a revista Exame publicou um artigo interessante que faz um comparativo entre os dois casos “Mensalão x Lava Jato: compare os casos que chocaram o Brasil”. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/mensalao-x-lava-jato-compare-os-casos-que-chocaram-o-brasil/>>. Acesso em 22 set. 2018.

<sup>65</sup> Descredito nos partidos atinge 8 em 10 brasileiros. **Estadão**. São Paulo. 23 jun. 2018. <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,descredito-nos-partidos-atinge-8-em-10-brasileiros,70002362978>>. Acesso em 10 out. 2018

<sup>66</sup> PEREIRA JUNIOR, Jose Aldizio. O Poder Judiciário e a sua função constitucional: algumas reflexões. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 15 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49027&seo=1>>. Acesso em: 15 out. 2018.

Para Luís Roberto Barroso, o desencanto com a política majoritária contribuiu sobremaneira para a judicialização da política, desde então, segundo ele, o povo passou a confiar mais na racionalidade judiciária do que nas “paixões momentâneas da política”.<sup>67</sup>

É patente o quanto a sociedade brasileira se sente representada diante da atuação de juízes que fazem cumprir a lei, como se vê nos últimos anos, muitos magistrados acabaram por se tornar heróis por simplesmente aplicar a lei. Como exemplo pode-se citar o Juiz titular da 13ª Vara Federal de Curitiba, Sergio Moro, o “juiz da Lava Jato” que ficou conhecido no país inteiro por expedir mais de 130 mandados de prisão contra empresários e políticos influentes e recuperar aos cofres públicos bilhões de reais.

Da mesma forma, não se esquece do ministro do STF, Joaquim Barbosa, que presidiu o Supremo Tribunal Federal e foi relator de um dos casos mais famosos da história do STF, conhecido como “Mensalão”. Joaquim Barbosa, com suas posições firmes e críticas contra a corrupção ganhou uma imensidão de fãs Brasil afora, tanto que recebeu até convites para que se candidatasse à presidência da república, o que demonstra claramente a preferência da população pelos magistrados e por pessoas que fazem cumprir a lei, e o quanto o descrédito repousa sobre os atores parlamentares.

Assim, tem-se que concordar com a constatação de Luís Roberto Barroso, o qual afirma que diante do descrédito com a política majoritária, “a judicialização funciona como uma reação das elites tradicionais contra a democratização, um antídoto contra a participação popular e a política majoritária”<sup>68</sup> Em outras palavras, a sociedade acaba depositando todas as suas esperanças e ideais de justiça no Poder Judiciário, pois vê nas instituições judiciais a única forma de obter a tutela (de forma justa e imparcial) de seus direitos.

Essa desconfiança na competência política faz com que toda a coletividade fique cada dia mais atenta aos passos dos parlamentares, isto é, cada vez mais vigilante e reativa para qualquer atuação de abuso de poder ou de contrariedade à lei, que se verificada, acaba em provocação judicial.

---

<sup>67</sup> Direito e Política: o papel do STF e suas relações com os demais Poderes da República. Palestra ministrada por Luís Roberto Barroso no Instituto Fernando Henrique Cardoso. São Paulo: 2015.

<sup>68</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **RFD- Revista da Faculdade de Direito- UERJ**, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1794/2297>>. Acesso em: 06 out. 2018.

E portanto, entende-se que a judicialização, nesse caso, está intimamente ligada com a ineficiência das políticas públicas, pois, a partir do momento que o Estado não cumpre com suas obrigações e não concretiza as políticas públicas, a sociedade passa a buscar a sua efetivação por meios judiciais.

Nesse sentido, constata Eduardo Appio Leal que diante da incapacidade de concretização de políticas públicas, o Poder Judiciário acaba sendo visto pela sociedade como o único meio de obtenção para a concretização dos direitos das minorias,

(...) uma das formas através das quais as minorias (que no Brasil significam as maiorias politicamente desorganizadas) têm para interferir no processo de **tomada de decisão da classe política é, exatamente, a judicialização da questão política**, seja através do Ministério Público, entidades de classe, associações, sindicatos ou autor popular.<sup>69</sup>

Corroborando com essa percepção, Larissa Barreto Maciel, ao afirmar que,

Essa nova procura do Judiciário, mais notadamente percebida por meio dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, é um reflexo da transformação da sociedade, que vem exigindo maior interferência judicial em assuntos que tradicionalmente não lhe são típicos, mas que precisam ser reconhecidos, delimitados e aclarados, porquanto (a sociedade) percebe com maior nitidez seus direitos e os quer aplicados e melhor delineados.<sup>70</sup>

Tais afirmações também se coadunam com o entendimento de Pedro Lenza:

[...] diante da inércia não razoável do Legislador, o Judiciário, em uma postura ativista, passa a ter elementos [suficientes] para suprir a omissão, conforme se verificou nos vários exemplos, fazendo com que o direito fundamental possa ser [finalmente] realizado.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> APPIO, Eduardo. A judicialização da política em Dworkin. **Periódicos UFSC**, Florianópolis. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15279>>. Acesso em: 26 out. 2018.

<sup>70</sup> MACIEL, Larissa Barreto. A judicialização da política e o papel do STF no Estado Democrático de Direito. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 39, n. 126, p. 113-32. jun. 2012. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/779>>. Acesso em: 15 out. 2018.

<sup>71</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1056.

Dentro desse cenário, entende-se que a Justiça acaba se tornando para a sociedade a única esperança, que transfere toda uma expectativa, que antes era depositada nos representantes políticos, para o Judiciário, que por sua vez, resta designado a resgatar os ideais de Justiça e a concretizar os direitos fundamentais elencados na Constituição.<sup>72</sup>

### 3.3 A ASCENSÃO JUDICIAL NO BRASIL

Um dos traços que restaram mais delineados no constitucionalismo contemporâneo foi a supremacia do Poder Judiciário em detrimento dos demais poderes.<sup>73</sup>

Conforme fora explanado, após a Segunda Guerra Mundial o mundo assistiu uma significativa transferência de poder político para o Poder Judiciário. Nesse diapasão, a maioria dos países da Europa entendeu que um Poder Judiciário forte e independente poderia ser a peça chave para a edificação de um constitucionalismo democrático, não somente para proteger o Estado de direito, mas também para resguardar direitos e garantias constitucionais.<sup>74</sup>

Com o intervencionismo promovido pelo “*Welfare State*”, os três Poderes passaram exercer funções atípicas e uma discussão ideológica passou a ser fortemente alavancada e direcionada aos assuntos inerentes ao exercício das funções administrativas e sua relação com o princípio da legalidade. |diante desse cenário o Poder Legislativo, que até então detinha uma hegemonia foi sobrepujado pelo Poder Executivo. Este, por sua vez, começou a desempenhar um papel protagonista na democracia, tendo autonomia para legislar sobre diversos assuntos, o que, por consequência ocasionou em um grande aumento do volume legislativo.<sup>75</sup>

---

<sup>72</sup> PEREIRA JUNIOR. Jose Aldizio. O Poder Judiciário e a sua função constitucional: Algumas Reflexões. **Conteúdo Jurídico**, Disponível em < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-poder-judiciario-e-a-sua-funcao-constitucional-algumas-reflexoes,49027.html>>. Acesso em: 14 out. 18.

<sup>73</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **RFD- Revista da Faculdade de Direito- UERJ**, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1794/2297>>. Acesso em: 06 out. 2018.

<sup>74</sup> BARROSO, 2012. p. 102.

<sup>75</sup> LEAL, Roger Stiefelmann. A judicialização da política. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, UFRGS**. São Paulo, v. 7, n.º 29, p. 230-237, out./dez. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal1.htm>>. Acesso em 26 out. 2018.

Nessa toada, o Poder Judiciário acabou sendo instado a fiscalizar a atuação do Poder Executivo, conforme evidencia Roger Stiefelmann Leal ,

Verificou-se, desse modo, um demasiado aumento na edição de leis, uma verdadeira inflação legislativa. O Poder Judiciário não ficou inerte ante esse crescimento do Executivo e o acentuado aumento do número de leis e atos com força de lei. Passou a ser encarado como o escudo da sociedade, o protetor dos direitos individuais contra os avanços do Estado em “domínios alheios”, assumindo, em certas ocasiões, papéis políticos estranhos à concepção doutrinária clássica. Visto desse enfoque, o Poder Judiciário passou por mudanças de duas ordens: internas ou funcionais e externas ou institucionais. Tais mudanças, de certo modo, permitiram uma maior ingerência dos órgãos jurisdicionais, dando causa ao que se poderia chamar de “judicialização da política”.<sup>76</sup>

No Brasil o empoderamento judicial se deu fatidicamente com a proclamação da nova Carta Constitucional em 1988.

Nesse sentido, Daniel Sarmento salienta:

Até 1988, a lei valia muito mais do que a Constituição no tráfico jurídico, e, no Direito Público, o decreto e a portaria ainda valiam mais do que a lei. O Poder Judiciário não desempenhava um papel político tão importante, e não tinha o mesmo nível de independência de que passou a gozar posteriormente.<sup>77</sup>

Do mesmo modo, como visto outrora, a promulgação da Constituição Brasileira inaugurou uma nova fase, chamada de “redemocratização”, e trouxe, além das muitas garantias mencionadas, uma ampliação dos poderes do Judiciário, que, por sua vez, passou a ocupar um papel relevante dentro do regramento jurídico brasileiro.

Desde então, visualiza-se um aumento significativo nas funções da jurisdição ordinária, assim como, observa-se também uma expansão constitucional e um alargamento expressivo das prerrogativas jurisdicionais.<sup>78</sup>

<sup>76</sup> LEAL, Roger Stiefelmann. A judicialização da política. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, **UFRGS**. São Paulo, v. 7, n.º 29, p. 230-237, out./dez. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal1.htm>>. Acesso em 26 out. 2018.

<sup>77</sup> SARMENTO, Daniel, O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Dsarmiento advogados**. Disponível em: <[http://www.dsarmiento.adv.br/content/3-publicacoes/16-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidadesdaniel-sarmiento.pdf](http://www.dsarmiento.adv.br/content/3-publicacoes/16-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidadesdaniel-sarmiento.pdf)>. Acesso em: 25 set. 2018.

<sup>78</sup> AGRA, Walber de Moura. A Expansão da Jurisdição Constitucional. **Revista Fides**. Disponível em: <<file:///c:/users/samsung/onedrive/%c3%81rea%20de%20trabalho/estudos/1.%20emap/4.%20monogr>>

Nesse contexto, o legislador — preocupado com a atmosfera instável que se circundava na época — teve a precaução de inserir na Carta Constitucional instrumentos que tendessem a resguardá-la de um possível “ataque político”. Para tal, consignou ao Supremo Tribunal Federal o cargo de guarda e fiscal da Constituição Federal, e, para assegurar sua autonomia e integridade, reforçou autoridade judicial proporcionando aos magistrados independência e garantias.<sup>79</sup>

Nesse sentido, observa Roger Stiefelmann Leal:

Paulatinamente, o Poder Judiciário vem assumindo um papel de árbitro do processo político, decidindo conflitos constitucionais de ordem federativa e, sobretudo, de ordem interorgânica, fundamentando tal função na competência de interpretar a Constituição. Ao que parece, a Constituição brasileira de 1988 não destoia de tal tendência, conferindo ao Supremo Tribunal Federal o controle e a mediação política no embate entre os poderes.<sup>80</sup>

Para Luís Roberto Barroso, “a independência do Judiciário é um dos dogmas das democracias contemporâneas”, e todos os países que superaram os regimes autoritários, apresentam como característica, um Poder Judiciário forte capacitado a aplicar a lei de forma imparcial, independentemente de coação política, “baseado em técnicas e princípios aceitos pela comunidade jurídica.”<sup>81</sup>

No entanto, sabe-se que o STF não desempenha apenas a função de guardião de normas constitucionais, ocupa também papel relevante como co-criador hermenêutico em determinadas situações, haja vista, como assevera Luís Roberto

---

afia/poder%20judiciario%20e%20expansao/a\_Expansao\_da\_Jurisdicao\_Constitucional.pdf>. Acesso em: 25 set. 2018.

<sup>79</sup> Em virtude do princípio da independência entre os poderes, o Poder Judiciário possui autonomia para se autogovernar, autonomia administrativa, financeira e funcional, prevista no artigo 99º da Constituição Federal: “Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira”. Afim de preservar a harmonia entre os três poderes, a constituição assegura aos magistrados as garantias funcionais que asseguram a independência e imparcialidade de seus membros: a vitaliciedade, a inamovibilidade, a irredutibilidade de subsídios e as vedações. Esta última visa assegurar a imparcialidade dos órgãos do judiciário, enquanto as outras duas visam garantir independência.

<sup>80</sup> LEAL, Roger Stiefelmann. A judicialização da política. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, **UFRGS**. São Paulo, v. 7, n.º 29, p. 230-237, out./dez. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal1.htm>>. Acesso em 26 out. 2018.

<sup>81</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **RFD- Revista da Faculdade de Direito- UERJ**, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1794/2297>>. Acesso em: 06 out. 2018.

Barroso, que existem momentos em que o Poder Legislativo “não pode, não quer, ou não consegue atuar”.<sup>82</sup>

Nesse diapasão, é válido ponderar que existiram vários momentos em que o Congresso precisava se pronunciar, mas preferiu de omitir, restando ao Supremo a árdua tarefa de decidir questões polêmicas da vida da sociedade, Luís Roberto Barroso as chama de “casos difíceis”<sup>83</sup>. Como exemplo, elencam-se como alguns dos mais polêmicos: o caso da liberação de pesquisas científicas com células-tronco embrionárias, o caso do reconhecimento das uniões homoafetivas, o caso da descriminalização do aborto de fetos anencefálicos, ou ainda o caso da legitimidade das ações afirmativas e das cotas sociais e raciais, entre outros.<sup>84</sup>

Em suma, pode-se dizer que na maioria dos acontecimentos supracitados os parlamentares optaram por não deliberar em razão do alto preço político de suas decisões, e para preencher esse vazio, o Supremo foi compelido a se manifestar, já que este não é passível de sofrer as consequências da insatisfação soberana do povo.<sup>85</sup>

Em eventos como esse, o Supremo acaba por ter que exercer uma função, a qual Luís Roberto Barroso dá o nome de *função representativa*, “que consiste em dar uma resposta às demandas sociais não satisfeitas pelas instâncias políticas tradicionais.” Ou seja, o próprio Supremo, para atender demandas sociais que não foram atendidas tempestivamente pelo Poder Legislativo, vale-se da analogia e da interpretação de princípios constitucionais (judicializa determinadas matérias), trazendo respostas para a sociedade em caráter “temporário”, até que o Congresso venha a editar definitivamente a lei.<sup>86</sup>

---

<sup>82</sup> Esse o tema, será mais bem abordado no próximo tópico.

<sup>83</sup> Barroso, em sua obra “*Constitucionalismo Democrático no Brasil*” faz uma análise sobre a evolução da nova interpretação constitucional. Segundo o constitucionalista, com o passar dos anos, a vida foi ficando progressivamente mais complexa, e ao passo que, ao Judiciário foram chegando demandas que nem sempre podiam ser previstas a sua solução integralmente nas normas, ou seja, que não tinham solução jurídica, a essas demandas Barroso deu o nome de “**casos difíceis**,” que de forma resumida, são as novas demandas em que não é possível ter solução pré-pronta na norma.

<sup>84</sup> BARROSO, Luís Roberto. O Constitucionalismo Democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. **Luís Roberto Barroso. Jurisdição Constitucional e debates Públicos**. Disponível em: < [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo\\_democratico\\_brasil\\_cronica\\_um\\_sucesso\\_imprevisto.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf) >. Acesso em: 02 ago. 2018.

<sup>85</sup> BARROSO, Luís Roberto. O Constitucionalismo Democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. **Luís Roberto Barroso. Jurisdição Constitucional e debates Públicos**. Disponível em: < [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo\\_democratico\\_brasil\\_cronica\\_um\\_sucesso\\_imprevisto.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf) >. Acesso em: 02 ago. 2018.

<sup>86</sup> BARROSO, Luís Roberto. O Constitucionalismo Democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. **Luís Roberto Barroso. Jurisdição Constitucional e debates Públicos**. Disponível em:

De outro lado, há também circunstâncias em que o Supremo é chamado a atuar em ocorrências onde há possibilidade de abuso de poder, geralmente as provocações judiciais partem do Ministério Público, do Conselho Federal da OAB, ou de entidades de classes, responsáveis por representar os anseios da sociedade.

Nesse momento o STF, ao constatar uma ilegalidade ou verificar uma postura que caracterize abuso de poder, tem o dever de invalidar tais atos, e exercer um papel, o qual Luís Roberto Barroso intitula “*contramajoritário*”, pois, segundo ele, “importa em estabelecer limites às maiorias”. Tal papel pode e deve ser exercido para defender as regras do jogo democrático e os direitos fundamentais preconizados na Carta Constitucional.<sup>87</sup>

Entretanto, essa última função acaba por gerar uma grande falácia no que tange à sua legitimidade. De forma geral, as perguntas que se fazem são: o que legitima os membros da Suprema Corte — pessoas que não foram eleitas pelo voto popular — a sobrepor a vontade política de membros eleitos democraticamente? Estaria o Supremo exercendo uma função antidemocrática? Essas perguntas serão respondidas mais a frente, ao final da presente pesquisa.

Cumprido lembrar ainda que a Constituição conferiu ao Supremo o poder de invalidar atos provenientes dos outros Poderes, trata-se do poder de Controle Jurisdicional, fundado na *teoria dos “Freios e Contrapesos”* (lembrando que o Brasil utiliza um sistema unitário de jurisdição), cabendo ao Poder Judiciário a análise e o julgamento dos atos perpetrados pela Administração Pública.

Nesse sentido, advoga Cretella Junior,

Obedecendo ao princípio da legalidade, é necessário, pois, que todo o aparelhamento do Estado, localizado nos órgãos dos três Poderes, lhe controle os atos, efetivamente, na prática, mediante uma série de mecanismos, de ‘freios e contrapesos’, que se reduzem, na realidade, a três tipos de controles: o controle administrativo (ou autocontrole), o controle legislativo e o controle jurisdicional. Dos três, o mais eficiente é o controle jurisdicional dos atos da Administração, mediante uma série de ações

---

<[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo\\_democratico\\_brasil\\_cronica\\_um\\_sucesso\\_imprevisto.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf)>. Acesso em: 02 ago. 2018.

<sup>87</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **RFD- Revista da Faculdade de Direito- UERJ**, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1794/2297>>. Acesso em: 06 out. 2018.

<sup>87</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **RFD- Revista da Faculdade de Direito- UERJ**, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1794/2297>>. Acesso em: 06 out. 2018.

utilizadas pelo interessado, na 'via judicial'. Desse modo a Administração é submetida à ordem judicial.<sup>88</sup>

Assim, “todo e qualquer comportamento da Administração Pública que se faça gravoso a direito pode ser fulminado pelo Poder Judiciário, sem prejuízo das reparações patrimoniais cabíveis.”<sup>89</sup>

Importante ressaltar que não compete ao Judiciário realizar a análise de mérito quanto à qualquer ato praticado pela Administração Pública, esse controle deve ser posterior e unicamente vinculado à análise da legalidade do ato, sendo-lhe defeso analisar a conveniência, oportunidade ou eficiência.<sup>90</sup>

De tal forma, qualquer pessoa que sentir prejudicada terá legitimidade para acionar o Judiciário, sempre que existir abuso de poder ou, que se praticar algum ato de ilegalidade, tal provocação pode ser realizada através de Mandado de Segurança (art. 5º, LXIX da CF/88)<sup>91</sup>. Da mesma senda, existe também a possibilidade de se impetrar Mandado de Segurança Coletivo para defesa dos interesses dos Partidos Políticos, das organizações sindicais, das entidades de Classe ou ainda das Associações, o respaldo legal se encontra no inciso LXX do artigo 5º da Constituição Federal.<sup>92</sup>

Imperioso ressaltar também, que não somente os atos comissivos são objeto de controle, “mas também as suas omissões quando decorrentes de comandos normativos e preceitos constitucionais que deveriam ser cumpridos pela Administração Pública.”<sup>93</sup> É possível, portanto, que o Judiciário, sempre com respaldo na Constituição, imponha ao legislador que satisfaça a mora legislativa,

---

<sup>88</sup> CRETELLA JÚNIOR, J. 1998 apud GREVETTI, Rodrigo Binotto. A possibilidade de controle judicial do ato administrativo. **Direito net**. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4619/A-possibilidade-de-controle-judicial-do-ato-administrativo>>. Acesso em: 13 out. 2018.

<sup>89</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. rev. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p. 86.

<sup>90</sup> PEREIRA JUNIOR. Jose Aldizio. O Poder Judiciário e a sua função constitucional: Algumas Reflexões. **Conteúdo Jurídico**, Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-poder-judiciario-e-a-sua-funcao-constitucional-algumas-reflexoes,49027.html>>. Acesso em: 14 out. 2018.

<sup>91</sup> CF/88, art. 5º. LXIX: conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

<sup>92</sup> CF/88, art. 5º. LXX: o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

<sup>93</sup> COELHO, Ana Izabel Miranda. et al. Controle judicial dos atos administrativos. **Jus**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54416/controle-judicial-dos-atos-administrativos>>. Acesso em: 10 out. 2018.

Desse modo, passou a ser possível o controle da omissão constitucional, permitindo-se, em determinados países como o Brasil (22) e a Alemanha (23), inclusive a imposição de prazo ao legislador para que edite normas, substituindo a discricionariedade legislativa em relação ao momento oportuno para se legislar sobre determinada matéria.<sup>94</sup>

Dessa forma, é possível também que se impetre Mandado de Injunção, sempre que alguém se sentir lesado ante a ausência de uma norma regulamentadora que inviabilize o exercício de direitos constitucionais, (art. 5º, LXXI, da CF/88).<sup>95</sup>

Por fim, não se pode esquecer também das Ações Constitucionais que verificam a conformidade constitucional de ato ou norma jurídica com a Constituição. Como se sabe, podem ser propostas quatro as ações no controle concentrado: Ação Direta de Inconstitucionalidade (art. 102, I,); Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, § 2º); Ação Declaratória de Constitucionalidade (art. 102, I, a); Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, § 1º).

Portanto, entende-se que todas essas atribuições tornaram mais agudo o processo de expansão judicial, e, como constata Roger Stiefelmann Leal,

O controle dos atos administrativos e o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos juntamente ao processo de *ampliação do “campo” constitucional* (28) conferiram uma enorme esfera de poder aos órgãos jurisdicionais, **ocasionando uma inevitável supremacia do Poder Judiciário** que, inclusive, o torna mediador político no embate entre os poderes.<sup>96</sup> (grifo meu)

Inúmeras são as formas de se solicitar tutela jurisdicional contra os atos praticados pelo Legislativo ou pelo Executivo, e convenhamos que todas essas formas vêm sendo utilizadas de maneira bastante intensa pela sociedade. Conforme se verifica nos noticiários, é constante a provocação do Poder Judiciário, e principalmente do STF, pela população, por confederações sindicais, por entidades

<sup>94</sup> LEAL, Roger Stiefelmann. A judicialização da política. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, **UFRGS**. São Paulo, v. 7, n.º 29, p. 230-237, out./dez. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal1.htm>>. Acesso em 26 out. 2018.

<sup>95</sup> CF/88, art. 5º. LXXI: conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

<sup>96</sup> LEAL, Roger Stiefelmann. A judicialização da política. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, **UFRGS**. São Paulo, v. 7, n.º 29, p. 230-237, out./dez. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal1.htm>>. Acesso em 26 out. 2018.

de classe, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pelo Ministério Público, etc.

Nesse prisma, é interessante ainda trazer à baila os ensinamentos do autor francês Antoine Garapon, em sua famosa obra “*O juiz e a Democracia – O Guardião das Promessas*”<sup>97</sup>, que teve por objetivo o estudo da ascensão judicial.

Antoine Garapon apresenta dois motivos, que segundo ele, alavancaram a ascensão judicial: “a apatia popular” e a “inércia ou incapacidade do poder político diante das demandas sociais”. Introduzido nesta problemática, o jurista chegou à conclusão de que o Judiciário acabou sendo visto como a única instituição imparcial capaz de fazer valer os compromissos trazidos no Diploma Constitucional, tendo em vista a instabilidade que surgiu nas democracias modernas. Para o autor, o Judiciário é visto como um “guardião de promessas” constitucionais não cumpridas pelas instâncias majoritárias.<sup>98</sup>

Nas palavras do autor:

O juiz surge como o recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem administrar de outra forma a complexidade e a diversificação que elas mesmas geraram. Ele é o último guardião de promessas tanto para o sujeito como para a comunidade política.<sup>99</sup>

Antoine Garapon também entendeu que o Judiciário ganhou força diante do encolhimento do Poder Legiferante ocasionado pela incompetência em aplicar preceitos constitucionais, o que fez com que a sociedade visse o Judiciário como uma última esperança para a concretização dos preceitos democráticos.<sup>100</sup>

Nessa mesma linha de pensamento, Oscar Vilhena Vieira também afirma que a ascensão judicial e a autoridade que lhe foi conferida em detrimento dos outros poderes, tem feito com que o Poder Judicial exerça uma espécie de última instância para os atos legislativos,

---

<sup>97</sup> GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia**: o guardião de promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 26.

<sup>98</sup> NARDELLI, M. A. M.; CUNHA NETO, E. Ainda Sobre a Expansão Global do Poder Judicial: Aspectos Sobre o Protagonismo Judicial e suas Origens. **Fasb**. Disponível em: <<http://www.fasb.edu.br/revista/index.php/campojuridico/article/view/85/99>> Acesso em: 04 out. 2018.

<sup>99</sup> GARAPON, 1999. p.26.

<sup>100</sup> GARAPON, loc. cit.

A ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias.<sup>101</sup>

Sustenta o autor que nos últimos anos as Supremas Cortes vêm desempenhando uma função de órgão protetor das regras constitucionais, mas, além disso, exercem também função de “criação de regras”, pois acumulam duas funções: a de intérprete e a de legislador, “esta última atribuição, dentro de um sistema democrático, deveria ficar reservada a órgãos representativos, pois quem exerce poder em uma república deve sempre estar submetido a controles de natureza democrática”.<sup>102</sup>

Por fim, não se pode esquecer que Poder Judiciário, quando provocado não pode se abster, tendo em vista a observância obrigatória dos princípios constitucionais da Inércia Processual<sup>103</sup> e da Inafastabilidade da Jurisdição.<sup>104</sup>

Neste diapasão, salienta Celso de Mello:

O Supremo Tribunal Federal — que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte — não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento

<sup>101</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/103234>>. Acesso em: 04 out. 2018.

<sup>102</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/103234>>. Acesso em: 04 out. 2018.

<sup>103</sup> O artigo 2º do Novo Código de Processo Civil dispõe: “Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.” Esse dispositivo consagra o princípio da inércia judicial, também chamado de princípio da jurisdição, que se caracteriza através da vedação instituída ao judiciário, em qualquer grau, de iniciar um processo de ex officio, sem requerimento da parte ou interessado, ou ainda, conforme dispõe o artigo 141º também do referido Código, “O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte”. Também se trata do mesmo princípio, tal dispositivo remete a ideia de que o juiz está intimamente vinculado ao pedido formulado na peça exordial, devendo a sentença estar adstrita a estes limites.

<sup>104</sup> A Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 5º, inciso XXXV o princípio da inafastabilidade da jurisdição, também denominado de cláusula do acesso à justiça, ou ainda chamado de direito de ação: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente com prometidas.<sup>105</sup>

Assim, tem-se que concordar com Luís Roberto Barroso, que afirma que a “judicialização ampla, portanto, é um fato, uma circunstância decorrente do desenho institucional brasileiro, e não uma opção política do Judiciário”,<sup>106</sup>

Nesse contexto, a judicialização constitui um *fato* inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão.<sup>107</sup>

Em síntese, o que Luís Roberto Barroso buscou demonstrar, é que o Judiciário acaba sendo mais expansivo diante das omissões do Poder Legislativo, o que remete a conclusão de que o principal causador da judicialização é o próprio Poder Legislativo.

E quando o Poder Judiciário invade competências, que até então deveriam ser exercidas de forma legítima pelo Poder Legislativo, acaba por ocasionar em um esvaziamento da representatividade desses Poderes.<sup>108</sup>

---

<sup>105</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3685-8/DF. Art. 2º da EC 52, de 08.03.06. Aplicação imediata da nova regra sobre coligações partidárias eleitorais, introduzida no texto do art. 17, § 1º, da CF. Alegação de violação ao princípio da anterioridade da lei eleitoral (CF, art.16) e às garantias individuais da segurança jurídica e do devido processo legal (CF, art. 5º, caput, e LIV). Limites materiais à atividade do legislador constituinte reformador. Art. 60, §4º, IV, e 5º, §2º da CF. Partes: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Roberto Antonio Busato, Congresso Nacional. Relatora: Ministra Ellen Gracie. 22 de março de 2006. **Lex:** jurisprudência do STJ e STF.DJ 10-08-2006 Pergunta de prova:-00019 EMENT vol-02241-0 PP-00193.

<sup>106</sup> BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicialização\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicialização_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em: 13 out. 2018.

<sup>107</sup> BARROSO, 2012. p. 103.

<sup>108</sup> Direito e Política: o papel do STF e suas relações com os demais Poderes da República. Palestra ministrada por Luís Roberto Barroso no Instituto Fernando Henrique Cardoso. São Paulo: 2015.

## 4 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL

### 4.1 CONCEITO DE JUDICIALIZAÇÃO

Judicialização é o processo de transferência decisória dos Poderes Executivo e/ou Legislativo para o Judiciário. Como visto, o fenômeno possui causas múltiplas e tem se tornado rotineiro no mundo contemporâneo, mas, no Brasil foi potencializado por alguns fatores, sendo que o principal deles é comum a praticamente quase todos os países que o vivenciam: o descrédito com a política majoritária.

Conforme exposto anteriormente, no caso do Estado Brasileiro, o fenômeno adquiriu ainda mais impulso com a ajuda de outros fatores também relevantes: o neoconstitucionalismo, a constitucionalização abrangente e o sistema de controle de constitucionalidade misto trazido na nova Constituição, os quais desencadearam em uma ascensão judicial, resultando assim não só na judicialização gradativa da vida, mas também no surgimento do ativismo judicial em determinados momentos.

A expressão “judicialização da política” foi ouvida pela primeira por volta de 1992, em um seminário realizado em um Centro de Estudos do Poder Judiciário de Bolonha, na Itália. A partir deste seminário fora publicada uma obra pelos cientistas políticos Chester Neal Tate e Torbjorn Vallinder intitulada “*The global expansion of Judicial Power*” (A Expansão global do poder judicial) em 1995. Os americanos realizaram estudos empíricos do fenômeno da expansão judicial em diversas democracias contemporâneas e definiram *judicialização da política* como,<sup>109</sup>

“o processo pelo qual os tribunais e juízes tendem a dominar cada vez mais a criação de políticas públicas já criadas (ou, acredita-se amplamente, que pelo menos deveriam ser criadas) por outras agências governamentais, especialmente legislativos e executivos, e 2. o processo pelo qual os fóruns de negociação e de tomada de decisão não-judiciais tornam-se dominados por normas e procedimentos quase-judiciais (legalistas).<sup>110</sup>”

---

<sup>109</sup> TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn 1995 apud ZAULI, Eduardo Meira. Judicialização da política, Poder Judiciário e Comissões Parlamentares de Inquérito no Brasil. **Revista de Sociologia e Política**. vol.19 no.40 Curitiba Oct. 2011. Disponível em: < [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-44782011000300014](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782011000300014)>. Acesso em: 15 out.2018.

<sup>110</sup> TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn 1995 apud ZAULI, Eduardo Meira. Judicialização da política, Poder Judiciário e Comissões Parlamentares de Inquérito no Brasil. **Revista de Sociologia e**

Em síntese, estudando o assunto, Marcella Alves Mascarenhas Nardelli e Eurico da Cunha Neto — citando Chester Neal Tate e Torbjörn Vallinder — chegaram à conclusão de que a judicialização pode ser vista sob duas perspectivas: “*from within*” e “*from without*”<sup>111</sup>

A primeira forma é a interna, (vinda de dentro) na qual os autores chamam “política da justiça”, e perfaz-se através do implemento de métodos judiciais pelos próprios Poderes, Executivo ou Legislativo. Como exemplo, pode-se citar a instauração das Comissões Parlamentares de Inquérito, ou ainda o próprio Tribunal de Contas. A segunda forma — e que mais interessa ao presente estudo — é a judicialização externa (vinda de fora), que se visualiza através do “controle de constitucionalidade de leis e atos dos demais poderes pelos tribunais”, ou seja, quando o Poder Judiciário é instado a se sobrepor sobre matérias reservadas às esferas políticas com base na CF/88.<sup>112</sup>

Essa definição criada por Chester Neal Tate e Torbjörn Vallinder foi bastante difundida no mundo da ciência política. “No Brasil, a explosão de processos, bem caracterizada no mundo político pelas ADINs, tem sido o mais forte argumento daqueles que defendem a existência de um processo de judicialização da política.” Todavia, é certo que a judicialização a política não se dá somente através de controle de constitucionalidade, contudo, as decisões proferidas em sede de controle abstrato são as que possuem maior repercussão perante a mídia e a sociedade política.<sup>113</sup>

Dessa sorte, observa-se que no Brasil, o termo “judicialização” começou a ser largamente utilizado após a promulgação da CF/88. A disseminação do brocardo foi tão ampla que “ultrapassou as fronteiras da academia e passou a ser largamente

---

**Política**. vol.19 no.40 Curitiba Oct. 2011. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-44782011000300014](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782011000300014)>. Acesso em: 15 out.2018.

<sup>111</sup> NARDELLI, M. A. M.; CUNHA NETO, Eurico da. Ainda Sobre a Expansão Global do Poder Judicial: Aspectos Sobre o Protagonismo Judicial e suas Origens. **Fasb**. Disponível em: <<http://www.fasb.edu.br/revista/index.php/campojuridico/article/view/85/99>>. Acesso em: 04 out. 2018.

<sup>112</sup> NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas; CUNHA NETO, E. Ainda Sobre a Expansão Global do Poder Judicial: Aspectos Sobre o Protagonismo Judicial e suas Origens. **Fasb**. Disponível em: <<http://www.fasb.edu.br/revista/index.php/campojuridico/article/view/85/99>>. Acesso em: 04 out. 2018.

<sup>113</sup> CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**. 2004, n.23, pp.127-139. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782004000200011&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782004000200011&script=sci_abstract&tlng=pt)>. Acesso em 18 out. 2018.

utilizada pela imprensa”, muitas vezes, sendo empregado como uma característica negativa.<sup>114</sup>

O ministro Luís Roberto Barroso, que é um grande estudioso do tema, conceitua judicialização:

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas pelo Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder das instâncias tradicionais, que são o Executivo e o Legislativo, para juízes e tribunais.<sup>115</sup>

O ministro assegura que, hodiernamente, a vida passa pela judicialização em algum nível, trata-se de um *fato*, uma situação potencializada por um arranjo constitucional que faz com que o Judiciário decida sobre uma farta gama de assuntos, envolvendo desde importação de pneus, até interrupção de gestação de fetos anencefálicos, passando por cotas raciais, pesquisas com células tronco embrionárias, nepotismo, fidelidade partidária, greve nos serviços públicos, etc. “A vida hoje no Brasil passa quase que inteiramente na jurisdição em algum nível.”<sup>116</sup>

Um dos casos mais famosos de judicialização da vida no Brasil foi a admissão de união estável entre pessoas do mesmo sexo, em decisão do STF, em 2011, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 4277 e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 132.

No campo político, especificamente, pode-se citar a análise do STF sobre o rito de processamento do impeachment da ex-presidente Dilma Rousseff, ou ainda a decisão que definiu o afastamento do presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha.

Nessa toada, a falácia sobre ativismo e judicialização se torna ainda mais acalorada quando as Supremas Cortes judicializam questões de cunho

<sup>114</sup> BARRETO, Alvaro Augusto de Borba. GRAEFF, Caroline Bianca. “Judicialização da política”: arqueologia de um conceito. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/9020/5009?>>. Acesso em: 18 out. 2018.

<sup>115</sup> BARROSO, Luís Roberto. A ascensão política das Supremas Cortes e do Judiciário. **Consultor jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jun-06/luis-roberto-barroso-ascensao-politica-supremas-cortes-judiciario#top>>. Acesso em: 18 out. 2018.

<sup>116</sup> Direito e Política: o papel do STF e suas relações com os demais Poderes da República. Palestra ministrada por Luís Roberto Barroso no Instituto Fernando Henrique Cardoso. São Paulo: 2015.

eminentemente político que dizem respeito às circunstâncias organizacionais do Poder Legislativo, trata-se da judicialização da política.

Como visto, o Poder Judiciário vem sendo instado cada dia mais a se manifestar sobre matérias reservadas a assuntos eminentemente políticos ou sociais, submergindo as esferas reservadas aos Poderes Legislativo e Executivo. Como exemplo típico apresenta-se a decisão do Supremo que reconheceu obrigatoriedade da verticalização das coligações partidárias, caso que será analisado a seguir.

#### 4.1.1 Distinção entre Judicialização, Ativismo e Autocontenção Judicial.

Muito embora pareçam estar umbilicalmente ligados, o ativismo se difere da judicialização. Enquanto o primeiro se trata de um comportamento do magistrado ante a análise de casos concretos,

Ou seja, o ativismo reflete-se como uma forma de atuação, como “uma atitude, uma escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição”, seja anulando atos legislativos, seja no controle de constitucionalidade. Tal característica pode até mesmo ser de toda a Corte julgadora, mas, em princípio, é o reflexo da atitude de cada juiz.<sup>117</sup>

O segundo, seria “um fenômeno político-social, um processo por meio do qual assuntos que não são da esfera do Poder Judiciário sejam levados a ele para serem decididos.”<sup>118</sup> Logo, a judicialização é fruto de um arranjo institucional, entende-se que não se trata de ato de vontade judicial, mas que existe um arranjo que potencializa a judicialização de algumas questões, o que não dá ao poder judicial opção de não se manifestar. “O Judiciário decidiu tais casos porque era exatamente

---

<sup>117</sup> MACIEL, Larissa Barreto. A judicialização da política e o papel do STF no Estado Democrático de Direito. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 39, n. 126, p. 113-32. jun. 2012. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/779>>. Acesso em: 15 out. 2018.

<sup>118</sup> MACIEL, Larissa Barreto. A judicialização da política e o papel do STF no Estado Democrático de Direito. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 39, n. 126, p. 113-32. jun. 2012. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/779>>. Acesso em: 15 out. 2018.

o que lhe cabia fazer, sem restar outra alternativa (princípio da inafastabilidade da jurisdição).”<sup>119</sup>

Luís Roberto Barroso afirma que o ativismo é uma espécie de “primo” da judicialização, ou seja, nesse caso não se trata de um fato, mas de uma atitude que visa amplificar os poderes dos magistrados ao interpretar casos não previstos em lei:

120

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. (...). Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.<sup>121</sup>

Ativismo é, portanto, uma postura proativa por parte dos magistrados para a análise de casos concretos que não tenham uma definição pronta na norma. Utiliza-se de princípios constitucionais para decidir situações que não previstas, sendo por isso, que tal questão interfere mais intensamente no espaço dos outros dois Poderes.

Gisele Leite ressalva que, geralmente, o ativismo judicial ocorre onde há uma “retração do Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo o atendimento de demandas sociais e a efetividade de garantia de direitos constitucionalmente protegidos:

O ativismo se revela exemplificadamente pela aplicação direta da Constituição em situações não expressamente contempladas e inerentemente de manifestação do legislador ordinário; a declaração inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critério menos rígidos quando ocorre a patente e ostensiva violação da

<sup>119</sup> LEITE, Gisele. Judicialização e democracia. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, 2018. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=18250&revista\\_caderno](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18250&revista_caderno)>. Acesso em: 19 out. 2018.

<sup>120</sup> BARROSO, Luís Roberto. A ascensão política das Supremas Cortes e do Judiciário. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jun-06/luis-roberto-barroso-ascensao-politica-supremas-cortes-judiciario#top>>. Acesso em: 18 out. 2018.

<sup>121</sup> BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)> Acesso em: 18 out. 2018.

Constituição; na imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.<sup>122</sup>

Nesse mesma vereda, Luís Roberto Barroso cita como exemplo de posturas ativistas a questão da exigência de fidelidade partidária, caso em que o Supremo, com fulcro no princípio democrático, entendeu que as cadeiras do Congresso Nacional pertencem aos partidos políticos, o que, por consequência, criou — além das situações já previstas na legislação — uma nova modalidade de perda de mandato.<sup>123</sup>

O ativismo, portanto, está relacionado a uma presença judicial intensa na vida da sociedade, essencialmente, no que tange à efetivação de valores e princípios constitucionais, com maior ingerência na esfera dos poderes legiferantes, podendo ser revelado de duas formas: Primeiramente, através da interpretação extensiva constitucional em casos concretos não previstos em lei. Em um segundo momento, por meio da decretação de inconstitucionalidade de condutas praticadas pelos poderes legiferantes, mas com critérios menos severos, ou ainda, através do estabelecimento de obrigações ao exercício da máquina pública.<sup>124</sup>

Portanto, em síntese, depreende-se que o ativismo se coaduna com uma atitude mais expansiva da atuação judicial, que se dá, quando o Judiciário constrói — geralmente através da aplicação de princípios e valores constitucionais — normas que não foram positivadas no ordenamento jurídico, e, que, especialmente no caso brasileiro, coincidem com fatos envolvendo omissão ou descrédito com a política majoritária. Ao passo que a judicialização ocorre geralmente por meio de interpretação constitucional, e, embora o legislador já tenha previsto a norma, há uma postura de omissão por parte dos outros Poderes responsáveis por sua aplicação, o que faz com que o Judiciário acabe sendo requisitado para materialização.

---

<sup>122</sup> LEITE, Gisele. Judicialização e democracia. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, 2018. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=18250&revista\\_caderno](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18250&revista_caderno)>. Acesso em: 19 out. 2018.

<sup>123</sup> BARROSO, Luís Roberto. A ascensão política das Supremas Cortes e do Judiciário. **Consultor jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jun-06/luis-roberto-barroso-ascensao-politica-supremas-cortes-judiciario#top>>. Acesso em: 18 out. 2018.

<sup>124</sup> BARROSO, Luís Roberto. A ascensão política das Supremas Cortes e do Judiciário. **Consultor jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jun-06/luis-roberto-barroso-ascensao-politica-supremas-cortes-judiciario#top>>. Acesso em: 18 out. 2018.

Por sua vez, a autocontenção da jurisdição constitucional é antagônica ao ativismo, trata-se basicamente, de uma postura contida por parte do Judiciário, que se limita a não invadir a esfera dos outros Poderes. “A autocontenção institucional do Judiciário restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.”<sup>125</sup>

Assim, segundo Luís Roberto Barroso,

Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil.<sup>126</sup>

Segundo o ministro, enquanto o ativismo “procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito”, a autocontenção, “restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.”

Por outro lado, para Dias Toffoli a autocontenção tem um aspecto positivo, pois demonstra o respeito às soluções dos casos concretos sob as balizas da jurisdição constitucional,

Essa autocontenção preserva a separação dos Poderes (ainda que em sua acepção atual) e evita os excessos de um Poder Judicial cada vez mais solicitado a arbitrar conflitos que deveriam ser resolvidos na arena política ou na esfera privada.<sup>127</sup>

O professor Dimitri Dimoulis afirma que a tese da autocontenção precisar ser delimitada, segundo ele,

<sup>125</sup> LEITE, Gisele. Judicialização e democracia. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, 2018. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=18250&revista\\_caderno](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18250&revista_caderno)>. Acesso em: 19 out. 2018.

<sup>126</sup> BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)> Acesso em: 18 out. 2018.

<sup>127</sup> TOFFOLI, Dias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. 60 anos do julgamento do caso Lüth e a autocontenção judicial. **Revista Consultor Jurídico**, 2018. Acesso em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-02/opiniao-60-anos-luth-autocontencao-judicial>>. Acesso em 26 out. 2018.

(...)a tese da autocontenção carece de rigor teórico, pois, a doutrina não oferece critérios para decidir quando a violação tem caráter claro ou manifesto, isto é, não oferece critérios para encontrar o equilíbrio desejável entre ativismo e passivismo. Aquilo que para um julgador é duvidoso pode ser claro para um outro e vice-versa.

Portanto, a autocontenção se resume a uma postura de abstenção do Poder Judiciário, no sentido de que, mesmo verificando que o Legislativo encontra-se em mora, opta por se autolimitar a fim de evitar ingerências nos outros Poderes.

Contudo, a maioria da doutrina sustenta que tal postura não seria prudente e deve ser evitada, pois o Judiciário tem o dever de se manifestar e evitar a violação de direitos fundamentais, logo, para estes a autocontenção seria negativa.

#### 4.1.2 Críticas ao Fenômeno da Judicialização

O fenômeno nem sempre é visto com bons olhos por todo mundo, várias são as críticas acerca dessa atitude mais expansiva advinda do Judiciário. Na maioria das vezes o tom das considerações negativas se lastreia na preocupação sobre a democratização da postura judicial. Nesse sentido, o ministro Gilmar Mendes reflete,

O modelo de convivência entre controle difuso e concentrado produziu, na democracia brasileira, o fenômeno da judicialização da política com contornos desconhecidos nas democracias maduras. Derrotadas nas arenas majoritárias, as minorias políticas procuram revogar na Justiça as decisões da maioria. A politização dos atores judiciais criou o ambiente atual, em que vigoram cerca de um milhão de liminares.<sup>128</sup>

Corroborante ao entendimento supracitado, Pedro Benedito Maciel Neto acredita que “a excessiva judicialização da política passa a ideia equivocada de que a sociedade civil é incapaz de defender seus interesses organizadamente e que as instituições políticas não seriam confiáveis”.<sup>129</sup>

No mesmo tom, o Promotor de Justiça André Luís Alves de Melo assente,

<sup>128</sup> MENDES, Gilmar Ferreira apud MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, 2002, n.57. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57>>. Acesso em 19 out. 2018.

<sup>129</sup> MACIEL NETO, Pedro Benedito. **Os perigos da judicialização da política**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-mai-02/judicializacao-politica-enfraquecimento-sociedade-civil>> Acesso em: 15 de maio de 2018.

A judicialização do país traz um enorme prejuízo à sociedade e enriquecimento da classe jurídica em face de conflitos infundáveis que poderiam ser resolvidos de outra forma, mas o monopólio do mercado de trabalho de juristas incorre no empobrecimento da sociedade. Fórum não produz riqueza, indústria e empregos, sim. Um país não pode passar mais tempo gerindo conflitos do que produzindo trabalho rentável. É óbvio que há o aspecto cultural, onde se confunde Judiciário com Justiça, mas esta não pode ser monopólio de um grupo, todos podem fazer justiça, principalmente a conciliatória.<sup>130</sup>

Assim, de acordo com Luís Roberto Barroso, a maioria das críticas, basicamente, pode ser compilada sob quatro perspectivas: 1) Questiona-se a capacidade “institucional do Judiciário, que seria preparado para decidir casos específicos, e não para avaliar o efeito sistêmico de decisões que repercutem sobre políticas públicas gerais”. 2) Há certa preocupação, no que tange ao conservadorismo que seria característico das instituições judiciais, nas palavras de Luís Roberto Barroso, “o Judiciário seria um espaço conservador, de preservação das elites contra os processos democráticos majoritários”. 3) Indaga-se ainda, a “respeito à capacidade institucional do Judiciário, aparelhado para decidir casos específicos, e não para avaliar o efeito sistêmico de decisões que repercutem sobre políticas públicas gerais”. 4) Por fim, sustenta-se que essa expansão judicial impede que sociedade participe da justiça, ao passo que nem todos tem acesso aos tribunais.<sup>131</sup>

Não obstante, de forma acertada Luís Roberto Barroso neutraliza todos esses julgamentos negativos:

Em primeiro lugar, uma democracia não é feita apenas da vontade das maiorias, mas também da preservação dos direitos fundamentais de todos. Cabe ao Judiciário defendê-los. Em segundo lugar, é possível sustentar que, na atualidade brasileira, o STF está à esquerda do Congresso Nacional. De fato, quando o tribunal decidiu regulamentar o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, as classes empresariais acorreram ao Congresso, pedindo urgência na aprovação da lei que tardava. Ninguém duvidava que o STF seria mais protetivo dos trabalhadores que o legislador. Quanto à capacidade institucional, juízes e tribunais devem ser autocontidos e deferentes aos outros Poderes em questões técnicas complexas, como transposição de rios ou demarcação de terras indígenas. Por fim, a judicialização jamais deverá substituir a política, nem pode ser o meio

<sup>130</sup> MELO, André Luis Alves de. **A judicialização do Estado brasileiro, um caminho antidemocrático**. Disponível em: < <http://www.sedep.com.br/?idcanal=23852>>. Acesso em 15 out. 2018.

<sup>131</sup> BARROSO, Luís Roberto. A ascensão política das Supremas Cortes e do Judiciário. **Consultor jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jun-06/luis-roberto-barroso-ascensao-politica-supremas-cortes-judiciario#top>>. Acesso em: 18 out. 2018.

ordinário de se resolverem as grandes questões. Pelo contrário. O Judiciário só deve interferir quando a política falha.<sup>132</sup>

Em suma, entende-se que tanto a judicialização, quanto o ativismo, colaboraram para o progresso judicial, assim como, os fenômenos também contribuíram para que o Judiciário desempenhasse o papel de grande proeminência atual.

E, como conclui Luís Roberto Barroso, “de forma geral, tem sido bom, tem feito bem ao país, porque essa dose de ativismo tem atendido demandas de forma a ajudar o avanço do processo judicial.”<sup>133</sup>

#### 4.2 O CASO DA VERTICALIZAÇÃO DAS COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS

Passar-se-á agora para a análise de um caso concreto para a visualização prática do fenômeno da judicialização no campo da política. O caso escolhido, talvez seja um dos mais emblemáticos exemplos de judicialização da política. Em que pese a discussão tenha se iniciado em 2002, gera repercussão e visibilidade até os dias de hoje.

A Constituição Federal em 1988, dentre suas inúmeras mudanças, trouxe com força o regresso do pluripartidarismo que havia sido depauperado durante a Ditadura. Da mesma forma, o novo diploma constitucional proclamou também o princípio do Pluralismo Político como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CF/88, art. 1º, inciso V).<sup>134</sup>

---

<sup>132</sup> BARROSO, Luís Roberto. A ascensão política das Supremas Cortes e do Judiciário. **Consultor jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jun-06/luis-roberto-barroso-ascensao-politica-supremas-cortes-judiciario#top>>. Acesso em: 18 out. 2018.

<sup>133</sup> Direito e Política: o papel do STF e suas relações com os demais Poderes da República. Palestra ministrada por Luís Roberto Barroso no Instituto Fernando Henrique Cardoso. São Paulo: 2015.

<sup>134</sup> Importante salientar que *pluralismo* não é sinônimo de *pluripartidarismo*, enquanto o pluralismo político é fundamento constitucional explícito no artigo 1º, V, da CF/88 e remete ideia de diversidade de ideias e opiniões na sociedade, o pluripartidarismo, por sua vez se refere a diversidade partidária, ou seja, a pluralidade de partidos. De tal forma, o pluripartidarismo objetiva obstruir a (re) existência de um monopartidarismo, característico de ditaduras, assim como, consagrar o princípio da liberdade, neste caso de opinião (pluralismo político). Ou seja, em que pese não sejam sinônimos, ambos estão estreitamente interligados ao passo que o pluralismo político fortalece o pluripartidarismo.

Desde então, verificou-se a propagação de uma grande quantidade de legendas partidárias<sup>135</sup>. Em consequência disto, as alianças partidárias acabaram se tornando um instrumento de grande valia para que os partidos tivessem força para disputar as eleições, essas alianças são chamadas de coligações.

Em suma, a nova Carta Constitucional elenca os direitos, obrigações, e todas as regras aplicáveis aos Partidos Políticos no capítulo V, artigo 17º:

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: I - caráter nacional; II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; III - prestação de contas à Justiça Eleitoral; IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei.<sup>136</sup>

Dessarte, o § 1º do referido dispositivo trata exclusivamente da autonomia dos partidos no que tange a sua organização e estabelecimento de suas alianças. Contudo, percebe-se que talvez, o legislador tenha tratado do tema de forma um tanto quanto genérica, deixando margem para interpretações dúbias, o que gerou tamanha falácia no mundo político-jurídico, como será visto a seguir.

Em suma, o texto original promulgado na Constituição de 1988 trazia a seguinte redação: “§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidárias.” Com base em tal dispositivo, extraia-se a interpretação de que os partidos eram livres para se auto-organizar da forma que entendessem ser conveniente.

Observa-se que não existia no referido dispositivo qualquer imposição expressa quanto à verticalização de coligações, tampouco o estabelecimento de uma congruência no relacionamento entre os partidos. Contudo, diversas controvérsias foram surgindo, pois o caput do artigo 17º preconizava o respeito ao princípio da fidelidade partidária.

---

<sup>135</sup> Atualmente, o Brasil possui aproximadamente trinta cinco partidos políticos registrados no Tribunal Superior Eleitoral (TSE), e setenta e três partidos estão em processo de formação. (Brasil tem 73 partidos em processo de formação. **TSE**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Janeiro/brasil-tem-73-partidos-em-processo-de-formacao>>. Acesso em 22 out. 2018.)

<sup>136</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

Diante das muitas dúvidas que surgiam, o TSE acabava sendo requisitado constantemente em diversas Consultas<sup>137</sup>.

A primeira vez que se falou em verticalização foi no pleito eleitoral de 1994, sob a interpretação da Lei 8.713/93, foi permitido que os partidos celebrassem livremente suas coligações, tanto para eleições majoritárias, quanto para as proporcionais, a única condição era que não fossem diferentes dentro de uma "mesma circunscrição". Contudo, o termo "mesma circunscrição", foi alvo de intenso questionamento, e assim, para esclarecer a controvérsia o TSE expediu uma Resolução em que definiu que o termo deveria ser interpretado como "dentro do mesmo Estado".<sup>138</sup>

No mesmo período, em resposta a uma Consulta direcionada ao TSE, a Suprema Corte Eleitoral também entendeu que a simetria exigida pela lei obstava que os partidos participantes de uma mesma coligação estabelecessem aliança com outra coligação para eleições proporcionais, mesmo que os partidos que não estivesse participando das eleições majoritárias.<sup>139</sup>

Buscando delimitar as regras eleitorais e assegurar pontos já firmados na esfera jurisprudencial, em 1997 o Congresso Nacional aprovou a Lei das Eleições (lei nº 9504/97). Especificamente, no tocante à restrição das alianças partidárias, a nova lei desobrigava a verticalização e permitia que partidos coligados ao pleito majoritário pudessem formar coligações distintas para os pleitos proporcionais, ou seja, restabelecia novamente a autonomia para a livre de formação de alianças entre os partidos, sem necessidade de observância de verticalização, e assim foi nas eleições de 1998.<sup>140</sup>

---

<sup>137</sup> Consultas são atos realizados pela Justiça Eleitoral e objetivam dar orientações sobre situações jurídicas sobre as quais pairam dúvidas. As consultas não podem versar sobre um caso concreto específico, mas tão somente do plano abstrato. Assim, tendo em vista se tratar de elucidações abstratas, não tem caráter imperativo, isto é, não tem força vinculante, apenas servem de diretrizes para prevenir litígios. Fonte: <http://www.tse.jus.br>

<sup>138</sup> MARCHETTI, Vitor; CORTEZ, Rafael. A judicialização da competição política: o TSE e as coligações eleitorais. **Scielo** Opin. Publica vol.15 no.2 Campinas Nov. 2009. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-62762009000200006#back4](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762009000200006#back4)>. Acesso em 20 out. 2018.

<sup>139</sup> MARCHETTI, Vitor; CORTEZ, Rafael. A judicialização da competição política: o TSE e as coligações eleitorais. **Scielo** Opin. Publica vol.15 no.2 Campinas Nov. 2009. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-62762009000200006#back4](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762009000200006#back4)>. Acesso em 20 out. 2018.

<sup>140</sup> MARCHETTI, Vitor; CORTEZ, Rafael. A judicialização da competição política: o TSE e as coligações eleitorais. **Scielo** Opin. Publica vol.15 no.2 Campinas Nov. 2009. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-62762009000200006#back4](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762009000200006#back4)>. Acesso em 20 out. 2018.

O próximo pleito eleitoral seria em 2002, e mesmo com a Lei das Eleições vigente, algumas dúvidas hermenêuticas ainda pairavam acerca da obrigatoriedade ou não da verticalização. Na época o PDT negociava uma aliança com o PT, para apoio da candidatura de Genoíno como Governador, e o partido já prevendo uma impugnação nesta coligação se antecipou e resolveu questionar o TSE para saber, se mesmo após a Lei das Eleições o entendimento pela verticalização continuaria valendo.

A consulta em tese<sup>141</sup> foi formulada pelos deputados federais do Partido Democrático Trabalhista (PDT), Miro Teixeira, José Roberto Batochio, Fernando Coruja e Pompeo de Matos, cujo teor era o seguinte:

Pode um determinado partido político (partido A) celebrar coligação, para eleição de presidente da República, com alguns outros partidos (partido B, C e D) e, ao mesmo tempo, celebrar coligação com terceiros partidos (E, F e G, que também possuem candidato à Presidência da República) visando à eleição de governador de estado da Federação?<sup>142</sup>

O TSE, por sua vez, proferiu decisão negativa à Consulta em fevereiro de 2002, cuja decisão de relatoria do Ministro Garcia Vieira teve o seguinte teor:

Cta nº 715 – DF. Relator: Ministro Garcia Vieira. Consultante: Miro Teixeira e outros. Decisão: O Tribunal, por maioria, respondeu negativamente à consulta, nos termos do voto do relator. Vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence e Sálvio de Figueiredo Teixeira. Consulta. Coligações. Os partidos políticos que ajustarem coligação para eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador de estado ou do Distrito Federal, senador, deputado federal e deputado estadual ou distrital com outros partidos políticos que tenham, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato à eleição presidencial. Consulta respondida negativamente. (...)<sup>143</sup>

Em resumo, o TSE entendeu pela compulsoriedade da verticalização das alianças partidárias, segundo a qual os partidos somente poderiam se coligar com as mesmas chapas para eleições presidenciais, estaduais e municipais. Tal

---

<sup>141</sup> Importante destacar mais uma vez que as consultas não geram efeitos jurídicos, tampouco são dotadas de imperatividade, mas como se tratava de ano eleitoral, as decisões acabam por dar diretrizes ao processo eleitoral.

<sup>142</sup> Consulta nº 715.

<sup>143</sup> BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. Cta nº 1.185 – DF. Relator: Ministro Marco Aurélio – Consultante: Ronaldo Nóbrega Medeiros, secretário-geral da Comissão Executiva Nacional do Partido Social Liberal (PSL).

entendimento fora firmado com base na interpretação do artigo 6º da Lei de nº 9.504/97, mas principalmente, lastreado na Constituição Federal, que preconizava a fidelidade partidária no caput do art. 17º. Ou seja, o TSE entendia que, embora, os partidos gozassem de autonomia, possuíam também um caráter nacional, o que obrigava que as alianças em nível estadual seguissem uma linha vertical, asseverando assim uma correlação lógica entre os partidos.<sup>144</sup>

Destaque-se que, na ocasião, o TSE inovou na interpretação do art. 6º da Lei de Eleições, de forma contrária ao objetivo dos legisladores. Essa postura causou preocupação em alguns ministros que faziam parte da própria Corte, o Ministro Sepúlveda Pertence, por exemplo, tinha entendimento contrário ao da maioria da Corte, tanto que teve seu voto vencido.

Não obstante, simultaneamente à decisão exarada, o TSE também editou — cerca de quatro meses antes do pleito de 2002 — a Instrução nº 55, que disciplinava a escolha e registros dos candidatos para aquelas eleições, tornando obrigatória a verticalização conforme o teor da Consulta de nº 715.<sup>145</sup>

Naquele período, essa atitude gerou um novo alvoroço, visto que fora publicada meses antes do pleito eleitoral de 2002, e como os partidos já haviam articulado as coligações, tiveram seus planos frustrados. Em razão disso, os partidos PCdoB, PL, PT e PSB ajuizaram a ADI nº 2.626-DF e o PFL interpôs a ADI nº 2.628-DF, ambas alegando que a resolução feria o direito à autonomia preconizada no § 1º do artigo 17º da CF/88. Entretanto, o STF proferiu decisão desfavorável:<sup>146</sup>

Não obstante, aquela Corte entendeu, em 18 de abril de 2002, por maioria, que o dispositivo impugnado, que impôs a verticalização, limitou-se a dar interpretação ao art. 6º da Lei nº 9.504, de 1997, caracterizando-se, portanto, como ato normativo secundário de natureza interpretativa, de modo que os eventuais excessos do poder regulamentar da Resolução em face da Lei nº 9.504, de 1997 não revelariam inconstitucionalidade, mas sim eventual ilegalidade frente à Lei ordinária regulamentada, sendo indireta, ou

---

<sup>144</sup> MAIA, Luciana Andrade. A polêmica da verticalização das coligações partidárias. **Direito Net**. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6547/A-polemica-da-erticalizacao-das-coligacoes-partidarias>>. Acesso em: 20 out. 2018.

<sup>145</sup> MAGALHÃES, Flávia Cristina Mascarenhas. **A Judicialização da Política e o Direito Eleitoral Brasileiro no Período 2002-2008**. Monografia. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/221281>>. Acesso em 20 out. 2018.

<sup>146</sup> MAGALHÃES, Flávia Cristina Mascarenhas. **A Judicialização da Política e o Direito Eleitoral Brasileiro no Período 2002-2008**. Monografia. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/221281>>. Acesso em 20 out. 2018.

reflexa, a alegada ofensa à Constituição, cuja análise é incabível em sede de controle abstrato de normas.<sup>147</sup>

Os Ministros Sydney Sanches, relator, Ilmar Galvão, Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio, foram votos vencidos, e se mostram completamente descontentes com a postura do Tribunal, ambos entendiam que “a norma atacada era um ato normativo autônomo, que não se assentava em nenhuma lei, e introduzia inovação no bloco da legislação eleitoral, violando o princípio da anualidade e invadindo a competência legislativa do Congresso Nacional.” Mas tratava-se entendimento minoritário.<sup>148</sup>

Rapidamente houve toda uma articulação no Congresso Nacional, em uma tentativa desesperada para resolver o “problema”. Os parlamentares, então, buscando encontrar uma saída que pudesse tornar sem efeito a deliberação do TSE elaboraram a PEC nº 548/02 que tinha como objetivo a alteração do § 1º do artigo 17º da CF/88, que passaria a conter a seguinte redação:<sup>149</sup>

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, **devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.** (grifo nosso)<sup>150</sup>

A ideia era que o projeto de emenda fosse rapidamente votado e aprovado para entrar em vigor já para aquelas eleições de 2002, entretanto, não houve tempo hábil não sendo conseguida a sua aprovação naquele ano, e a ordem de verticalização continuou. Passadas as eleições, e já com um governo novo a PEC acabou sendo deixada de lado.

<sup>147</sup> MAGALHÃES, Flávia Cristina Mascarenhas. **A Judicialização da Política e o Direito Eleitoral Brasileiro no Período 2002-2008**. Monografia. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/221281>>. Acesso em 20 out. 2018.

<sup>148</sup> MAGALHÃES, Flávia Cristina Mascarenhas. **A Judicialização da Política e o Direito Eleitoral Brasileiro no Período 2002-2008**. Monografia. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/221281>>. Acesso em 20 out. 2018.

<sup>149</sup> FERRAZ Júnior, MARCHETTI Vitor Emanuel. **Poder judiciário e competição política no Brasil: uma análise das decisões do TSE e do STF sobre as regras eleitorais**. 2008. 234 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

<sup>150</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

No pleito de 2006 a Corte do TSE havia sido completamente alterada, em razão disso, os Partidos estavam ansiosos para saber entendimento favorável à verticalização seria mantido pelos ministros novos, a esperança era que surgisse um novo posicionamento revogando entendimento anterior. No final de 2005 o PSL apresentou a consulta nº 1185, respondida somente em março de 2006, mas para infelicidade dos parlamentares, manteve-se o entendimento favorável à verticalização.<sup>151</sup>

A saída foi ressuscitar rapidamente a antiga PEC que havia sido abandonada em 2002. Como se tratava de ano eleitoral, o parlamento providenciou sua votação rapidamente, sendo a mesma aprovada no formato da Emenda Constitucional de número 52º.

Entretanto, se tratando de norma aprovada em período eleitoral, obviamente que a TSE e o STF seriam requisitados, e assim foi, a emenda foi objeto de questionamento logo após a sua publicação, pelo Conselho Federal da OAB (Ordem dos Advogados de Brasil), sob o formato da ADI de nº 3.685-8 que questionava a possibilidade de aplicação da referida emenda já para as eleições de 2006, haja vista que, em tese, a sua imediata aplicação estaria ferindo o princípio da anualidade eleitoral<sup>152</sup>.<sup>153</sup>

A expectativa no Congresso era de que o pedido da OAB não fosse procedente, mas o STF decidiu de forma contrária a vontade dos legisladores, vejamos a ementa:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º DA EC 52, DE 08.03.06. APLICAÇÃO IMEDIATA DA NOVA REGRA SOBRE COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS ELEITORAIS, INTRODUZIDA NO TEXTO DO ART. 17, § 1º, DA CF. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE DA LEI ELEITORAL (CF, ART. 16) E ÀS GARANTIAS INDIVIDUAIS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (CF, ART. 5º, CAPUT, E LIV). LIMITES MATERIAIS À ATIVIDADE

<sup>151</sup> MARCHETTI, Vitor. CORTEZ, Rafael. A judicialização da competição política: o TSE e as coligações eleitorais. **Scielo**. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-62762009000200006](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762009000200006)>. Acesso em 08 Ago 2018.

<sup>152</sup> O princípio da anualidade eleitoral, ou da anterioridade eleitoral surgiu em 1993 com a aprovação da Emenda Constitucional de nº 4, aprovada para dar nova roupagem ao artigo 16º CF/88 que passou a conter a seguinte disposição: “Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.” Trata-se de uma garantia constitucional e o objetivo é garantir a estabilidade e a segurança jurídica.

<sup>153</sup> MARCHETTI, Vitor. CORTEZ, Rafael. A judicialização da competição política: o TSE e as coligações eleitorais. **Scielo**. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-62762009000200006](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762009000200006)>. Acesso em 08 out. 2018.

DO LEGISLADOR CONSTITUINTE REFORMADOR. ARTS. 60, § 4º, IV, E 5º, § 2º, DA CF. 1. Preliminar quanto à deficiência na fundamentação do pedido formulado afastada, tendo em vista a sucinta porém suficiente demonstração da tese de violação constitucional na inicial deduzida em juízo. 2. A inovação trazida pela EC 52/06 conferiu status constitucional à matéria até então integralmente regulamentada por legislação ordinária federal, provocando, assim, a perda da validade de qualquer restrição à plena autonomia das coligações partidárias no plano federal, estadual, distrital e municipal. 3. Todavia, **a utilização da nova regra às eleições gerais que se realizarão a menos de sete meses colide com o princípio da anterioridade eleitoral, disposto no art. 16 da CF, que busca evitar a utilização abusiva ou casuística do processo legislativo como instrumento de manipulação e de deformação do processo eleitoral** (ADI 354, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 12.02.93). 4. Enquanto o art. 150, III, b, da CF encerra garantia individual do contribuinte (ADI 939, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 18.03.94), o art. 16 representa garantia individual do cidadão eleitor, detentor originário do poder exercido pelos representantes eleitos e “a quem assiste o direito de receber, do Estado, o necessário grau de segurança e de certeza jurídicas contra alterações abruptas das regras inerentes à disputa eleitoral” (ADI 3.345, rel. Min. Celso de Mello). 5. Além de o referido princípio conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º, IV, a burla ao que contido no art. 16 ainda afronta os direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5º, caput) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). 6. A modificação no texto do art. 16 pela EC 4/93 em nada alterou seu conteúdo principiológico fundamental. Tratou-se de mero aperfeiçoamento técnico levado a efeito para facilitar a regulamentação do processo eleitoral. 7. **Pedido que se julga procedente para dar interpretação conforme no sentido de que a inovação trazida no art. 1º da EC 52/06 somente seja aplicada após decorrido um ano da data de sua vigência.** (grifo meu).<sup>154</sup>

Em apertada síntese, o STF entendeu pela constitucionalidade da emenda constitucional, mas determinou que não fosse permitida a sua aplicação naquele mesmo ano, devendo aguardar o decurso de um ano, em respeito ao princípio da anualidade.

<sup>154</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Art. 2º da EC 52, de 08.03.06. Aplicação imediata da nova regra sobre Coligações Partidárias Eleitorais, introduzida no texto do art. 17, § 1º, da CF. Alegação de violação ao princípio da anterioridade da lei eleitoral (CF, art. 16) e às garantias individuais da segurança jurídica e do devido processo legal (CF, art. 5º, caput, e LIV). Limites materiais à atividade do legislador constituinte reformador. Arts. 60, § 4º, IV, e 5º, § 2º, da CF. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.685-8. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relatora Ministra Ellen Gracie. Brasília (DF), 22 de março de 2006. Disponível em: < [http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/185\\_ADI\\_3685\[2\]%20inteiro%20teor.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/185_ADI_3685[2]%20inteiro%20teor.pdf)>. Acesso em 19 out 2018.

#### 4.2.1 Análise Conclusiva

Em resumo, foi possível observar que o padrão de interpretação do Poder Judiciário se modificou com os passar dos anos, sendo que no início apresentava uma postura mais voltada para autocontenção, mas no decorrer tempo, foi pendendo para uma a atitude judicial mais expansiva.

Observa-se que o fim da verticalização das coligações partidárias não era o centro das discussões nos bastidores da política e do judiciário, mas, sim, sua aplicação imediata para as próximas eleições.

Observa-se também que o processo hermenêutico do Poder Judiciário influenciou diretamente na aprovação de uma emenda constitucional que tinha por objetivo delimitar a interferência judicial nas regras político partidárias. Com a promulgação da EC nº 52/06, nos moldes que o Governo esperava, as alianças para as eleições de 2006 já haviam começado a se formar e tomar um perfil descentralizado no território nacional. Contudo, a decisão do STF atirou um balde de água fria nos partidos políticos que já consideram o fim da verticalização, tendo que assim, decidir ligeiramente, se teriam ou não candidatos próprios disputando as eleições presidenciais ou se optariam pelas alianças, o que implicaria em uma renúncia da candidatura própria no âmbito estadual.<sup>155</sup>

Ante o exposto, o que restou evidente é que as decisões do Poder Judiciário em nenhum momento eram intencionadas a derrubar as decisões políticas, mas eram voltadas tão somente para a uma interpretação hermenêutica que tinha como premissa o bom funcionamento correto do sistema eleitoral.<sup>156</sup>

Nesse caso, o que se pôde perceber é que a judicialização da política foi totalmente voltada para o resguardo do bom funcionamento do jogo político, diante das controvérsias que foram surgindo durante os pleitos, além do que, não se pode deixar de observar que o Judiciário a todo momento ia sendo provocado a se manifestar. Desse modo, outro ponto que restou claro, foi que em todas às vezes a opinião judicial ora requisita pelos próprios atores políticos.

---

<sup>155</sup> MARCHETTI, Vitor. CORTEZ, Rafael. A judicialização da competição política: o TSE e as coligações eleitorais. **Scielo**. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-62762009000200006](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762009000200006)>. Acesso em 08 out. 2018.

<sup>156</sup> MARCHETTI, Vitor. CORTEZ, Rafael. A judicialização da competição política: o TSE e as coligações eleitorais. **Scielo**. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-62762009000200006](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762009000200006)>. Acesso em 08 out. 2018.

Além do mais, entende-se que, o fato de os Tribunais terem se manifestado de forma contrária ao que os parlamentares esperavam, não quer dizer que a postura judicial deva ser vista sob um prisma negativo, muito pelo contrário, como já exposto, a Justiça deve ser imparcial e decidir conforme determina a lei, devendo interpretar a norma sempre com vistas a evitar abusos da vontade majoritária e a violação de preceitos constitucionais.

Afinal, essa é a função do Poder Judiciário, e essa é a função do TSE. Oportuno se faz aqui as colocações de Vitor Marchetti:

O TSE (Tribunal Superior Eleitoral), que é responsável pela definição da estrutura normativa do momento eleitoral. Do ponto de vista analítico, o objetivo é buscar entender relações de poder no momento anterior ao processo de formulação de políticas públicas, **de forma a escapar dos limites analíticos da face "visível" na barganha entre os poderes.** (grifo meu)<sup>157</sup>

Logo, entende-se que os Poderes devem ser autônomos e harmônicos, mas não se pode esquecer que a Constituição atribuiu ao Judiciário a função de fiscalização, e ao TSE a de delimitação das regras eleitorais. Não se trata, portanto, de invasão de esferas, mas sim do exercício de um controle jurisdicional sobre atos políticos excessivos ou contrários ao que preconiza a Carta Maior, trata-se de defesa das regras do jogo democrático para que as minorias não de perpetuem no poder.

#### 4.2.2 Judicialização, Ativismo ou Complementariedade Judicial?

Não se pode olvidar que no caso em análise ocorreu uma fulgente interferência do Poder Judiciário nas regras do sistema eleitoral. Mas ante o exposto, entende-se que o ato expansivo se deu através de um processo de "(re) interpretação do texto constitucional vigente em resposta a consultas dirigidas ao

---

<sup>157</sup> MARCHETTI, Vitor. CORTEZ, Rafael. A judicialização da competição política: o TSE e as coligações eleitorais. Scielo. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-62762009000200006](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762009000200006)>. Acesso em 08 out. 2018.

Tribunal Superior Eleitoral, o que evidencia o papel político exercido pelos juízes eleitorais.”<sup>158</sup>

Por meio do raciocínio delineado no excerto transcrito, verificou-se que o controle judicial do caso em comento fora realizado sob o prisma das balizas constitucionais. Ora, o TSE nesse caso se valeu de uma hermenêutica constitucional ativa, e, diga-se de passagem, arrojada, o que acabou por ocasionar em uma mudança de rumo de um entendimento que até então vigorava, alterando a lógica do jogo eleitoral.

Contudo, tal postura se legitima na interpretação constitucional, tanto que o STF, quando provocado, corroborou esse entendimento, quando não conheceu do recurso interposto contra a decisão do TSE, o que demonstra a sintonia que vigorava entre as Cortes.<sup>159</sup>

Conforme se observou, as decisões em matéria eleitoral foram provenientes de lacunas deixadas pelo legislador. Em vista disso, entende-se que a postura do Judiciário nesse caso, não se deu com o objetivo de modificar a legislação, mas sim de complementar uma lei que mostrava rasa e deficiente, e por isso não se trata de uma postura ativista.

O fato de se aplicar uma interpretação antagônica ao que se entende no Congresso Nacional, (ou melhor, uma resposta contrária da qual os atores políticos esperavam receber) não pode, por si só, ser utilizado como argumento para classificar uma postura como ativista. Trata-se, na realidade de judicialização, pois era um assunto reservado à esfera política que foi judicializado quando se provocou o Judiciário através das mencionadas Consultas.

Nesse sentido, a visão de Vitor Emanuel Marchetti complementa esse pensamento, quando afirma que “a decisão judicial não foi contramajoritária, a decisão política é que foi refratária em relação à preferência judicial”.<sup>160</sup>

---

<sup>158</sup> NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. **A judicialização da política no Brasil: análise das decisões do TSE e do STF sobre verticalização das coligações e fidelidade partidária**. 200 f., il. Tese (Doutorado em Ciência Política) — Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

<sup>159</sup> FERRAZ Júnior, MARCHETTI Vitor Emanuel. **Poder judiciário e competição política no Brasil: uma análise das decisões do TSE e do STF sobre as regras eleitorais**. 2008. 234 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

<sup>160</sup> MARCHETTI, Vitor. CORTEZ, Rafael. A judicialização da competição política: o TSE e as coligações eleitorais. **Scielo**. Disponível em: < [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-62762009000200006](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762009000200006) > Acesso em: 08 ago. 2018.

A decisão judicial, aqui, não surgiu como o resultado de uma decisão política final. Ao contrário, incluiu o tema na agenda política forçando uma decisão final do executivo e do legislativo. Resultado disso foi que a judicialização da competição política acabou por constitucionalizar parte fundamental desse jogo, o padrão de formação de coalizões.<sup>161</sup>

Outrossim, interessante salientar que no caso da verticalização, especificamente, essa judicialização ocorreu mesmo sem que houvesse uma posição contramajoritária do Poder Legislativo, isto é, “a verticalização foi criada pelo TSE sem que o tema estivesse sequer em debate no Congresso Nacional.”<sup>162</sup>

A postura do TSE, portanto, engendrou a constitucionalização de uma prática política que era reservada apenas para leis ordinárias. “O TSE não foi apenas reativo, foi proativo,” e a proatividade, nesse caso se demonstra por meio da judicialização.<sup>163</sup>

Assim, pode-se dizer que o Judiciário trouxe um rumo para o Legislativo, que interpretava a norma da maneira que lhe fosse mais conveniente, sem respeitar os mandamentos constitucionais. “Ao reinterpretar a legislação relativa à competição eleitoral, estabelecendo novas bases para a competição partidária, o TSE colocou a política para além da curva de indiferença do poder legislativo.”<sup>164</sup>

Por vezes, a tarefa de promover uma integralidade às normas constitucionais, realizada pelo Legislador é exercida de forma deficiente, como ocorreu no caso em comento, tanto que gerou interpretações dúbias e insatisfatórias. Nesse caso, a sociedade sairia como a maior prejudicada, e coube ao Judiciário a tarefa de exercer sua interferência moralizadora. De tal maneira, não se pode reputar ativista, uma “conduta do Judiciário tendente a conceder aplicabilidade às normas constitucionais e possibilitar o exercício de relevantes direitos fundamentais”.

<sup>161</sup> MARCHETTI, Vitor. CORTEZ, Rafael. A judicialização da competição política: o TSE e as coligações eleitorais. **Scielo**. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-62762009000200006](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762009000200006)> Acesso em: 08 ago. 2018.

<sup>162</sup> MARCHETTI, Vitor. CORTEZ, Rafael. A judicialização da competição política: o TSE e as coligações eleitorais. **Scielo**. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-62762009000200006](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762009000200006)> Acesso em: 08 ago. 2018.

<sup>163</sup> FERRAZ Júnior, MARCHETTI Vitor Emanuel. **Poder judiciário e competição política no Brasil: uma análise das decisões do TSE e do STF sobre as regras eleitorais**. 2008. 234 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

<sup>164</sup> MARCHETTI, Vitor. CORTEZ, Rafael. A judicialização da competição política: o TSE e as coligações eleitorais. **Scielo**. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-62762009000200006](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762009000200006)> Acesso em: 08 ago. 2018.

Assim, reitera-se o entendimento de que, o Poder Judiciário exerce um papel mais expansivo de fato, quando o Poder Legislativo não atua, ou atua de forma deficiente, ou, nas palavras de Luís Roberto Barroso, “o senhor do maior grau de judicialização da vida é o próprio Congresso, porque quando ele atua o Judiciário não precisa atuar”. Nesse caso, uma postura efusiva e proativa é necessária.<sup>165</sup>

#### 4.3 A DEMOCRACIA ESTÁ EM PERIGO?

Diante todo o exposto retoma-se aos questionamentos realizados anteriormente neste trabalho: O que legitima os membros do Poder Judiciário — sujeitos que foram escolhidos diretamente pelo povo — a sobrepor a vontade política de membros eleitos democraticamente? Estaria o Supremo exercendo uma função antidemocrática? A democracia estaria em perigo? Quais os riscos que o processo de judicialização da política apresenta para a democracia brasileira?

A principal preocupação que abraça o tema é o fato de que os magistrados não são agentes políticos eleitos pelo povo<sup>166</sup>, ou nas palavras de Gisele Leite, “não sofreram o batismo da vontade popular”. Ou seja, o fato de o Judiciário se colocar no papel legiferante é visto como uma dificuldade contramajoritária.

Conforme observa Eduardo Appio,

No caso brasileiro, a revisão de políticas públicas pelo Poder Judiciário sofre uma crítica mais intensa pela sociedade e pelos membros dos demais Poderes, os quais tendo sido eleitos, sentem-se traídos pelo fato de que a legislação brasileira permite – mais e mais – a revisão de seus atos através do sistema misto de controle de constitucionalidade.<sup>167</sup>

Entretanto, a professora Gisele Leite, inserida nesta problemática, relembra um ponto muito importante:

<sup>165</sup> Direito e Política: o papel do STF e suas relações com os demais Poderes da República. Palestra ministrada por Luís Roberto Barroso no Instituto Fernando Henrique Cardoso. São Paulo: 2015.

<sup>166</sup> Nesse sentido, interessante trazer à baila a comparação que Eduardo Appio faz dos magistrados brasileiros em relação aos Norte-americanos, que, diferentemente do caso brasileiro, são sujeitos eleitos. faz em relação aos magistrados norte-americanos: “Na realidade norte-americana há que se ressaltar que o impacto da revisão judicial das decisões tomadas pelos demais Poderes tende a ser menor, na medida em que os juízes também são eleitos nos Estados Unidos, o que não ocorre no Brasil.”

<sup>167</sup> APPIO, Eduardo. A judicialização da política em Dworkin. **Periódicos UFSC**, Florianópolis. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15279>>. Acesso em: 26 out. 2018.

A primeira justificativa decorrente da expressa disposição prevista na **CF/1988 que atribuiu ao Judiciário e notadamente ao STF** a parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos não recrutados pela via eleitoral, **e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial.** (grifo meu)<sup>168</sup>

A professora salienta que a intenção do legislador constituinte foi exatamente a de colocar membros imparciais para julgar as atuações dos atores políticos, e o magistrado, ao aplicar a vontade constitucional, materializa a vontade de legislador constituinte, que nada mais é do que a vontade do povo. Nesse aspecto, é importante salientar que magistrados não possuem livre arbítrio para decidirem, pois são vinculados à lei.<sup>169</sup>

Importante observar que essa atuação judicial se faz necessária justamente para impedir que haja abuso de poder por parte dos representantes do povo, afinal não se pode esquecer que cabe ao STF o papel de fiscalizar os outros Poderes. “Sua missão de velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios não de política e de razão pública, não de doutrinas prevalentes, sejam estas ideológicas, políticas ou religiosa.”<sup>170</sup>

Na visão de Gisele Leite,

O Judiciário na qualidade de guardião da Constituição deve zelar que tenha eficácia, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face de outros poderes. O que confirma que a eventual atuação contramajoritária sempre se dará em prol da democracia.<sup>171</sup>

Nesse sentido se faz apropriado trazer mais algumas reflexões de Luís Roberto Barroso que corroboram com o entendimento de Gisele Leite,

<sup>168</sup> LEITE, Gisele. Judicialização e democracia. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, 2018. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=18250&revista\\_caderno](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18250&revista_caderno)>. Acesso em: 19 out. 2018.

<sup>169</sup> LEITE, Gisele. Judicialização e democracia. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, 2018. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=18250&revista\\_caderno](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18250&revista_caderno)>. Acesso em: 19 out. 2018.

<sup>170</sup> LEITE, Gisele. Judicialização e democracia. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, 2018. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=18250&revista\\_caderno](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18250&revista_caderno)>. Acesso em: 19 out. 2018.

<sup>171</sup> LEITE, Gisele. Judicialização e democracia. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, 2018. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=18250&revista\\_caderno](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18250&revista_caderno)>. Acesso em: 19 out. 2018.

De fato, a legitimidade democrática do Judiciário, sobretudo quando interpreta a Constituição, está associada à sua capacidade de corresponder ao sentimento social. (...) A relação entre órgãos judiciais e a opinião pública envolve complexidades e sutilezas. De um lado, a atuação dos tribunais, em geral – e no controle de constitucionalidade das leis, em particular –, é **reconhecida, de longa data, como um mecanismo relevante de contenção das paixões passageiras da vontade popular**. De outra parte, a ingerência do Judiciário, em linha oposta à das maiorias políticas, enfrenta, desde sempre, questionamentos quanto à sua legitimidade democrática. (grifo meu)<sup>172</sup>

O ministro acaba por arrematar que:

Nesse ambiente, é possível estabelecer uma correlação entre Judiciário e opinião pública e afirmar que, quando haja desencontro de posições, a tendência é no sentido de o Judiciário se alinhar ao sentimento social. (...) Embora deva ser transparente e prestar contas à sociedade, o Judiciário não pode ser escravo da opinião pública. Muitas vezes, a decisão correta e justa não é a mais popular. Nessas horas, juízes e tribunais não devem hesitar em desempenhar um papel contramajoritário.<sup>173</sup>

Logo, sabe-se que é a Constituição que determina as regras do jogo político, e é o Judiciário que faz com que essas as regras sejam corretamente aplicadas, ora, como já dito, o seu papel é justamente esse, o de fiscalizar os outros poderes e garantir o respeito aos preceitos constitucionais. “A jurisdição constitucional bem exercida configura assim uma garantia para a democracia e, não, um risco.”<sup>174</sup>

Portanto, chega-se ao entendimento de que a interferência judicial em determinados casos, seja abonando uma lacuna legislativa, ou realizando controle judicial sobre um ato inconstitucional se dá em favor da democracia, e não o contrário.<sup>175</sup>

<sup>172</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **RFD- Revista da Faculdade de Direito- UERJ**, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1794/2297>> Acesso em: 06 out. 2018.

<sup>173</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **RFD- Revista da Faculdade de Direito- UERJ**, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1794/2297>> Acesso em: 06 out. 2018.

<sup>174</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **RFD- Revista da Faculdade de Direito- UERJ**, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1794/2297>> Acesso em: 06 out. 2018.

<sup>175</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **RFD- Revista da Faculdade de Direito- UERJ**, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1794/2297>> Acesso em: 06 out. 2018.

Nesse aspecto, Eduardo Appio, em um alentado estudo sobre a Judicialização da Política sob a perspectiva de Dworkin, traz um trecho de um artigo escrito por Dworkin que falava sobre a postura judicial em casos de judicialização da política e que fora publicado no Jornal “o Estado de São Paulo” em 1997. Interessante que, embora o artigo esteja escrito há mais 20 anos, como a discussão ainda é atual, e pode ser perfeitamente utilizado para corroborar com o entendimento até agora explanado:

Deste modo, **não é antidemocrático**, mas parte de um arranjo estrategicamente inteligente para garantir a democracia, **estabelecer um controle judicial sobre o que o Legislativo majoritariamente decide, garantindo que os direitos individuais**, que são pré-requisitos da própria legitimidade deste, não serão violados. Naturalmente os juízes, como os legisladores, podem cometer erros em relação aos direitos individuais. Mas a combinação de legisladores majoritários, revisão judicial e nomeação dos juízes pelo Executivo provou ser um dispositivo valioso e plenamente democrático para reduzir a injustiça política no longo prazo.<sup>176</sup>

Enfim, como já disse Luís Roberto Barroso, “ao Poder Judicial cabe a tarefa de fazer prevalecer à vontade originária da maioria contra as paixões momentâneas das minorias contemporâneas”, e qualquer atuação judicial voltada para invalidar determinados atos administrativos se legitima em situações destinadas a impedir a “tirania das minorias”, e em proteger as regras do jogo democrático para que os atores políticos não acabem por se perpetuar no poder.<sup>177</sup>

---

<sup>176</sup> APPIO, Eduardo. A judicialização da política em Dworkin. **Periódicos UFSC**, Florianópolis. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15279>>. Acesso em: 26 out. 2018..

<sup>177</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **RFD- Revista da Faculdade de Direito- UERJ**, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1794/2297>> Acesso em: 06 out. 2018.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do presente trabalho foi possível concluir que a judicialização da política é um fato irreversível no Estado Democrático do Direito, sendo motivo de aplausos para algumas pessoas e de vaias para outras, e que se trata de um processo de delegação decisória dos Poderes Executivo e/ou Legislativo para o Judiciário.

Verificou-se que o fenômeno possui diversos fatores originadores e que não se trata de exclusividade do Brasil, entretanto, no cenário brasileiro o instituto foi potencializado por alguns elementos, sendo que o principal deles é comum quase todos os países que o vivenciam o fenômeno: o descrédito com a política majoritária.

Dessa forma, constatou-se que a falta de credibilidade na política faz com a população deposite todas as suas expectativas de Justiça no Poder Judiciário, o que acabou por ocasionar no seu enrobustecimento.

Em vista dos argumentos apresentados percebeu-se que no Brasil, o brocardo passou a ser largamente utilizado após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que conferiu ao Poder Judiciário a tarefa de resguardar direitos fundamentais e fiscalizar os outros Poderes.

Entendeu-se que o Judiciário, por vezes, acaba desempenhando um papel mais expansivo quando o Poder Legislativo não atua, o que remete à conclusão de que o principal causador da judicialização da política é o próprio Poder Legislativo.

Ao analisar o emblemático caso da verticalização das coligações partidárias, concluiu-se que o arquétipo hermenêutico dos magistrados foi se alterando com os passar dos anos, sendo que, inicialmente apresentava uma postura mais voltada para autocontenção, mas que com o tempo, e com a alteração dos membros das Cortes, a atitude judicial foi sendo mais expansiva.

Constatou-se que esse processo hermenêutico evolutivo do Poder Judiciário influenciou diretamente na aprovação de uma emenda constitucional, mas que a judicialização no caso em comento fora voltada completamente para o resguardo do bom funcionamento do jogo político.

Levando-se em conta o que foi observado, verificou-se que, em que pese haja um temor à respeito de um possível perigo para a democracia, o caso brasileiro não

se encontra nesse patamar, pois a postura judicial adotada até o momento se legitima sempre sob às balizas da hermenêutica constitucional.

Nesse sentido, neutralizaram-se as preocupações que cercam o instituto, especificamente no que tange ao fato dos magistrados não serem agentes políticos democraticamente eleitos. Foi visto também que a intenção do legislador constituinte foi justamente a de alocar pessoas imparciais para analisar as atuações parlamentares. Viu-se também que os magistrados materializam a vontade de legislador constituinte através da hermenêutica, e conseqüentemente da vontade do povo, mas que não possuem vontade própria, pois estão sempre vinculados à Lei Maior. Por vezes, a atuação judicial se faz necessária para evitar abuso de poder, pois onde houver violação dos direitos fundamentais o Judiciário deverá exercer o seu papel contramajoritário.

Nessa senda, entende-se que nem sempre a solução justa é será a solução popular, e que um magistrado ao escolher a solução popular, ao invés da solução justa, poderia estar transformando o seu Tribunal em um órgão populista. Entende-se ainda, que nem sempre o fato de um Tribunal decidir contrariamente ao que pensam os atores políticos quer dizer que ele estará agindo de forma efusiva ou ativista. Afinal, conforme lembra Luís Roberto Barroso, “O juiz não deve decidir de olho na decisão pública, porque a opinião pública é volúvel, ou seja, muda de lado”.

Diante de todo o exposto chega-se a conclusão de que a judicialização da política contribuiu para o avanço do processo judicial e propiciou ao Judiciário o desempenho de papel de grande proeminência nos dias de hoje, e de forma geral sua atuação tem sido positiva. Entretanto, não se pode olvidar que se precisa urgentemente de uma reforma política que restaure a credibilidade e a funcionalidade dos Poderes Políticos para que estes possam retomar o espaço que hoje está sendo ocupado pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, tem-se que concorda com Luís Roberto Barroso, que afirma que o problema do Brasil hoje não é o excesso de judicialização, mas sim a escassez de boa política, que precisa ser ampliada, mas sem precisar reduzir o espaço do judiciário.

Enfim, tem-se que concordar com o entendimento de Luís Roberto Barroso acerca da atuação judicial ideal, o ministro rememora que as decisões políticas devem ser tomadas por quem representa o povo, e assim, sempre que houver uma decisão política legítima, o Judiciário, concordando ou não, deve respeitar e ser deferente.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. A Expansão da Jurisdição Constitucional. **Revista Fides**. Disponível em: <file:///c:/users/samsung/onedrive/%c3%81rea%20de%20trabalho/estudos/1.%20emap/4.%20monografia/poder%20judiciario%20e%20expansao/a\_Expansao\_da\_Jurisdicao\_Constitucional.pdf>. Acesso em: 25 set. 2018.

APPIO, Eduardo. A judicialização da política em Dworkin. **Periódicos UFSC**, Florianópolis. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15279>. Acesso em: 26 out. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva: 2012.

\_\_\_\_\_. O Constitucionalismo Democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. **Luís Roberto Barroso. Jurisdição Constitucional e debates Públicos**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo\_democratico\_brasil\_cronica\_um\_sucesso\_imprevisto.pdf >. Acesso em: 02 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7547> Acesso em: 23 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **RFD- Revista da Faculdade de Direito- UERJ**, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1794/2297> Acesso em: 06 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\_ativismo\_legitimidade\_democratica> Acesso em: 13 out. 2018

\_\_\_\_\_. A ascensão política das Supremas Cortes e do Judiciário. **Consultor jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jun-06/luis-roberto-barroso-ascensao-politica-supremas-cortes-judiciario#top>. Acesso em: 18 out. 2018.

\_\_\_\_\_.Direito e Política: o papel do STF e suas relações com os demais Poderes da República. Palestra de Luís Roberto Barroso no Instituto Fernando Henrique Cardoso. São Paulo: 2015.

BARRETO, Alvaro Augusto de Borba. GRAEFF, Caroline Bianca. “Judicialização da política”: arqueologia de um conceito. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em:

<<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/9020/5009?>>. Acesso em 18 out. 2018.

BOAVENTURA, Alana Duarte dos Santos. A constitucionalização dos direitos humanos. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3703, 21 ago. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25152>>. Acesso em: 24 set. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 50ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3685-8/DF. Art. 2º da EC 52, de 08.03.06. Aplicação imediata da nova regra sobre coligações partidárias eleitorais, introduzida no texto do art. 17, § 1º, da CF. Alegação de violação ao princípio da anterioridade da lei eleitoral (CF, art.16) e às garantias individuais da segurança jurídica e do devido processo legal (CF, art. 5º, caput, e LIV). Limites materiais à atividade do legislador constituinte reformador. Art. 60, §4º, IV, e 5º, §2º da CF. Partes: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Roberto Antonio Busato, Congresso Nacional. Relatora: Ministra Ellen Gracie. 22 de março de 2006. **Lex**: jurisprudência do STJ e STF. DJ 10-08-2006 Pergunta de prova: 00019 EMENT vol-02241-0 PP-00193.

CANCIAN, Renato. Estado do bem-estar social: História e crise do *welfare state*. **Uol**. Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/disciplinas/sociologia/estado-do-bem-estar-social-historia-e-crise-do-welfare-state.htm?cmpid=copiaecola>>. Acesso em: 26 out. 2018.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**. 2004, n.23, pp.127-139. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782004000200011&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782004000200011&script=sci_abstract&tlng=pt)>. Acesso em: 18 out.2018.

CHUEIRI, Vera Karam de. Considerações em torno da coerência narrativa de Ronald Dworkin. **Periódicos UFSC**, V. 12 n. 23. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16154/14706>>. Acesso em: 26 out. 2018.

COELHO, Ana Izabel Miranda. et al. Controle judicial dos atos administrativos. **Jus**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54416/control-judicial-dos-atos-administrativos>> Acesso em: 10 out. 2018.

CRETELLA JÚNIOR, J. apud GREVETTI, Rodrigo Binotto. A possibilidade de controle judicial do ato administrativo. **Direito net**. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4619/A-possibilidade-de-control-judicial-do-ato-administrativo>>. Acesso em: 13 out. 2018.

Descrédito nos partidos atinge 8 em 10 brasileiros. **Estadão**. São Paulo. 23 jun. 2018. <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,descredito-nos-partidos-atinge-8-em-10-brasileiros,70002362978>>. Acesso em 10 out. 2018

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 35. ed. São Paulo: Saraiva: 2009.

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia**: o guardião de promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GONÇANES FILHO, Kildare. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

LEAL, Roger Stiefelmann. A judicialização da política. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, **UFRGS**. São Paulo, v. 7, n.º 29, p. 230-237, out./dez. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal1.htm>>. Acesso em 26 out. 2018.

LEITE, Gisele. Judicialização e democracia. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, 2018. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=18250&revista\\_caderno](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18250&revista_caderno)>. Acesso em: 19 out. 2018.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1056.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, 2002, n.57. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57>>. Acesso em 19 out. 2018.

MACIEL, Larissa Barreto. A judicialização da política e o papel do STF no Estado Democrático de Direito. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 39, n. 126, p. 113-32. jun. 2012. Disponível em: < <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVA JURIS/article/view/779>>. Acesso em: 15 out. 2018.

MACIEL NETO, Pedro Benedito. Os perigos da judicialização da política. **Consultor Jurídico**, Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-mai-02/judicializacao-politica-enfraquecimento-sociedade-civil>> Acesso em: 15 maio 2018.

MAGALHÃES, Flávia Cristina Mascarenhas. **A Judicialização da Política e o Direito Eleitoral Brasileiro no Período 2002-2008**. Monografia. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/221281>>. Acesso em 20 out. 2018.

MAIA, Luciana Andrade. A polêmica da verticalização das coligações partidárias. **Direito Net**. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6547/A-polemica-da-erticalizacao-das-coligacoes-partidarias>>. Acesso em: 20 out. 2018.

MARCHETTI, Vitor; CORTEZ, Rafael. A judicialização da competição política: o TSE e as coligações eleitorais. **SciELO**, Opin. Publica vol.15 no.2 Campinas Nov. 2009. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-62762009000200006#back4](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762009000200006#back4)>. Acesso em 20 out. 2018.

MELO, André Luis Alves de. **A judicialização do Estado brasileiro, um caminho antidemocrático**. Disponível em: < <http://www.sedep.com.br/?idcanal=23852>>. Acesso em 15 out. 2018.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. rev. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira apud MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, 2002, n.57. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57>>. Acesso em 19 out. 2018.

NARDELLI, M. A. M.; CUNHA NETO, E. Ainda Sobre a Expansão Global do Poder Judicial: Aspectos Sobre o Protagonismo Judicial e suas Origens. **Fasb**. Disponível em: <<http://www.fasb.edu.br/revista/index.php/campojuridico/article/view/85/99>> Acesso em: 04 out. 2018.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. **A judicialização da política no Brasil: análise das decisões do TSE e do STF sobre verticalização das coligações e fidelidade partidária**. 200 f., il. Tese (Doutorado em Ciência Política) — Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

PEREIRA JUNIOR. Jose Aldizio. O Poder Judiciário e a sua função constitucional: Algumas Reflexões. **Conteúdo Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-poder-judiciario-e-a-sua-funcao-constitucional-algumas-reflexoes,49027.html>>. Acesso em 14 maio 18.

SANTOS, Adriana Maria Silva. Direito e política: uma relação na sociedade. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, 2018. <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1916](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1916)>. Acesso em: 10 out. 2018.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Dsarmiento advogados**. Disponível em: <<http://www.dsarmiento.adv.br/content/3-publicacoes/16-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidadesdaniel-sarmiento.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2018.

SILVA, Jose Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9 ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1992.

SIMÕES, Bruna Carvalho Alves. A evolução do constitucionalismo. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF, 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47359&seo=1>>. Acesso em: 25 set. 2018.

TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn 1995 apud Zauli, Eduardo Meira. Judicialização da política, Poder Judiciário e Comissões Parlamentares de Inquérito no Brasil. **Revista de Sociologia e Política**. vol.19 no.40 Curitiba Oct. 2011. Disponível em: < [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-44782011000300014](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782011000300014)>. Acesso em: 15 out.2018.

TOFFOLI, Dias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. 60 anos do julgamento do caso Lüth e a autocontenção judicial. **Revista Consultor Jurídico**, 2018. Acesso em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-02/opiniaio-60-anos-luth-autocontencao-judicial>>. Acesso em 26 out. 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena, **Direitos Fundamentais: uma Leitura da Jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/103234>> Acesso em: 04 out. 2018.

WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre: Constituição. **Wikipédia**. Disponível em:<[https://pt.wikipedia.org/wiki/Friedrich\\_Carl\\_von\\_Savigny](https://pt.wikipedia.org/wiki/Friedrich_Carl_von_Savigny)>. Acesso em 29 set. 2018.