

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA III

ANDRÉ PARMO FOLLONI

RICARDO DOS REIS SILVEIRA

JULIA MAURMANN XIMENES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C758

Constituição e democracia III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: André Parmo Folloni, Julia Maurmann Ximenes, Ricardo Dos Reis Silveira – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-290-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Constituição. 3. Democracia.

I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA III

Apresentação

Entre os dias 7 e 9 de dezembro o XXV Congresso Nacional do CONPEDI ocorreu em Curitiba, com o tema Cidadania e Desenvolvimento sustentável: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

Diante da pertinência com esta temática, o grupo de trabalho Constituição e Democracia se reuniu em diferentes salas, e a presente apresentação trata do grupo III.

A tensão entre Direito e Política esteve presente durante as discussões, com debates sobre o momento histórico, político e constitucional brasileiro após os acontecimentos de 2016, bem como a atuação dos diferentes atores da sociedade, do campo político e do campo jurídico.

Assim, as pesquisas refletem inquietações sobre a efetivação da democracia no Brasil a partir de diferentes atores sociais: cidadão, Sindicatos, Poder Legislativo, Supremo Tribunal Federal, Ministério Público dentre outros objetos analisados.

Algumas pesquisas trataram de casos específicos, como a ADI 4429/DF, a PEC 65 e a PE 33 /2011.

As inquietações continuam mas o debate proporcionou um rico momento para a pesquisa jurídica.

Boa leitura!!!

Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Prof. Dr. André Parmo Folloni - PUCPR

Prof. Dr. Ricardo Dos Reis Silveira - UNAERP / UNIFEB

A SEPARAÇÃO DE PODERES E A JUDICIALIZAÇÃO POLÍTICA A SEPARATION OF POWERS AND POLICY JUDICIALIZATION

Magda Soares Moreira Cesar Borba
Carlos Leonardo Loureiro Cardoso

Resumo

A historicidade do princípio de separação de Poderes é relevante para explicar a sua aparição no século XVIII. Contudo, o princípio não se mantém como originariamente construído e hodiernamente não prevalece a divisão estanque. O surgimento do sistema de freios e contrapesos garante controle de um Poder sobre o outro. A judicialização da política configura aparente transposição do Legislativo para o Judiciário. Este movimento é reflexo da constitucionalização, que teve desenvolvimento no Brasil após a Constituição de 1988. A teoria de separação de Poderes deve ser mantida, desde que conjugada com o mecanismo de freios e contrapesos.

Palavras-chave: Teoria separação poderes, Sistema de freios e contrapesos, Judicialização da política, Supremo tribunal federal

Abstract/Resumen/Résumé

The historicity of Separation of Powers principle is relevant to explain its appearance in the eighteenth century. However, the principle do not keep as originally built and nowadays not prevail the tight division. The raising system of checks and balances ensures the controls of a Power over the other. The legalization of politics rises from apparent transposition of legislative power to the judiciary. This transition is reflection of constitutionalization that has had its development in Brazil after the Constitution of 1988. The Separation of Powers theory must be kept since it is coupled to the checks and balances mechanism.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Theory separation powers, System of checks and contrapesos, Legalization of politics, Supreme court

Introdução

As primeiras noções sobre a separação de poderes foram lançadas na antiguidade grega por Aristóteles, que vislumbrou a existência de três funções distintas exercidas pelo poder soberano: a de editar normas, a de aplicar as referidas normas e a de julgar. O pensador grego, no entanto, atribuía o exercício de todas as funções a uma única pessoa- o soberano, que era detentor de incontável poder de mando.

Em 1690 foi editada a obra de John Locke, "Segundo Tratado sobre Governo Civil", na qual o filósofo inglês decompôs a soberania absoluta do monarca e, como consequência, o poder do rei, que antes concentrava as funções executiva, legislativa e jurisdicional, ficou restrito ao poder executivo. Os poderes de elaborar as leis e o de executá-las passaram a esferas distintas. Embora Locke fizesse alusão a três poderes, na realidade ele só referenciava dois: o legislativo e o executivo. O Judiciário não era mencionado como poder autônomo.

Com base nas obras de Aristóteles e de John Locke, o pensador francês Montesquieu escreveu "O Espírito das Leis", cuja publicação ocorreu em 1748. O filósofo desenvolveu a teoria da separação de poderes e criou um sistema de freios e contrapesos, por meio do qual restou definido um controle recíproco. Cada poder autônomo exerceria as suas funções com independência, porém seria admissível o controle uns dos outros.

No Brasil, desde a época do Império, a primeira Constituição de 1824 consagrou a tripartição dos poderes, embora o Poder Moderador, exercido pelo Imperador, tivesse preponderância sobre os demais poderes. A Constituição de 1824, que vigorou até 1891, reconheceu os poderes Moderador, Legislativo, Executivo e o Judicial, este último posteriormente denominado Judiciário.

Com o advento da República no Brasil, tanto a primeira Constituição Republicana de 1891, quanto as demais, consagraram a separação de poderes, o que se evidencia até hoje. A Constituição de 1988, em vigor, em seu artigo 2º. dispõe que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, Executivo e o Judiciário. O direito constitucional brasileiro tem, portanto, como base estrutural, a teoria da separação dos poderes, que retrata o caráter representativo ao exercício dos poderes do Estado.

Contudo, o referido princípio vem perdendo a sua autoridade, decaindo de vigor e prestígio. As Constituições democráticas ainda abraçam a separação tripartite, mas alguns juristas entendem que por mero conservadorismo. Segundo o jurista Paulo Bonavides "*desde porém que se desfez a ameaça de volver o Estado ao absolutismo da realeza e a valoração política passou do plano individual ao plano social, cessaram as razões de sustentar, em termos absolutos, um princípio que logicamente paralisava a ação do poder estatal.*"

Atualmente, os indícios apontam para uma crescente ampliação do poder judicial em matérias que seriam reservadas às competências dos Poderes Executivo e Legislativo, dando origem a um processo de judicialização da política, por meio do qual o Poder Judiciário amplia seu poder com relação aos demais poderes.

Antes da promulgação de Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal - STF detinha competência e legitimidade para julgar temas vinculados a leis constitucionais e federais. Depois da vigência da Constituição de 1988, o STF passou a assumir funções mais expressivas na qualidade de defensor e intérprete de normas fundamentais, intensificada a sua atuação no controle concentrado de constitucionalidade, fruto do reconhecimento da força normativa da Constituição, que ganhou um novo desenho com o novo Direito Constitucional.

Decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, como a que fixou o rito do *impeachment* (ADPF 378); a que suspendeu posse de ministro indicado pela Presidente da República (MS 34070 e MS 37071); a que determinou o recebimento de denúncia contra Vice-Presidente da Câmara dos Deputados (MS 34087); sugerem a atração de controles jurisdicionais de atos típicos e privativos de outros Poderes.

Os indícios apontam que o fenômeno da judicialização tem causas diversas, algumas de ordem mundial, outras especificamente nacionais como a redemocratização do país, maior informação e conscientização da população, recrudescendo a cidadania; crescente atuação da Defensoria Pública, expansão institucional do Ministério Público; sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

1.1 Objetivos

A pesquisa tem por finalidade: a) resgatar conceitos de Poder, construído a partir do século XVII pelos principais pensadores; b) conhecer o sistema de pesos e contrapesos; c) discorrer sobre a judicialização da política após a Constituição de 1988, bem como o novo constitucionalismo brasileiro; d) identificar casos que evidenciam a judicialização da política.

1.2 Metodologia

As etapas da pesquisa compreendem: a) levantamento bibliográfico, através de livros contendo doutrina atualizada sobre o assunto; b) pesquisa jurisprudencial em sites oficiais dos Tribunais Superiores Brasileiros; c) pesquisa técnica documental – Constituições Brasileiras; Leis; Decretos; d) pesquisa em documentos eletrônicos (artigos; pareceres; periódicos; revistas). O método utilizado foi o indutivo, através da observação de casos concretamente julgados para alcançar conclusões particulares.

2 – Desenvolvimento da pesquisa

2.1 Separação de poderes segundo pensadores

2.1.1 Poder, de acordo com Aristóteles

Aristóteles (384 - 322a.C) nasceu em Estagira, na Macedônia oriental. Esse filósofo era de família rica e, aos 17 anos foi para Atenas, estudar na Academia, onde passou 20 (vinte) anos como discípulo de Platão.

O filósofo grego entendia o Estado como elemento natural que existia porque existia natureza, ou seja, o Estado teria sua origem na própria natureza. Haveria uma relação de imbricação entre natureza e Estado, que seria também uma relação de causa e efeito, na qual uma dependeria da outra para se realizar.

Em "A Política" (século IV a.C) Aristóteles concebeu o Estado como sociedade política:

Como sabemos todo Estado é uma sociedade, a esperança de um bem, seu princípio, assim como de toda a associação, pois todas as ações dos homens têm por finalidade aquilo que consideram um bem. Todas as sociedades, portanto, têm como meta alguma vantagem, e aquele que é a principal e contém em si todas as outras se propõe à maior vantagem possível. Chamamo-la Estado ou Sociedade Política.

No intuito de descobrir quais seriam as formas de governo capazes de assegurar a felicidade coletiva, Aristóteles investigou a Constituição do Estado e, sem formular uma teoria sobre a separação das funções estatais, admitiu que o governo era dividido em três partes: a que deliberava sobre os negócios públicos, a que exercia a magistratura e a que administrava a justiça.

A parte deliberativa, na concepção aristotélica, possuía a incumbência de decidir soberanamente sobre a guerra, a paz, a aliança, a ruptura dos tratados, a promulgação das leis, a pronúncia da sentença de morte, o exílio, o confisco, o exame de contas do Estado. Estas funções eram exercidas pela Assembléia de cidadãos, eleitos ou sorteados nas diversas classes do Estado.

As magistraturas, entendidas como função executiva, julgavam e deliberavam sobre matérias específicas e, finalmente, a que administrava a justiça. Esta última parte ocupa-se do julgamento em geral, decidindo questões que envolviam o exame de matérias que atentassem contra o Estado, questões criminais, contratos, multas. Tais julgamentos ficavam a cargo dos Tribunais, cabendo aos juizes singulares os casos de menor expressão.

Tem-se, assim, que o antecedente mais remoto sobre separação de poderes coube a Aristóteles, que entendida que não se poderia atribuir a um só indivíduo o exercício do poder.

2.1.2 Poder, de acordo com John Locke

John Locke (1632- 1704) foi um filósofo inglês, ideólogo do liberalismo e um dos principais teóricos do contrato social. De origem humilde, seu pai era um comerciante puritano, teve a possibilidade de usufruir de uma rica formação educacional que o levou ao ingresso na academia científica da Sociedade Real de Londres.

Locke entendia que o homem ficava ameaçado na ausência de leis positivas, julgamento imparcial e de força coercitiva. Era preciso estabelecer um poder que assegurasse a existência, a liberdade, a propriedade. Este poder residia na sociedade civil ou na política.

Em 1690 Locke publicou a obra "Segundo Tratado sobre o Governo Civil", que então foi escrita durante o período da Revolução Gloriosa e, na referida publicação, expressou sua posição contra o governo absolutista, argumentando que o governo emana da comunidade e que, junto com a lei, deve ser usado para o bem comum. Em sua doutrina política, Locke distinguia os poderes concentrados em dois pólos: o legislativo, aquele que elaborava as leis para a comunidade e o executivo, aquele que deveria fazer cumprir as leis elaboradas. O pensador ainda admitia a existência de um terceiro poder, o federativo, mas que na realidade seria uma subdivisão do poder executivo.

O Judiciário não era um poder autônomo. O legislativo era um poder supremo, mas provisório, ao passo que o executivo, embora de ação limitada pelas leis elaboradas pelo legislativo, era um poder permanente. Haveria uma supremacia do Legislativo sobre os demais poderes, razão pela qual a separação de poderes em Locke não geraria um equilíbrio entre os mesmos, como aconteceria mais tarde com Montesquieu.

2.1.3 Poder, de acordo com Montesquieu

Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède e de Montesquieu, conhecido como Montesquieu (1689-1755) era um aristocrata francês, que teve formação iluminista, revelando-se um crítico severo à monarquia absolutista.

Dentre as obras do pensador francês, destaca-se "O Espírito das Leis", publicada em 1748, através da qual discorre sobre as formas de governo, autoridade política e tripartição de poderes, assuntos que influenciariam as doutrinas do Direito Constitucional e da Ciência Política.

Montesquieu distinguiu que em cada Estado haveria três poderes: O Legislativo, o Executivo e o Judiciário. A cada um destes poderes correspondiam funções determinadas. Através do Legislativo eram elaboradas as leis para sempre ou para determinada época, bem como ratificam-se as então existentes. O Poder Executivo era o poder através do qual o príncipe ou o magistrado ocupava-se da paz e da guerra, estabelecia a segurança, prevenia invasões. O terceiro poder, o Judiciário, dava ao príncipe ou ao magistrado a faculdade de punir os crimes e julgar os litígios de ordem civil.

Montesquieu conceituou a liberdade política como a tranquilidade de espírito, decorrente do juízo de segurança que cada um fazia acerca de seu estado no plano da convivência social.

O filósofo francês também entendia que havia três tipos de governo: o monárquico, o republicano e o despótico, cada um com características distintas. Na Monarquia o poder recaía sobre uma única pessoa, na República o bem comum era fruto da associação de todos, e no despotismo ocorria o monopólio, mas sem leis regulamentares.

A tripartição de poderes fundava-se na liberdade e na justiça, sem as quais a sociedade não teria bases estáveis. Percebe-se que no "Espírito das Leis" o filósofo associou o conceito de separação de poderes à liberdade e direitos fundamentais.

As diferenças básicas entre as ideias de Locke e Montesquieu, com relação ao princípio da separação de poderes, concentra-se principalmente no fato de que Locke admitia a função federativa, afastada por Montesquieu, que a inseria no Poder Executivo. Por outro lado, Locke não admitia o Judiciário como poder independente, o que era considerado por Montesquieu.

2.2 Princípio da separação de poderes no direito constitucional contemporâneo

2.2.1 Críticas à teoria original de tripartição de poderes

O princípio da separação de poderes sistematizado na obra de Montesquieu foi utilizado como técnica para salvaguardar a liberdade, muito embora os pensadores, já na Antiguidade, apresentassem uma tímida concepção sobre a referida teoria.

Deve ser considerado que no século XVIII a monarquia prevalecia na Europa, exercendo excessivo poder político, que recaía sobre todas as camadas sociais. O rei era o Estado e o Estado era intervencionista. Havia necessidade de repartição e equilíbrio dos Poderes.

O pensador francês, Montesquieu, dizia que para formar-se um poder moderador:

Precisava-se combinar os Poderes, regrá-los, temperá-los, fazê-los agir; dar a um Poder, por assim dizer, um lastro, para pô-lo em condições de resistir a um outro. É uma obra-prima de legislação, que raramente o acaso produz, e raramente se deixa a prudência produzir. Sendo o seu corpo legislativo composto de duas partes, uma acorrentada a outra pela mútua faculdade de impedir. Ambas serão amarradas pelo poder Executivo, o qual será, por seu turno, pelo Legislativo. Esses três Poderes deveriam originar um impasse,

uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, são compelidos a caminhar, eles haverão de caminhar em concerto.

A necessidade de separar os poderes era vista como instrumento para reduzir o poder do Estado, diante de prescrições constitucionais que enfraqueceriam ou impediriam a democracia, caso não existisse a separação de poderes. A cumulação de todos os poderes nas mãos de poucos ou até de muitos, por razões hereditárias ou até mesmo eletivas, constituía um poder tirano.

Os principais argumentos para sustentação da teoria, portanto, estavam apoiados na efetivação de segurança do indivíduo, na liberdade e na democracia. A proposta de divisão dos poderes tinha, desta forma, duas bases fundamentais: proteção à liberdade e o aumento da eficiência do Estado por meio da divisão de atribuições e competências, tornando cada órgão especializado em determinada função. Este ideal objetivava, em termos gerais, reduzir o absolutismo dos governos.

Contudo, nas democracias contemporâneas a relação entre os Poderes não pode mais ser vista como fruto de atribuições expressas, predefinidas e impermeáveis. Percebe-se que não mais prevalece a separação rígida entre os Poderes, mas sim, um verdadeiro balanço através de um permanente diálogo constitucional entre eles.

Paulo Coste-Floret (1911-1979) político francês, ao atuar como relator de um projeto constitucional na França, já expressava uma nova visão sobre a separação de poderes:

Pois que é indubitável que a soberania é una, é impossível admitir com o sistema presidencial que existem três poderes separados. Mas porque a soberania é una, não é preciso concluir que todas as funções do Estado devem ser necessariamente confundidas. Para realizar uma organização harmônica dos poderes públicos, é preciso ao contrário, construí-los sobre o princípio da diferenciação das três funções do Estado: legislativa, executiva, judiciária. Para tomar de empréstimo uma comparação simples à ordem biológica, é exato por exemplo que o corpo humano é uno e, todavia, o homem não faz com os olhos o que tem hábito de fazer com as mãos. É preciso que o princípio da unidade orgânica se junte a regra da diferenciação das funções. Há muito tempo que a regra da separação dos poderes, imaginada por Montesquieu como um meio de lutar contra o absolutismo, perdeu toda a razão de ser.

Não há que se ignorar ou aniquilar o princípio da separação de poderes, como sugere o ilustre jurista Paulo Bonavides, mas há de se admitir que a teoria clássica de tripartição deve ser reavaliada. Apesar de a noção de tripartição de poderes continuar sendo mantida nos textos constitucionais do Direito Constitucional Contemporâneo, a exemplo do que dispõe o artigo 2o. da Constituição Federal Brasileira, já é possível entender que esta fórmula não pode mais ser interpretada com a rigidez do passado.

A produção do direito, seja pelo Poder Legislativo, pelo Executivo ou pelo Judiciário, deve ser - sobretudo em um ordenamento regido por uma norma como a do parágrafo único do artigo 1o. da Constituição- como centralidade a ideia de que cada norma é formulada e exercida pelo povo, de acordo com os princípios constitucionais daquela comunidade.

Toda a lógica da separação de Poderes deve servir à preservação da integridade do direito. Ao se estabelecer um sistema de freios e contrapesos, tem-se como objetivo principal a criação de um mecanismo de controle mútuo que possibilite a aferição constante das manifestações de poder como vinculadas a esses princípios e, portanto, como reais manifestações do povo

Infere-se, assim, que o princípio clássico de separação de poderes deve ser conjugado com um mecanismo de freios e contrapesos, um sistema de diálogo constante e permanente entre os Poderes, elemento chave da democracia contemporânea.

2.2.2 Sistema de freios e contrapesos

A teoria *checks and balances*, também conhecida como freios e contrapesos foi desenvolvida por Montesquieu em sua obra "O espírito das leis", trazendo em seu bojo a idéia de controle entre os poderes. A técnica, no entanto, foi desenvolvida por Henry Bolingbroke, na Inglaterra, no século XVIII.

Referido sistema, de freios e contrapesos, norteia quase todas as constituições modernas. O jurista Dalmo Dallari assim explica a teoria:

O sistema de separação de poderes, consagrado nas Constituições de quase todo mundo, foi associado à ideia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como sistema de freios e contrapesos. Segundo esta teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, constituem-se na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos de agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competência.

Na Constituição Federal Brasileira destacam-se inúmeros casos de freios e contrapesos, conforme se destaca:

- Por parte do Executivo - veto presidencial (CF, artigo 66 & 1o);

- Por parte do Legislativo - o poder de fiscalização (artigo 49, X);
- Por parte do Judiciário - controle de constitucionalidade das leis.

O *impeachment* também pode ser considerado um caso de freios e contrapesos, como também a rejeição ao veto.

Tem-se, assim, que o sistema de freios e contrapesos é um mecanismo que visa zelar pelo equilíbrio entre os Poderes, fiscalizando-os, e pelo respeito aos direitos fundamentais. É um controle interno entre os Poderes para assegurar unidade e eficácia na ação do Estado.

2.3 Judicialização política no Brasil

2.3.1 Neoconstitucionalismo e o novo direito constitucional no Brasil

A partir da Segunda Guerra Mundial e, ao longo da segunda metade do século XX, surgiu um movimento de reconstitucionalização, consequência de uma grande crise de identidade, já que o positivismo kelseniano, que era muito aceito no meio acadêmico, sofreu um grande abalo. E diante desse abalo os juristas desenvolveram uma nova corrente jusfilosófica conhecida como neoconstitucionalismo. Este movimento representava um conjunto de idéias, cujos elementos caracterizadores, em meio a outros, era a reaproximação entre o direito e a ética, inserindo a ciência jurídica entre os valores éticos indispensáveis para a proteção dignidade da pessoa humana, normatividade dos princípios, a centralidade dos direitos fundamentais, a força normativa da Constituição e a reabilitação da argumentação jurídica.

Nas palavras do ilustre jurista Luis Roberto Barros:

O novo direito constitucional ou Neoconstitucionalismo é, em parte, produto do reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia do Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando do plano ético para o mundo jurídico, os valores morais compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução constante de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a democracia, a República e a separação de Poderes. Houve, ainda, princípios cujas potencialidades só foram desenvolvidas mais recentemente, como o da dignidade da pessoa humana e o da razoabilidade.

A principal referência deste movimento foi a Lei Fundamental de Bonn (Alemanha) e, especial, a criação do Tribunal Constitucional Federal. A segunda referência é a Constituição da Itália de 1947 e a subsequente instalação da Corte Constitucional.

No Brasil o processo de redemocratização teve como protagonista a Constituição de 1988, que trouxe o direito constitucional ao apogeu, atribuindo força normativa ao texto constitucional, expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova interpretação.

Também nas palavras o ilustre jurista Luis Roberto Barroso:

A constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá conformar-lhes o sentido e o alcance. A constitucionalização, o aumento da demanda por justiça por parte da sociedade brasileira e a ascensão institucional do Poder Judiciário provocaram, no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais.

2.3.2 Poder Político do Judiciário

O pensador francês, Montesquieu, já distinguia o Poder Judiciário como terceiro Poder, atribuindo ao magistrado ou ao príncipe a faculdade de julgar os litígios na esfera civil e estabelecer punições na esfera criminal.

Superados o Estado absolutista e o liberal, surge o Estado Social, então consagrado no artigo 3º da Constituição Federal Brasileira, que dispõe:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- Construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- Garantir o desenvolvimento nacional;
- Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação

Traçado o conteúdo normativo constitucional, tem-se que cabe tanto ao Legislativo, ao Executivo e ao Judiciário o cumprimento dos fins sociais do Estado. Evidentemente, o Judiciário não pode ficar inerte frente à eventual omissão ou negligência dos demais poderes em relação aos escopos sociais do Estado. Assim, em caso de ausência de ação por parte do Executivo, de ausência de legislação por parte do Legislativo, o Judiciário deverá dar eficácia à política social determinada na Constituição Federal.

O Estado de Direito contemporâneo afirma-se, em primeiro lugar, pela garantia dos direitos fundamentais, cabendo ao Poder Judiciário velar para que tais direitos sejam respeitados e implementados.

A lógica da supremacia constitucional, inserida nas democracias modernas, exige que a validade das leis e dos atos do Estado tenham seu fundamento na Constituição e, com base nesta lógica, o Poder Judiciário confirma-se no papel de guardião da Lei Maior, assumindo um caráter mais intervencionista e cumpridor dos proclames de um Estado social, tendo em vista a judicialização das questões políticas /sociais.

A judicialização da política exsurge da intervenção do direito nas instituições, com o reconhecimento, antes, de um novo padrão de configuração do Poder Judiciário e, depois, de um novo padrão de relacionamento entre os Poderes do Estado. No novo padrão de configuração, ao Poder Judiciário é atribuído o poder de elaborar o direito, a partir do esvaziamento progressivo da supremacia legislativa e, por via de consequência, da transposição de poder do Legislativo para o Judiciário.

A judicialização da política seria, assim, um fenômeno através do qual o pólo de decisão de certas questões que, tradicionalmente estariam na esfera do Executivo ou do Legislativo, deslocam-se para o Judiciário.

2.3.3 O papel do Supremo Tribunal Federal

A denominação "Supremo Tribunal Federal" foi adotada na Constituição Provisória, conforme decreto 510 publicado em 22 de junho de 1890. Promulgada a primeira constituição republicana, a expressão foi confirmada, conferido-se ao órgão o controle da constitucionalidade das leis.

A Constituição de 1934 mudou a denominação para "Corte Suprema" e a carta de 10 de novembro de 1937 restaurou a denominação para Supremo Tribunal Federal, nomenclatura que se seguiu nas cartas constitucionais posteriores, até à presente.

Desde a sua criação, o Supremo Tribunal Federal vem mantendo as funções que originalmente lhe foram atribuídas: decidir acerca da constitucionalidade dos atos dos demais poderes, julgar os conflitos envolvendo a União e os Estados, defender os direitos fundamentais consagrados

Com o golpe de 1964, militares assumiram o governo e, à semelhança do que aconteceu no Estado Novo, os poderes do Executivo foram expandidos, enquanto os do Judiciário e do Legislativo foram reduzidos. Os atos do Executivo passaram a escapar do controle do Judiciário e os direitos fundamentais ficaram subordinados ao conceito de segurança nacional. Ainda assim, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisões resistindo às pressões dos militares, concedendo inclusive *habeas corpus* a presos políticos.

Apesar das pressões sofridas no decorrer de sua história, o Supremo Tribunal Federal, por seus ministros, sempre se posicionou na defesa dos direitos e garantias constitucionais, do estado de direito e do equilíbrio entre os poderes.

Com a redemocratização do país e a promulgação da Constituição de 1988, o STF teve o seu papel institucional ampliado e, segundo o Ministro Barroso, uma das causas da judicização seria o sistema de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo.

Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isto, se soma o direito de propositura amplo, previsto no art.103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas- as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais- podem ajuizar ações diretas. Neste cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF.

Tem-se, assim, que o Supremo Tribunal Federal atua no equilíbrio de idéias tanto política como de direito, funcionando como meio de harmonização entre os Poderes. Inegavelmente, a Corte Suprema assume posição de proeminência, no que concerne à atuação política do Poder Judiciário no Brasil. Nesse sentido, a Constituição de 1988, na medida em que atribui ao Supremo

Tribunal Federal, em sede de critério de controle concentrado, a função exclusiva para proceder ao exame da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, abre espaço generoso para a ocorrência do fenômeno da judicialização da política.

2.3.4 Decisões que evidenciam o fenômeno da judicialização

Decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal ratificam o que foi até aqui exposto, conforme se demonstra:

Em 03 de dezembro de 2015 o Supremo Tribunal Federal recepcionou, via eletrônica, peticionamento ajuizado pelo Partido Comunista do Brasil (PC do B), através do qual o Autor (PC do B) intentou arguição de descumprimento de preceito fundamental com pedido de medida liminar (ADPF 378 MC/DF), cuja pretensão, de forma sumária, objetivava que a Suprema Corte reconhecesse a não recepção de diversos dispositivos da Lei nº 1.079/1950, que define os crimes de responsabilidade e regula o seu processo de julgamento, bem como reconhecesse a recepção de outras regras da referida lei, e ainda procedesse à interpretação, conforme a Constituição, de preceitos também ali contidos, além de suprir lacunas na regulamentação respectiva. A decisão, publicada em 08/03/2016, estabeleceu os seguintes parâmetros:

1. O impeachment integra, à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e da Lei 1.079/1950, o rol de procedimentos presentes no Estado Democrático de Direito, configurando-se em processo de índole dúplice, de natureza jurídico-política para o fim de examinar a imputação e definir a ocorrência ou não de crime de responsabilidade por parte de Presidente da República, devendo o Supremo Tribunal Federal assegurar a realização plena do procedimento nos estritos termos da lei e da Constituição.
2. O conteúdo do juízo exclusivamente político no procedimento de impeachment é imune à intervenção do Poder Judiciário, não sendo passível de ser reformado, sindicado ou tisdado pelo Supremo Tribunal Federal, que não deve adentrar no mérito da deliberação parlamentar.
3. Restringe-se a atuação judicial, na hipótese, à garantia do devido ADPF 378 MC / DF processo legal. A forma do procedimento de impeachment deve observância aos direitos e garantias do acusado, especialmente aos princípios da legalidade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, previstos pela Constituição da República e pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).
4. Sendo a lei existente sobre a matéria anterior à Constituição de 1988, e não tendo havido pelo Parlamento edição de lei específica para o respectivo regramento, em termos procedimentais e formais pode o Poder Judiciário à luz de filtragem constitucional examinar a legislação pretérita iluminada por preceitos fundamentais previstos no Texto Constitucional na Convenção Americana de Direitos Humanos, em sede de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, a teor do inciso I, do parágrafo único, do artigo 1º. da Lei 9.882/1999.
5. A atuação judicial pode, assim, adequar, em tais limites e naqueles definidos pelos pedidos no presente ADPF, o procedimento quando necessário à observância de regras e preceitos constitucionais.
6. Deve-se adotar, na espécie, a técnica

da “interpretação conforme ao artigo 38 da Lei 1.079/50, de maneira a consignar que a única interpretação passível de guarida pela ordem constitucional contemporânea se resume na seguinte assertiva: os Regimentos Internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal somente possuem aplicação no rito do impeachment naquilo que dizem respeito à autoorganização interna dos referidos órgãos legislativos, mas não para a autorização, processamento e julgamento do impeachment .7. Não há violação à reserva de lei exigida pelo art. 85 da Constituição de 1988 na aplicação de regras dos regimentos internos das Casas Legislativas, desde que não sirvam para regulamentar a autorização, processamento e julgamento do impeachment 8. Considerando que o recebimento operado pelo Presidente da Câmara dos Deputados configura juízo sumário da admissibilidade da denúncia para fins de deliberação colegiada, não há obrigatoriedade de defesa prévia a essa decisão. Não se reconhece que a exigência de defesa prévia ao recebimento da denúncia constitua derivação necessária da cláusula do devido processo legal. Reconhecido o direito de manifestação anterior à aprovação do primeiro parecer proferido pela Comissão Especial, há contraditório prévio à admissibilidade conclusiva, o que é suficiente para garantir o devido processo legal.9. As causas de impedimento, suspeição e outras limitações impostas aos magistrados, próprias do processo jurisdicional, que visam à garantia de um juízo dotado da mais absoluta imparcialidade, não se compatibilizam com o processo jurídico-político do impeachment.10. No que diz respeito à formação e à composição da Comissão Especial na Câmara dos Deputados, uma autêntica filtragem constitucional da Lei 1.079/50 exige a equiparação normativa dos blocos parlamentares aos partidos políticos, tanto quanto for possível, nas tanto quanto for possível, nas circunstâncias passíveis de legítimo alvedrio por parte do Legislativo. Não cabe ao Poder Judiciário tolher uma opção feita pela Câmara dos Deputados no exercício de uma liberdade política que lhe é conferida pela ordem constitucional, conforme art. 58, §1º, da Constituição da República de 1988.

Coube ao STF definir os ritos procedimentais do *impeachment* ao qual se submete a Presidente Dilma Rousseff.

Em outro caso, o Partido Popular Socialista (PPS) impetrou Mandado de Segurança coletivo (MS 34070), assim como o Partido da Social Democracia Brasileira (PMDB) (MS 34071), objetivando desconstituir a nomeação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro-Chefe da Casa Civil da Presidência da República, sob alegação de que o ato de nomeação pela Presidente Dilma Rousseff ocorreu com desvio de finalidade, visando retirar a competência do juízo da 13a. Vara Federal de Curitiba, encarregado da investigação criminal em curso contra o ex-presidente, ou seja, a nomeação visava transferir a investigação para a competência do Supremo Tribunal Federal, considerando a prerrogativa de foro conferida aos ministros de Estado.

O relator, Ministro Gilmar Mendes, em decisão proferida em 18 de março de 2016, deferiu liminar para suspender a eficácia da nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil, determinando a manutenção da competência da justiça em primeira Instância dos procedimentos criminais em seu desfavor.

Outra situação recente, que também confirma o fenômeno da judicialização, é o Mandado de Segurança impetrado por Mariel Marley Marra (MS 34087), no qual se insurge contra ato do

Presidente da Câmara dos Deputados, que negou seguimento à denúncia para instauração de processo de impedimento contra o Vice-Presidente da Presidência. O impetrado foi a Mesa da Câmara dos Deputados.

O Relator, Ministro Marco Aurélio, em decisão proferida em 05 de abril de 2016, deferiu parcialmente a liminar para, afastando os efeitos do ato impugnado, determinar o seguimento da denúncia, vindo a desaguar na formação da Comissão Especial, a qual emitirá parecer, na forma dos artigos 20, cabeça, da Lei nº 1.079/1950 e 218, §5º do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Os exemplos mencionados confirmam o fenômeno da judicialização da política, que encontra respaldo em preceitos constitucionais com a atuação do STF que, em casos concretos, tem o condão de guardar as normas consagradas na magna carta.

3 – Conclusão

A teoria da tripartição de poderes criada por Montesquieu sustentava a idéia de que o poder devia ser dividido em três partes: legislativo, executivo e judiciário, cada Poder com suas funções típicas. O legislativo criava as leis, o executivo executava e o judiciário, julgava delitos. Para que a liberdade política fosse alcançada era preciso que os Poderes convivessem em harmonia.

O pensador entendia que um poder não poderia interferir no outro nem extrapolar as suas funções, sob pena de se configurar o desequilíbrio que poderia levar ao despotismo.

Instituiu-se, então, o sistema de "*checks and balances*" (freios e contrapesos), cuja função era limitar o poder, de forma que Legislativo, Executivo e Judiciário fossem monitorados em si e entre si.

A Teoria da Tripartição de Poderes foi abraçada pelo Direito Constitucional contemporâneo e sua presença está viva em vários textos constitucionais, como ocorre com a atual Constituição Brasileira de 1988. Contudo, a teoria deve ganhar nova roupagem. A relação entre os Poderes não pode mais ser vista como fruto de atribuições impermeáveis. Os Poderes devem manter permanente diálogo constitucional, de forma que contradições sejam sanadas no contexto de uma sociedade plural, com identidade constitucional, mas também, com outras identidades relevantes como étnica, cultural, religiosa.

Não há como prevalecer a idéia de que o princípio da Tripartição de Poderes constitui ponto morto do pensamento político, como argumentam alguns juristas. A teoria serve à preservação da integridade do direito, desde que conjugada com o sistema de freios e contrapesos, possibilitando a transparência dos procedimentos públicos na tomada de decisão. O referido mecanismo funciona como um freio às condutas contrárias ao bem comum.

Com base neste mecanismo, o Judiciário é provocado mais intensamente sempre que Executivo ou Legislativo agem em confronto com os preceitos constitucionais ou ferindo direitos fundamentais. A Constituição Brasileira de 1988 reforçou o papel das instituições judiciais, com significativa expansão do Judiciário que é acionado para analisar, ajustar posições, restringir os excessos dos outros Poderes, o que dá ensejo ao fenômeno que, na prática, foi denominado "judicialização da política", ocorrendo a disseminação do poder judicial com inequívoca relação entre direito e política.

O Supremo Tribunal Federal, como órgão máximo representativo do Poder Judiciário, atua como guardião da Constituição, com o dever de garantir o cumprimento dos preceitos constitucionais.

A judicialização da política ainda não está totalmente consolidada no sistema judicial brasileiro, mas é uma tendência. As recentes decisões confirmam esta posição.

O tema é atual e desperta interesse dos estudiosos, concluindo-se que não deve ser desconsiderada a teoria original de tripartição dos poderes, mas ela deve ser temperada com mecanismos que permitam um maior controle entre os Poderes, intensificando-se o diálogo constitucional entre nas três esferas - Executivo, Legislativo e Judiciário - chave para o equilíbrio e a consolidação democrática do país.

Referências

ABRAMOVAY, Pedro- Separação de poderes e medidas provisórias- FGV, Campus Jurídico - edição 2012

ALBUQUERQUE, Armando - A teoria Lockeana da Separação de poderes <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4129304d04cff4cb> consultado em 14/04/2016

- ALMEIDA, Antonio Charles Santiago Almeida - Filosofia Política -Editora Intersaberes -
Biblioteca virtual Universidade Veiga de Almeida
- BARROSO, Luis Roberto- Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, pg.04
endereço eletrônico www.oab.org.br/editora/revista/users/.../1235066670174218181901,
consultada em 20/04/2016
- BARROSO, Luis Roberto - Neoconstitucionalismo e Constitucionalização no Brasil (o triunfo
tardio do direito constitucional no Brasil) endereço eletrônico
[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-
content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)
f consultada em 20/04/2016
- BOBBIO, Norberto- Locke e o direito natural , 2a. edição, Brasília, editora UnB, 1997
- BONAVIDES, Paulo, Ciência Política, 23a. edição, editora Malheiros, São Paulo, 2016
- MORAES, de Alexandre- Direito Constitucional , 32a. edição, editora Atlas, 2016
- MORAES, Guilherme Peña de- Constitucionalismo Multinacional - editora Atlas, 2015
- OLIVEIRA, Letícia Silva - O Princípio da Separação de Funções estatais e o ativismo judicial -
Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva- edição 21, outubro
10, 2013 -<http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=1441>
- OMMATI Fides - Dos freios e contrapesos entre os Poderes do Estado - Rev. Inf legis. Brasilia
no. 55 / 1977
<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181023/000359521.pdf?sequence=3>
consultado em 17/04/2016
- RANIERI, Nina Beatriz -A Política, Teoria do Estado, parte Ii, Editora Manole, 2013 - Biblioteca
virtual Universidade Veiga de Almeida