

**CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL UNINTER
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

EDUARDO BRUGNOLO MAZAROTTO

**ATIVISMO JUDICIAL E PARTIDOS POLÍTICOS: CRISE E VÁCUO NO
SISTEMA REPRESENTATIVO DEMOCRÁTICO**

CURITIBA

2018

EDUARDO BRUGNOLO MAZAROTTO

**ATIVISMO JUDICIAL E PARTIDOS POLÍTICOS: CRISE E VÁCUO NO
SISTEMA REPRESENTATIVO DEMOCRÁTICO**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Internacional UNINTER.

Orientador: Prof. Dr. Doacir Gonçalves de Quadros

CURITIBA

2018

M475a Mazarotto, Eduardo Brugnolo
Ativismo judicial e partidos políticos: crise e vácuo no sistema representativo democrático / Eduardo Brugnolo Mazarotto. - Curitiba, 2018.
113 f.

Orientador: Prof. Dr. Doacir Gonçalves de Quadros
Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro
Universitário Internacional Uninter.

1. Teoria do Estado. 2. Democracia. 3. Direito Constitucional. 4. Partidos políticos – Brasil. 5. Poder judiciário.
I. Título.

CDD 340

Catálogo na fonte: Vanda Fattori Dias - CRB-9/547

TERMO DE APROVAÇÃO

EDUARDO BRUGNOLO MAZAROTTO

**ATIVISMO JUDICIAL E PARTIDOS POLÍTICOS: CRISE E VÁCUO NO
SISTEMA REPRESENTATIVO DEMOCRÁTICO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Internacional UNINTER.

Orientador: Prof. Dr. Doacir Gonçalves de Quadros
Centro Universitário Internacional - UNINTER

Membros: Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier
Centro Universitário Autônomo do Brasil - UNIBRASIL

Prof. Dr. André Peixoto de Souza
Centro Universitário Internacional - UNINTER

Prof^a. Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza
Centro Universitário Internacional - UNINTER

Curitiba, 17 de dezembro de 2018.

AGRADECIMENTOS

Escrever os "agradecimentos" considero ser tarefa difícil, pois é o momento em que um turbilhão de lembranças me envolve e acaba sendo difícil transformá-las em palavras, mas tentarei fazê-lo de forma breve.

Ingressar no programa de mestrado para mim foi algo bastante peculiar, pois estava vindo de alguns anos focando apenas na vida profissional, com leituras direcionadas principalmente à vida prática, estando bastante distante do mundo acadêmico.

O mestrado marcou o retorno à rotina acadêmica, com profundas reflexões acerca dos mais variados temas. Aliás, este ponto não foi fácil. Quando dos primeiros seminários, textos, leituras, debates, confesso que fiquei assustado. Mas com o passar do tempo, aquela tensão se transformou em naturalidade. Já não temia mais textos longos, cuja primeira leitura pouco conseguia extrair. Se necessário, realizava novamente a leitura do material até obter domínio do conteúdo.

Esse talvez seja um dos maiores contributos que o mestrado me forneceu. Descobri que, seguindo com esforço e resiliência, somos capazes de obter o resultado almejado.

Sou imensamente grato pela oportunidade de ter ingressado em instituição séria, que possibilitou tamanho crescimento pessoal e acadêmico. Por tais razões, agradeço ao Centro Universitário Internacional (UNINTER) pela oportunidade, acreditando em um programa inovador e que possui qualidade ímpar nos quesitos estrutura e corpo docente.

À Coordenação do PPGD, na pessoa do Prof. Daniel Ferreira, coordenador do Programa, todo o corpo técnico da pós-graduação e colaboradores.

Ao meu orientador, Professor Doacir Gonçalves de Quadros, quem me ensinou muito. Desde as disciplinas ministradas à prática de docência, sempre conduziu com muita paciência e conhecimento, estimulando debates e reflexões que me fazem pensar até hoje. Com certeza o dom da docência carregado com meu

orientador é algo que deve ser espelhado, e que pretendo utilizar como inspiração para minha vida pessoal e profissional.

Aos Professores Celso Ludwig, Walter Guandalini Jr., Rui Carlo Fonseca, Luiz Fernando Coelho, Antonio Manuel Hespanha, Estefânia Maria de Queiroz Barboza e André Peixoto de Souza, cujas disciplinas e/ou conversas foram de suma importância para o amadurecimento acadêmico e por consequência ao desenvolvimento da pesquisa. Às vezes, uma simples conversa no corredor pode mudar muita coisa e nos colocar novamente nos trilhos. Assim eu poderia resumir minha trajetória, pois me recordo bem de conversas, indicações, questionamentos, que me fizeram refletir e pensar sobre o que estava sendo trilhado. Agradeço todos os gestos de carinho, de ensinamentos e de humanidade com que me receberam.

Agradeço toda minha família, nas pessoas de meu pai Élio, minha mãe Elizabeth, e minhas irmãs Luísa, Elise e Aline, por todo amor, apoio e suporte concedidos. Não poderia esquecer também das rotineiras impressões de materiais feitas por minhas irmãs, que sempre que me ajudaram, dispendendo alguns toners e resmas de papel. Foi de extrema valia.

Agradeço minha noiva Maria, quem sempre com muita paciência me assistiu durante este período, abdicando de vários finais de semana que, enquanto eu estudava, ela dormia (ou outra coisa), apesar da vontade de passear e fazer algo ao ar livre. Seus gestos de amor e de carinho sempre me fizeram refletir, sou muito grato por todo seu amor. Não poderia deixar de citar, também, em forma de agradecimento, toda a sua paciência em assistir minhas "simulações" de seminários que eu apresentava, que no início me davam mais confiança e fizeram toda diferença. Te amo.

Agradeço ao meu sogro, Armando, e minha sogra, Rosa, por todo o estímulo no ingresso do mestrado e por toda a alegria de saberem que eu estava muito feliz participando do programa. Seus estímulos e suporte elevavam a minha vontade. Obrigado.

Agradeço a todos os meus amigos e amigas do mestrado, pessoas com quem partilhei almoços, jantares e cafés, sempre com boas doses de risadas e parceria. Mas o que mais marcou desses amigos, foram sempre as palavras de estímulo mútuo e contribuições. Pessoas essas que são capazes de nos elevar. Agradeço a

todos, e espero que esta amizade prossiga além dos corredores acadêmicos, que seja uma amizade para a vida (tenho certeza de que o é).

Por fim, agradeço por todos os fatores que permitiram eu chegar até aqui, especialmente a Deus, por tudo que me foi concedido durante este período e por tudo o que virá pela frente.

“É imoral pretender que uma coisa desejada se realize magicamente, simplesmente porque a desejamos. Só é moral o desejo acompanhado da severa vontade de prover os meios da sua execução”.

JOSÉ ORTEGA Y GASSET

RESUMO

O objetivo desta dissertação foi investigar a relação entre os partidos políticos brasileiros e a ascensão de um Poder Judiciário protagonista. Objetivou-se enfrentar este procedimento jurisdicional à luz da Teoria do Estado articulando os conceitos poder, Estado e jurisdição, elementos dogmáticos da área e confrontando-os ao sistema representativo. A metodologia aplicada no corrente trabalho foi a revisão bibliográfica através do método hipotético-dedutivo, abordando a doutrina e jurisprudência. No que se refere ao sistema representativo, e aqui destacando o problema de pesquisa, tem-se que a atuação do Poder Judiciário tem interferido em campos de responsabilidade primária dos Poderes Legislativo e Executivo. A literatura sobre o assunto assevera que a atuação protagonista do Poder Judiciário é propagada por uma série de fatores que favorecem procedimentos jurisdicionais políticos, dentre eles a judicialização da política, a politização da justiça, as características do arranjo constitucional e o presidencialismo de coalizão vigente no Brasil. Mas não obstante isto incluiu-se como hipótese neste estudo a fragilidade representativa dos partidos políticos brasileiros como um dos fatores que também favorecem procedimentos jurisdicionais políticos. Relacionado às agremiações partidárias, não somente um processo de formação frágil, que é observado através do tratamento dado a estes nas Constituições pretéritas, mas a atual conjuntura, em que partidos políticos brasileiros são manejados sem intento representativo em ações políticas, denotam a ocorrência do fenômeno estudado. Desta feita, o ativismo judicial cuja diferenciação da mera judicialização da política se fez necessária, coloca-se no plano de um paradoxo, por supostamente afrontar a estrutura de poderes e favorecer minorias políticas. Concluiu-se que, apesar da ascensão do Poder Judiciário e seu conseqüente protagonismo ser um fenômeno fruto do movimento constitucionalista atual, a atuação irrestrita deste não possui o condão de corrigir este vazio democrático decorrente do funcionamento atual dos partidos políticos, pois apesar de determinada intervenção judicial possuir potencialidade de corrigir uma situação concreta, o sistema representativo segue vigente. Assim, a atuação do Poder Judiciário nas searas políticas abordadas entende-se aqui que deve ser limitada a questões em que se discutam direitos fundamentais, sob pena de afrontar o sistema democrático representativo.

Palavras-chave: Teoria do Estado. Democracia Constitucional. Sistema Partidário e Jurisdição. Ativismo Judicial. Judicialização da Política.

ABSTRACT

The objective of this dissertation was to investigate a relationship between Brazilian political parties and a rise of a leading judicial power. The objective was to carry out the discipline in the light of the State Theory, addressing its dogmatic and confrontational elements to the representative system. The methodology applied in the current work was the bibliographical review through the hypothetical-deductive method, approaching the doctrine and jurisprudence. With regard to the representative system, and here highlighting the research problem, the theme of the Judiciary Power has interfered in the fields of primary responsibility of the Legislative and Executive Powers. Established as one of the hypotheses, an analysis of the judiciary is one of the propagandas of a series of factors favoring political jurisdiction, among them the judicialization of politics, the politicization of justice, such as the constitutional and presidential characteristics of the current coalition in Brazil. But nevertheless, include a hypothesis of fragility of the Brazilian political parties. In relation to party associations, not only is a process of formation a process of formation, but it is also a conjunctural process, in which political parties are administered without the intention of representation in political actions, denote the occurrence of the phenomenon. studied. In this way, judicial activism is differentiation of the judicial authority in relation to the politics of powers and favor public policies. It was concluded, although the rise of the Judiciary and its consequent protagonism is a phenomenon fruit of the current constitutionalist movement, the unrestricted one of this does not have the right to correct judiciality potentiality of tying a concrete situation, the representative system is still in force. Thus, a law of the judiciary in schools has addressed fundamental issues, under penalty of a representative democratic system.

Keywords: Theory of the State. Constitutional Democracy. Partisan System and Jurisdiction. Judicial Activism. Judiciary of Politics.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 O PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO	15
1.1 Estado de direito: propensões à democratização da política.....	15
1.2 Estado Constitucional: um movimento de resistência na guarida da sociedade.....	23
1.2.1 Considerações acerca do constitucionalismo e separação de poderes.....	23
1.3 Alguns fatores que determinam o protagonismo do Judiciário.....	32
1.3.1 Aspecto constitucional e o estado social.....	32
1.3.2 A Judicialização da política.....	35
1.3.3 A politização da justiça.....	39
1.3.4 O presidencialismo de coalizão.....	42
1.4 Ativismo judicial: fundamentos teóricos.....	45
2 A FRAGILIDADE DO SISTEMA PARTIDÁRIO BRASILEIRO	50
2.1 A representatividade política dos partidos nas Constituições Brasileiras.....	51
2.1.1 As Constituições de 1824 e 1891: Antipartidarismo.....	51
2.1.2 A Constituição de 1934 e de 1937: Desarticulação dos partidos políticos.....	54
2.1.3 A Constituição de 1946: Restrições aos partidos.....	56
2.1.4 Os partidos políticos no Regime Militar: Da extinção ao bipartidarismo.....	59
2.1.5 A Constituição de 1988: A fragilidade dos partidos.....	63
2.2 Atual panorama dos partidos políticos brasileiros.....	65
3 PODER JUDICIÁRIO E O PREENCHIMENTO DE LACUNAS REPRESENTATIVAS	70
3.1 O emblemático caso da infidelidade partidária.....	71
3.2 Políticas públicas e o Supremo Tribunal Federal.....	75

3.3 Comentários acerca das intervenções judiciais analisadas: ativismo <i>versus</i> judicialização.....	80
3.4 Ativismo judicial e seus contrapontos: ascensão de uma nova democracia e uma nova teoria dos poderes?.....	85
CONCLUSÃO	98
REFERÊNCIAS	104

INTRODUÇÃO

O objetivo desta dissertação é investigar a relação entre os partidos políticos brasileiros e a ascensão de um Poder Judiciário protagonista. A análise decorre sobre a democracia representativa brasileira, pesquisando um de seus atores principais - os partidos políticos - que receberam tratamento histórico bastante emblemático nos momentos anteriores à Constituição de 1988, fatores estes que acusam e colaboram para a existência um vácuo democrático junto ao sistema representativo brasileiro.

Esta pesquisa faz parte do grupo de pesquisa vinculado ao Programa de Pós-Graduação de Direito (PPGD) da Uninter “Historicidade e História do Pensamento Jurídico-Político” em que se propõe a partir do uso de referenciais teóricos das áreas das ciências sociais e do direito elaborar pesquisas que analisam o impacto dos aspectos sociais, políticos e históricos sobre a formação, sobre a aplicação da norma e a atuação do poder judiciário no Brasil. Tais pesquisas aderem a aportes teóricos-metodológicos oriundos da filosofia política, da teoria política e da teoria do direito presentes na linha de pesquisa “Teoria e História da Jurisdição”. Se focalizarmos historicamente alguns aspectos relativos à evolução política do representativo partidário, podemos observar que no Brasil os partidos políticos não possuem em sua essência ideologias e fidelidade às propostas partidárias estabelecidas em estatuto. Ao contrário, suas ações se dão por muitas vezes de acordo com os interesses particulares de classes com o objetivo final de manutenção do poder e em detrimento ao atendimento e defesa das demandas sociais.

Além disso, no âmbito jurídico é possível notar a rotineira declinação por parte de partidos políticos em questões controversas, direcionando a discussão ao Poder Judiciário, a fim de se eximir de eventuais repercussões negativas que a matéria pode propagar. Por outro lado, algumas matérias são dirigidas ao Poder Judiciário pelo mero intento político de fazer oposição ao governo, buscando atrapalhar a condução da máquina pública, onde mais uma vez não se vislumbra conteúdo democrático e representativo.

A presente pesquisa representa um dos estudos compreendidos na área de concentração Poder, Estado, Jurisdição do PPGD - Uninter. Tal pertencimento

ocorre ao propor investigar os três conceitos de modo articulado no tratamento sobre os efeitos da crise democrática representativa brasileira. Na ótica desta pesquisa a citada crise possibilita a atuação do Poder Judiciário de forma política, atuando em cenários de responsabilidade de outros Poderes que formam o Estado e até então inacessíveis, ao qual pressupõe que o somatório destas medidas possui como finalidade suprir vácuo democrático gerado pela atuação falha de agentes eleitos e partidos políticos.

Esta dissertação tem como hipótese que o ativismo judicial se fortaleceu e passou a ser mais bem reconhecido a partir de falhas democráticas, ou seja, a partir do cumprimento falho (ou não cumprimento) de atribuições primárias dos partidos políticos.

Como consequência de tais atos, observamos hoje um Poder Judiciário cada vez mais “invasivo” na esfera dos demais poderes, intervindo em medidas políticas e materiais, não se limitando apenas à formalidade de atos propriamente ditos, de modo à literalmente, judicializar a política (ou superá-la). É possível observar ainda, o Poder Judiciário legislando, a partir da criação de institutos que não possuem base constitucional, bem como intervindo em questões "políticas" próprias do Poder Executivo, em potencial afronta à separação dos poderes.

A citada fragilidade dos partidos políticos brasileiros influenciou na forma de representação atualmente aplicada, ocasionando possíveis questionamentos quanto ao efetivo funcionamento de nossa democracia representativa e denotando a existência de um vácuo democrático, quando direcionada a análise às relações partidos-eleitorados, na medida em que há uma reconhecida ausência de representação.

Para ilustrar a reflexão acima será analisado o caso da construção do instituto da infidelidade partidária pelo Tribunal Superior Eleitoral e Supremo Tribunal Federal, onde o Poder Judiciário ao assistir inúmeros casos de migração partidária após o êxito eleitoral criou por meio de resolução, mecanismo para perda do mandato por infidelidade partidária. A referida resolução foi posteriormente considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Também será objeto de análise a interferência do Poder Judiciário em políticas públicas geridas pelo Poder Executivo. Constantes são decisões que determinam a implantação de políticas

determinadas, o que desencadeia um grande problema orçamentário e administrativo. A análise sobre ambos os casos servirá para melhor compreensão e distinção do fenômeno do ativismo judicial e da judicialização da política.

Para se atingir o objetivo desta pesquisa optou-se em dar a seguinte estrutura a esta dissertação. Inicia-se por meio da abordagem sobre o Poder Judiciário no plano de um Estado Constitucional, realizando uma breve leitura de alguns itens necessários à sua compreensão e que passam historicamente e filosoficamente a revestir o cerne de um sistema democrático representativo.

Abordados os requisitos de um sistema democrático-constitucional, serão enfrentados alguns elementos que favorecem à ascensão do Poder Judiciário e que revestem seu atual protagonismo, sendo eles o estado de bem-estar social, a judicialização da política, a politização da justiça e o presidencialismo de coalizão. Ao final deste capítulo, serão apresentados alguns aspectos dogmáticos do ativismo judicial, que será objeto de maior profundidade no terceiro capítulo.

No segundo capítulo será estudado a partir do referencial teórico da ciência política o sistema representativo brasileiro sob um viés de uma crise político-partidária, onde será realizada leitura histórica dos partidos políticos à luz das Constituições Brasileiras desde o Império, para o fim de verificar a atual conjuntura destes no cenário nacional e sua relação com a crise representativa. Esta abordagem histórica se faz necessária para o fim de demonstrar que os partidos políticos foram manejados por longo período sem uma finalidade democrática, mas sim como um mecanismo de poder. Neste momento será demonstrado que os partidos políticos e suas formas de atuação acabam por culminar em mais uma causa que culmina em um Poder Judiciário protagonista, somando-se às demais características que impulsionam este poder a uma notória evidência.

Ao final, no capítulo terceiro serão abordados dois casos práticos de jurisdição na aplicação da lei que permitem leituras distintas da atuação do Poder Judiciário, sendo analisados o caso da infidelidade partidária e o recurso extraordinário nº 592.581, que tratou da implementação de políticas públicas quando constatada afronta a direitos fundamentais. Destas duas situações, verificou-se um tratamento diverso dado pelo Poder Judiciário e que após análise, extraiu-se a ocorrência de ativismo judicial da situação-problema da infidelidade partidária, ao

passo que o caso do recurso extraordinário abordado se evidenciou uma mera judicialização da política. Na sequência, são abordados os contrapontos do ativismo judicial, discorrendo acerca de pensamentos favoráveis e contrários, para então tentar estabelecer limites às práticas judiciais que caminhem na esfera política.

1 O PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O presente capítulo partirá de uma abordagem de alguns elementos gerais da Teoria do Estado com o fito de gerar uma compreensão teórico-filosófica do funcionamento do Estado, assim como do Estado Brasileiro. Para tanto, a pesquisa apresentará leitura do Estado de Direito e posteriormente, do Estado Constitucional, revisitando alguns elementos que são tidos como cruciais na Teoria do Estado, como por exemplo, a separação dos poderes. Adiante, serão abordados alguns elementos próprios deste Estado Constitucional que favorecem o protagonismo do Poder Judiciário.

1.1 ESTADO DE DIREITO: PROPENSÕES À DEMOCRATIZAÇÃO DA POLÍTICA

No que se refere à análise da construção do sistema democrático¹ representativo brasileiro, seja sob um viés jurídico, político, histórico ou filosófico, pede ser iniciada a partir de uma leitura do Estado Democrático, para posterior enfrentamento dos problemas trazidos nesta pesquisa. Desta forma, não há como falar de Estado Democrático sem antes abordar, ainda que perfunctoriamente, os principais elementos do Estado de Direito em torno da reflexão teórica de algumas doutrinas políticas filosóficas (Pufendorf; Spinoza; Hespanha; Ferrajoli; Jean Rivero; Hugues Moutouh; Pietro Costa; Habermas). Dentre os elementos relacionados ao

¹ Ao falarmos de democracia aqui adotamos as contribuições de Giovanni Sartori, para o qual a democracia consiste em três âmbitos: democracia social, econômica e política. A primeira se enquadra em uma sociedade onde seus membros se constituem seres sociais iguais, emanando um estilo de vida donde seus pressupostos se erigem a partir da base da sociedade. Este modelo democrático é bastante perceptível na obra *A democracia na América* de Tocqueville ao relatar sua visita aos Estados Unidos da América em 1831, quando constatou as peculiaridades daquele sistema. Por conseguinte, a democracia econômica transmite o propósito de equalização das riquezas, redistribuindo-as, tornando equânimes as condições e oportunidades econômicas. Na forma do disposto por Giovanni Sartori em "A teoria da democracia revisitada", a democracia política restringe-se à igualdade política e jurídica por meio de procedimentos garantidos aos cidadãos e pressupostos jurídicos que dão acesso a todos no poder. De igual forma, a ordem político-jurídica garante o controle do poder por parte dos representados. Logo, é nesta perspectiva que abordaremos doravante a democracia representativa, como um instrumento de representação garantido em um Estado de Democrático de Direito e que seus pilares, constituem a base de todo o sistema. (SARTORI, Giovanni. **A teoria democracia revisitada**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 1994, p. 24-27)

tema, se destacam o pacto social, a normatização das condutas, soberania, liberdade, representação e certa autonomia econômica.

O pacto, também tido como contrato social por alguns autores que serão adiante mencionados, dispense a ideia geral de que os homens se reuniram com o objetivo de instituir um poder político, consistindo na transferência da titularidade da tutela do cidadão ao Estado, que passaria a regular as relações entre os homens.

O Poder Político seria transmitido ao Estado, o que de acordo com John Locke, constituiria o direito de fazer leis, aplicando as penas que lhe fossem convenientes (inclusive a pena de morte), com o objetivo de regulamentar e preservar a propriedade, bem como fazer valer a força da comunidade para a execução das leis. Todos estes pontos caminhavam para uma unidade: o bem público.²

Nos momentos pretéritos ao referido pacto, os indivíduos viviam em um Estado cuja lei aplicada era aquela natural, baseada na razão implícita a cada homem, estando estes "absolutamente livres para decidir suas ações, dispor de seus bens e de suas pessoas como bem entendessem, dentro dos limites do direito natural, sem pedir a autorização de nenhum outro homem nem depender de sua vontade"³.

Pufendorf assinala, ao comentar sobre o modelo do contratualista, que no Estado de Natureza os homens não reconhecem perante seus semelhantes um superior, ambiente onde nenhum deles poderia pretender ter domínio sob os demais, neste ponto se distinguindo de um estado civil, ou seja, uma comunidade.⁴

No entender do autor contratualista Spinoza, apesar de os momentos anteriores ao contrato social (estado de natureza) não figurarem um estado de guerra, o senso de autopreservação natural do homem se coloca sobre os demais, perfazendo um direito, mas ao mesmo tempo uma ameaça permanente.⁵ Já Locke traz no conceito de Estado de Guerra como sendo aquele estágio social onde não há um juiz para dirimir os entraves entre os homens, de modo que seria utilizada a

² LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o governo**. Petrópolis: Vozes, 2006 [1690], p. 82.

³ Ibidem, p. 83.

⁴ PUFENDORF, Samuel von. **Os deveres do homem e do cidadão de acordo com as leis do direito natural**. Versão para o inglês de Andrew Tooke, 1691. Trad. portuguesa de Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007. p. 253.

⁵ CHAUI, Marilena. **Política em Espinosa**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 303.

própria força para resolução do imbróglio. Entretanto, por vezes a força acabaria sendo aplicada com excessos.

Este Estado, ainda que hipotético, consistiria na convivência do homem separado dos demais, e como consequência disto, seriam nítidas as desvantagens da ausência de um Estado civil propriamente entabulado que tivesse o condão de estabelecer uma autoridade soberana que tomaria o lugar da igualdade e independência.⁶

Tem-se que esta formatação social trazida pelos autores supramencionados, ainda que sugira certa abstração, denota uma impossibilidade de convivência social entre os indivíduos que, se utilizando de um senso de autopreservação, tornariam a sociedade um Estado de Guerra permanente.⁷ Este fato denuncia a necessidade de constituição de uma sociedade organizada que se baseie em leis materiais, aprovadas de forma legítima e soberana.

Pode-se observar neste ponto duas situações importantes para a reflexão proposta acerca do Estado de Direito: primeiro, que o Estado de Direito pressupõe a existência de um conjunto legislativo que regule suas questões, o qual neste recorte podemos denominar como sendo “codificação”; segundo, este movimento codificador deve ser exaurido sob uma forma soberana de procedimento, através de indivíduos legítimos para tanto e conseqüentemente, soberanos.

Em segundo lugar, nesta configuração de Estado legal é observada uma das principais características do Estado Democrático que se ampara na existência de leis artificiais que irão regular as relações entre a sociedade, bem como instituir procedimentos formais para resolução de conflitos. Antonio Manuel Hespanha explica a construção deste sistema de normas que são emanados na forma codificada, vejamos:

Agora, no contexto do novo Estado democrático, o único poder com autoridade para estabelecer o direito é o parlamento, em representação do

⁶ DERATHÉ, Robert. **Rousseau e a ciência política do seu tempo**. Trad. Natália Maruyama. São Paulo: Barcarola, 2009, p. 194.

⁷ De acordo com John Locke, a aplicação da força pelos indivíduos sobre os demais, sem haver um superior que equilibre a relação, constitui o Estado de Guerra. Os homens acabaram abandonando este Estado de Natureza pela ausência, quando presentes elementos de um Estado de Guerra, de um ser superior a quem os indivíduos estivessem sujeitos, a fim de que se possa obter através de um recurso, a reparação. Neste caso, já não mais se evidencia um estado natural, tampouco o de guerra. (LOCKE, op. cit., p. 94.)

povo; enquanto a única função legítima da doutrina é – em contrapartida – a de descrever a lei, de a interpretar (se possível, de acordo com a vontade do legislador histórico – interpretação *subjetiva*) e de integrar as suas lacunas, propondo aquela norma que o legislador histórico, se tivesse previsto o caso, teria formulado.⁸

Conclui-se, portanto, que o movimento codificador será exarado por agentes que em função de representação, aprovarão as normas e regras aplicáveis na dita sociedade. Importante frisar, que se destaca nesta formatação social um dos elementos acima mencionados, mas cuja relevância no Estado de Direito é ímpar: a soberania.

Soberania pode desencadear diversos conceitos, que se originam desde pensamentos clássicos até ideias versadas aos tempos modernos. Neste ínterim, Luigi Ferrajoli traz ao conceito de soberania, quando analisado de forma genérica e isenta de relações externas, como sendo um poder supremo que não reconhece outro acima de si.⁹ De outro norte, sob o olhar de um autor clássico, pode-se citar Jean Bodin, que ao analisar os aspectos da soberania em sua obra "Seis Livros sobre a República", defendeu que as leis seriam dadas pelo príncipe soberano ao qual não dependeria do consentimento dos súditos.¹⁰

Na visão de Bodin o poder soberano deveria ser exercido sob a égide do direito positivo, onde o soberano na condição de absoluto seria legítimo para criar as leis com base única e exclusivamente em sua vontade. O pensamento de Jean Bodin desencadeia algumas questões importantes à abordagem da soberania, considerando que hodiernamente a legitimidade para o processo legislativo é feito no viés representativo.

Por conseguinte, Jean Jacques Rousseau apresenta a ideia de vontade geral que se correlaciona com a perspectiva de sufrágio. Rousseau propõe que através de eleições estaria se estabelecendo a vontade geral, na medida em que constitui o poder para a representação e conseqüente criação de leis, emanando, portanto, soberania popular.¹¹

⁸ HESPANHA, Antonio Manuel. **A cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 372.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania do mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2007 [1997], p. 02-03.

¹⁰ BODIN, Jean. **Seis livros sobre a República**. Livro Primeiro. Tradução de José Ignácio Coelho Mendes Neto. São Paulo: Ícone, 2011 [1576]. p. 293.

¹¹ Muito se discute acerca do pensamento de Rousseau e sua defesa de uma democracia direta, ausente de representação. De qualquer modo, se extrai deste autor que a vontade geral não pode ser

A vontade geral e o sufrágio para Rousseau trazem à presente discussão a ideia de soberania que se envolve em um Estado de Direito, no sentido de legitimação e instituição de diretrizes que norteiam os indivíduos integrantes do Estado e o próprio em suas condutas. É natural que, em um Estado de Direito, tanto os indivíduos quanto o governo encontrem limitações no âmbito normativo, ainda que não haja um poder superior ao Estado.

Esta concepção, que é trazida por Luigi Ferrajoli, dispõe que esta perspectiva de Estado de Direito equivale a ideia de negação de uma soberania absoluta, por força de todos os poderes serem subordinados à Lei. Tem-se que, internamente, a relação entre o Estado e súditos passa a ser não hierarquizada, contendo ambos os sujeitos uma soberania limitada em detrimento do princípio da legalidade e dos direitos fundamentais, que não mais são tidos como limites externos, mas sim como autolimitações da soberania do estado.¹²

Neste Estado de Direito, a liberdade como um valor político é considerada limitada. Limitada quando observados aspectos legais tanto para o indivíduo, como para o governo. As liberdades individuais sofrerão restrições que, se comparadas ao direito natural tal como anteriormente discutido, não poderão mais ser gozadas pelos indivíduos irrestritamente. O Estado irá condicionar direitos e liberdades, regulamentando-os, criando um ambiente de equilíbrio entre Estado e indivíduos. Este Estado de Direito, insere como elemento de soberania o próprio direito, de modo que todos os poderes o são subordinados, se dissolvendo a ideia de um poder absoluto.¹³ A soberania que se legitima no Estado de Direito abarca o poder de legislar e codificar o direito, que após isto, servirá como instrumento de regulação das relações entre indivíduos, bem como entre o Estado.

representada, pois quando manejada por "representantes", os cidadãos deixariam de ser soberanos e passariam a ser súditos, escravos. É o que se extrai de trecho da obra "Do Contrato social e origem das línguas": A soberania não pode ser representada pela mesma razão por que não pode ser alienada, consiste essencialmente na vontade geral e a vontade absolutamente não se representa. É ela mesma ou é outra, não há meio-termo. Os deputados do povo não são, nem podem ser seus representantes; não passam de comissários seus, nada podendo concluir definitivamente. É nula toda lei que o povo diretamente não ratificar; em absoluto, não é lei. O povo inglês pensa ser livre e muito se engana, pois só o é durante as eleições do parlamento; uma vez estes eleitos, ele é escravo, não é nada. Durante os breves momentos de sua liberdade, o uso, que dela faz, mostra que merece perdê-la". (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social e Ensaio sobre a origem das línguas** (Os Pensadores, vol. 1). Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1997, p. 186)

¹² FERRAJOLI, op. cit., p. 28.

¹³ FERRAJOLI, op. cit., p. 31.

Aliados os pontos comuns relativos à soberania e à representação, Pietro Costa vê na representação formal uma potencial forma de garantir a legitimidade e ao mesmo tempo garantir o viés soberano do sistema: "de um lado, a tendência a assumir a representação como instrumento capaz de explicar – e de legitimar – a relação entre a sociedade e o governo; de outro lado, como consequência, a crescente valorização do momento eleitoral, do voto, da declaração de vontade do cidadão."¹⁴

Este entendimento caminha no sentido do que diz Jürgen Habermas, quando defende que um dos elementos de validação da teoria democrática, e, portanto, em um Estado de Direito, consiste na aceitabilidade dos resultados produzidos pelos representantes eleitos, considerando que estes tomam suas práticas sob um viés referendado e aceito pela sociedade através da deliberação.¹⁵

A função política de representação figura-se nesta discussão em um olhar legítimo, que respeitados os procedimentos correlatos, estampa a vontade popular e sua consequente soberania. Ainda que haja dissenso, o ambiente democrático é um ambiente de conflitos de ideias e propostas, fazendo parte de sua essência a disputa, o que por si só não exclui a proposta democrática imanente à função política consentida.

A existência de consensos sobrepostos pode ser considerada um mecanismo de justificação (e até mesmo de aceitação) das instituições políticas democráticas, denotando uma sociedade que preze pela aplicação, ao menos mínima, de valores e que cuja adesão seja tão ampla na sociedade que independará de aspectos religiosos, políticos e filosóficos dos membros da sociedade.¹⁶ Os consensos sobrepostos se mostram extremamente necessários em um Estado de Direito, na medida em que este legitima o Estado na condução de determinadas políticas em um patamar que poderá existir dissenso. É neste momento em que o consenso

¹⁴ COSTA, Pietro. **Poucos, muitos, todos, lições da história da democracia**. Curitiba: Editora UFPR, 2012, p. 85-86.

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade: reflexões de um autor**. Denver University Law Review, v. 76, n. 4, 1999, p. 940.

¹⁶ "O que Rousseau admirava na sociedade antiga não é realmente uma vontade geral, mas uma moralidade política do bem comum, na qual a vontade individual não é suprimida, mas simplesmente não aparece em contraste com, ou erguendo pretensões de direito contra, a sociedade. O que dava à política antiga sua unidade não era a convergência de muitas vontades em pontos centrais de interesse comum, mas, antes, um idioma moral no qual a socialização extrema era natural e no qual havia pouco espaço para uma noção de vontade e artifício". (RILEY, Patrick. **Will and political legitimacy**. Cambridge: Harvard UP, 1982, p. 113).

sobreposto exercerá seu papel, equilibrando e estabilizando a relação sem suprimir as palavras de divergência.¹⁷

A pouco vimos que o Estado de Direito terá como uma de suas características mais notórias limitações sobre as liberdades individuais.

Este Estado de Direito, que se fundamenta em legislações que regulam seus limites e as liberdades individuais, como já dito anteriormente, tem como base um poder limitado. Logo, perfaz um Estado que irá se abster da interferência em dadas questões. Exemplo disto é encontrado nas peculiaridades da teoria trazida por John Locke, onde a propriedade seria algo intransponível, não estando no âmbito das ações legítimas do Estado influir nesta seara. Como não objetivasse adentrar de forma profunda nesta seara do Estado Liberal, mas tão-somente trazer alguns elementos que demonstram pontos de ausência do Estado de Direito nas relações com particulares, recorda-se a não interferência na economia deste modelo liberal. Podemos citar como exemplo, em Estados liberais, a intervenção mínima na economia e na propriedade particular, conforme defende Milton Friedman.¹⁸

Assim sendo, o Estado Democrático irá, agregados todos seus valores inerentes ao Estado de Direito (conforme visto: o pacto; a normatização das condutas; a soberania; as liberdades; a representação e a autonomia econômica) visar não somente a garantia de direitos políticos, mas também, e com igual peso e valor, reivindicar uma multiplicidade de direitos, que irão se estabelecer desde os direitos políticos, como também direitos civis, econômicos e sociais. O marco histórico destes direitos é observado por meio da Declaração dos Direitos do

¹⁷ A teoria de John Rawls apresentada em "Uma teoria da justiça" busca elucidar a discussão acerca dos consensos sobrepostos, especialmente quando, ao abordar a hipotética "posição original", no qual os indivíduos sem qualquer interferência de seu *status* social escolhem os princípios éticos da pressuposta sociedade, o fazem sem qualquer tendência ao interesse pessoal. Desta forma, a partir da leitura da teoria de John Rawls, naturalmente que seriam os consensos sobrepostos mais facilmente alcançáveis, haja vista que na posição original o conteúdo da vontade geral parte de uma base do bem comum, orientando as decisões coletivas, que foram previamente aceitas, eis que os princípios éticos foram selecionados em critérios de igualdade entre os indivíduos. Daí extrai-se que consensos sobrepostos na teoria de John Rawls seriam de fácil alcance, o que em um plano concreto, em uma sociedade desigual e muitas vezes indiferente, tal interseção não se mostra tão singela. (RAWLS, John. Uma teoria de justiça. São Paulo: Martins Fontes, 1997).

¹⁸ O referido autor defende que o governo deve ter um mínimo controle nas relações privadas, mas que este poder não se coloque na qualidade de interventor. O governo apenas deveria realizar aquilo que o mercado não é capaz de realizar, como estipular as regras inerentes a tanto, como a legislação por exemplo. Esta intervenção teria como intento maior evitar possível estagnação e manter, por consequência o equilíbrio econômico. (FRIEDMAN, Milton. Capitalismo e Liberdade. São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 33).

Homem de 1948, aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU), onde reconhece uma diversidade de direitos fundamentais do homem.

Agregados os elementos acima percorridos, tem-se a configuração de um Estado de Direito. Consoante dispõe Luigi Ferrajoli, pode ser observado com o advento deste Estado algumas alterações na perspectiva da experiência jurídica contemporânea. Notam-se novas condições de existência e validade das normas jurídicas, na medida em que na experiência pré-moderna o jusnaturalismo era a base do direito, não havendo leis positivadas, jurisprudência e doutrina. Não existia naquele momento um sistema unitário e formalizado de fonte, ao passo que era perceptível a existência de uma pluralidade de fontes e ordenamentos oriundos das mais diversas instituições. Logo, o Estado de Direito moderno surge como um Estado Legislativo, afirmando o princípio da legalidade como critério de identificação do direito válido e que em detrimento deste movimento codificador, as normas passam a possuir validade não por critérios de justiça, mas sim por terem sido "postas" por autoridade datada de competência normativa.¹⁹

Além disso, o paradigma do direito é alterado, visto que sua leitura se dá a partir da norma codificada e a doutrina passa a interpretar este direito, perfazendo uma disciplina cognoscitiva. Portanto, há uma alteração na forma e no conteúdo da experiência jurídica, modificando o título de legitimação das fontes do direito, quando esta deverá ser pré-estabelecida por uma autoridade competente e por consequência alterando o juízo de verificação do intérprete, o qual irá reservar esforços para cumprimento de uma complexa gama de direitos e garantias, como por exemplo, a igualdade e a liberdade.²⁰

Considerando estas características do Estado de Direito que passa a ter emanadas as fontes normativas por autoridades legítimas para tanto, insta destacar que independente dos desejos e vontades do binômio representantes e representados, limites devem ser observados e as regras atinentes à esta relação devem ser de conhecimento mútuo, seja para exigir, seja para prover. As referidas regras podem ser encontradas a partir de uma norma fundamental, que em um

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del Estado de derecho**. Revista Internacional de Filosofía Política, nº17 (2001): 31-45. p. 32.

²⁰ Ibidem, p. 33.

Estado Constitucional tem como centro norteador a Constituição, conforme adiante se observará.

1.2 ESTADO CONSTITUCIONAL: UM MOVIMENTO DE RESISTÊNCIA NA GUARIDA DA SOCIEDADE

Na qualidade de um momento do Estado de Direito, o Estado Constitucional é fruto de um movimento de ideias de resistência denominado "constitucionalismo", que segundo Norberto Bobbio, se coloca no lugar do Estado Liberal almejando evitar que o Estado viole direitos fundamentais individuais, o que em um plano filosófico, constitucionaliza o direito de resistência e revolução.²¹

1.2.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONSTITUCIONALISMO E SEPARAÇÃO DE PODERES

De acordo com Canotilho, constitucionalismo²² se enquadra como uma vertente de teoria, ou até mesmo, de ideologia, estampando ao princípio de governo limitado a ideia de garantia de direitos na dimensão da estrutura político-social da sociedade.²³

²¹ BOBBIO, Norberto. op. cit, p. 63.

²² De acordo com Angela Figueruelo Burrieza, o constitucionalismo possui como base a norma em um instrumento único, ao qual define a estrutura superior política a partir de condutas previamente determinadas. Este movimento, que é denominado pela autora como sendo a "última forma de organização que existiu na história", se apresentou no ocidente ao fim do século XVIII, tendo como marco histórico a relação entre a Revolução Americana e o texto constitucional de 1787, bem como as Constituições que se aprovaram após a Revolução Francesa no âmbito europeu. Sustenta que a ideia moderna de Constituição provém dos pactos entre rei e reino, cujo objeto era limitar o exercício do poder, como por exemplo o famoso *Bill of rights* (1688). A partir de então, fixou-se no citado movimento como uma capacidade do povo em decidir quanto ao estabelecimento de uma ordem jurídica determinada, discernindo acerca da estrutura básica e funcionamento do Estado. Desta sorte, o constitucionalismo traz um duplo efeito, o princípio da autodeterminação política à comunidade (aqui olhando para o caráter originário do texto constitucional) e o princípio da limitação do poder. (BURRIEZA, Angela Figueruelo. **Novas tendências do Direito Constitucional na Europa**. Revista de Informação Legislativa, nº174 (2007): 73-95. p. 75-76).

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 45.

Norberto Bobbio ensina que "a constitucionalização dos remédios contra o abuso do poder ocorreu através de dois institutos típicos: o da separação dos poderes e o da subordinação de todo poder estatal (e, no limite, também do poder dos próprios órgãos legislativos) ao direito (o chamado "constitucionalismo")".²⁴ Neste íterim, o constitucionalismo visa impor limites à atuação do Estado, propondo a divisão de poderes internos (advento do Estado Constitucional) e o governo das leis (inerentes ao Estado de Direito).

Em que pese não existir uma forma única de constitucionalismo, o conceito deste modelo apresenta elementos que se mostram como preponderantes na defesa deste movimento, dos quais se destaca a limitação dos poderes do governo.

No que concerne à limitação do poder do Estado como fruto do constitucionalismo, o Estado passa a ser integralmente subordinado ao direito, instituindo, segundo Bobbio, um "Estado no qual todo poder é exercido no âmbito de regras jurídicas que delimitam sua competência e orientam suas decisões".²⁵

O movimento político-constitucional em discussão, cuja defesa da elaboração de Constituições escritas é uma de suas bandeiras, apresenta o intento de regular o fenômeno político e o poder, beneficiando o pressuposto regime de liberdades públicas.²⁶ Esta norma fundamental, além de declarar os direitos fundamentais na forma supramencionada, irá igualmente estabelecer a formação política do Estado, ao qual dentre outras perspectivas, enaltece-se a separação dos poderes.

De acordo com a clássica teoria *tripartite* de Montesquieu, o Estado se constitui a partir de uma divisão de poderes, instituído por meio da identificação das funções a serem exercidas pelo Estado para o atingimento de seus fins.²⁷ Sob este panorama, a seara política é reservada aos Poderes Legislativo e Executivo, à proporção que frente ao Poder Judiciário (na qualidade de um Poder técnico e imparcial) se espera uma progressiva separação entre política e direito, ao qual por ora se denomina neutralidade.

²⁴ BOBBIO, op. cit., p. 63.

²⁵ BOBBIO, op. cit., p. 63.

²⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 23.

²⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Introdução, trad. e notas de Pedro Vieira Mota. 7ª ed. São Paulo. Saraiva: 2000, p. 207.

É o que defende Tércio de Sampaio Ferraz Júnior, ao dispor que o Estado Constitucional, em um plano deontológico, possui um Poder Judiciário revestido de neutralidade política, devendo suas funções institucionais ser tomadas de acordo com a Lei.²⁸ A neutralização do Poder Judiciário se funda em um direito positivo, onde a máxima do direito se encontra na legislação pertinente, incumbindo aos juízes aplicá-la. Assim, essa superioridade da lei como fonte de direito afastaria no direito positivo uma vinculação do direito natural ou sagrado, não exigindo nenhum conteúdo ético em sua aplicação.²⁹

Considerando a necessidade da existência de controle entre ambos os órgãos estatais, almejando evitar desvios de finalidade e abusos de poder, o sistema de freios e contrapesos (*check and balances*) propõe uma autonomia relativa de cada Poder, criando mecanismos recíprocos de controle e correção de atos.

Desta forma tal sistema de controle serve para a manutenção da separação dos Poderes, a fim de que o respectivo funcionamento dos mesmos seja harmônico, prezando por uma independência relativa e que garanta o atingimento da finalidade proposta pelo Estado, conforme dispõe José Afonso da Silva: "Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o dano de um em detrimento do outro e especialmente dos governados".³⁰

A preservação da separação dos poderes e seu funcionamento harmônico objetiva a garantia dos preceitos dispostos junto à Lei maior do Estado Constitucional, pois tem-se que dela é extraído o fundamento jurídico para a análise

²⁸ FERRAZ, Jr, Tércio S. **O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência?** In: Revista Usp. São Paulo, nº21. 1994, p. 14-15.

²⁹ Naturalmente, o posicionamento de Ferraz analisa o funcionamento do Poder Judiciário sob a prisma deontológica, ignorando problemas relacionados a efetividade de sua aplicação. Sabe-se que atualmente existem diversas diretrizes hermenêuticas que conduzem o intérprete para os mais diversos posicionamentos e comportamentos no ato de julgar. Alguns deles, como por exemplo a teoria crítica do direito, colocaria o intérprete na qualidade de um agente político e que a condução de seu julgamento possuirá fins político-sociais, podendo neste caso, visando o progresso e a transformação social, decidir contrariamente à lei. Para maior profundidade desta citada corrente hermenêutica, ver livro "Teoria Crítica do Direito" de Luiz Fernando Coelho.

³⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 110.

de todas as normas pertencentes ao ordenamento, exercendo, portanto papel central na hermenêutica jurídica.³¹

Os elementos aqui listados, divisão dos poderes e governo das leis, constituem os pilares de um Estado Constitucional se fundamentados nos princípios democráticos, avalizando os processos decisórios aos representantes eleitos. No entanto, a atuação destes será passível de observância e controle perante os sistemas existentes que se colocam como impeditivos de abusos de poder e desvios de finalidade. Consoante o sistema *checks and balances*, os instrumentos de controle recíprocos entre os Poderes visam a perpetuidade do Estado Democrático e Constitucional, buscando através deste sistema a aplicação de controle junto à atuação de cada Poder, pugnando por um equilíbrio entre os órgãos integrantes do Estado.

Direcionando um olhar ao Poder Judiciário desta formatação de Estado Constitucional, impende denotar a necessária e progressiva separação na essência deste Poder entre a política e o direito, seja em termos práticos ou ideológicos. Tal afirmação traz a baila três elementos que lhe caracterizam, quais sejam: a neutralização do Poder Judiciário; o controle constitucional emanado pelo Poder Judiciário; e a concretização dos resultados através do Poder Judiciário para atingimento de liberdades negativas e positivas,³² bem como propriamente dos direitos. Vejamos cada um detalhadamente.

Em primeiro lugar, o modelo de Estado em debate, tido como constitucional, quando relacionado ao Poder Judiciário acaba por carregar como uma de suas essências a neutralização do Judiciário, como um Poder que deve ser isento de intentos políticos.³³ Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior, tal característica é

³¹ STAMATO, Bianca. Constitucionalismo Mundial e o “Intercâmbio Mundial entre Juízes. In: **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Organizador Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 704.

³² Para Norberto Bobbio, a liberdade negativa consiste na ausência de impedimento, de modo que há, portanto, a possibilidade de tomar determinada conduta. De outro lado, a liberdade positiva se encontra no campo político, sendo semelhante a autodeterminação (vontade do indivíduo) de fazer algo. Em suma, a liberdade positiva aborda um “querer” próprio do indivíduo, enquanto que a liberdade negativa trata de questões legais, estampadas pelo Estado. (BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p. 49-50).

³³ O termo questões políticas acaba desencadeando considerável discussão quanto aos limites de atuação do Poder Judiciário. Segundo Elival da Silva Ramos, a Constituição de 1934 possuía dispositivo que decretava a impossibilidade do Poder Judiciário enfrentar “questões políticas”. Diante de tal regramento, à época relatada foram criadas listas indicativas almejando a exemplificação de casos políticos, como técnica de contenção à atuação jurisdicional. (RAMOS, Elival da Silva.

oriunda do direito burguês e se baseia de forma prioritária na positivação do direito, ao passo que a neutralização do Poder Judiciário tem como pilar a centralização da legislação, que é elaborada e votada pelos representantes do povo.³⁴ Sob esta égide, pode-se verificar uma alteração no paradigma de atuação do Poder Judiciário, vez que:

Antes [Século XVII] encarava-se o direito como uma expectativa ética de padrão de comportamento, predeterminando por valores-fins, donde o juízo como um ato da razão e a jurisdição como uma atividade decorrente da virtude da justiça; agora, o direito é visto como um programa funcional, hipotético e condicional (se... então), donde uma certa automaticidade do julgamento, que se libera de complicados controles de finalidades de longo prazo e se reduz a controles diretos, caso a caso.³⁵

Esta aplicação neutra do Poder Judiciário e de certa forma previsível, mostrava-se benéfica em meados do século XVIII no antigo Estado de Direito burguês, na medida em que trazia uma segurança abstrata ao pressupor a aplicação do direito de forma isonômica (generalidade da lei e igualdade de todos perante o direito), o que segundo Ferraz Júnior é denominado como sendo um valor jurídico. O juiz assume um papel de imparcialidade na tomada de decisões e na análise dos processos a que lhe são submetidos, contribuindo para que o direito se revista de isonomia. Destarte, este mesmo juiz que tomará suas condutas revestido de imparcialidade, deverá se mostrar apartidário e isento de influências externas da política e quaisquer outras demandas que possam influir em sua decisão.

A isenção do juiz de entornos políticos é um dos parâmetros invocados a fim de extremar a atuação do Poder Judiciário, lhe vedando a incursão em campos franqueados aos demais Poderes, sob pena de infringir o princípio da separação de poderes.³⁶

Como segundo ponto, o Poder Judiciário exerce um controle constitucional, filtrando o uso da força pelos Poderes Legislativo e Executivo. Esta característica se aproxima do que já foi abordado anteriormente, quando enfrentado o sistema de

Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 147-148.) De qualquer modo, deixa-se de aprofundar este tema no momento, vez que será objetivo de maior profundidade investigatória no capítulo terceiro, registrando no momento apenas aspectos filosófico-políticos da construção do Estado Constitucional Brasileiro.

³⁴ FERRAZ, op. cit., p. 15.

³⁵ Ibidem, p. 16.

³⁶ RAMOS, op. cit., p. 142.

freios e contrapesos, traduzindo, portanto, o controle constitucional como um ponto de equilíbrio entre os Poderes, evitando abuso de poder e potenciais ilegalidades.³⁷

Por terceiro, considera-se que para a concreta eficácia dos direitos fundamentais e individuais garantidos na Constituição, deverá possuir resguardo na forma de última instância, em um Poder que tenha capacidade de garantir o seu cumprimento. Relacionado a este problema se encontra o Poder Judiciário, que terá como uma de suas prerrogativas institucionais, na qualidade de poder-dever, a guarda da Constituição e todos os seus direitos e garantias fundamentais. Nesta linha de pensamento Nicola Matteucci apresenta esta nova função jurisdicional, que efetivamente, o coloca em um papel de protagonismo no âmbito do Estado Constitucional:

A transposição do equilíbrio constitucional do legislativo para o judiciário, esta nova relação entre poder e direito indicam certamente uma ruptura com a nossa tradição política mais recente, uma ruptura que não é ainda plenamente clara para a nossa cultura política. Isto era necessário para o advento da democracia. No passado, a garantia contra o poder arbitrário se achava sobretudo nos corpos representativos que controlavam o Governo. Hoje, ao contrário, os corpos representativos exercem uma função de controle bastante mais reduzida [...]. Para se encontrar uma nova garantia contra o poder arbitrário, para tutelar os direitos dos cidadãos, é mister, portanto, recorrer à função judiciária, a única capaz de tornar efetiva a supremacia da lei sobre o Governo.³⁸

O Poder Judiciário passa a assumir um papel protagonista entre os Poderes em si, vez que é o próprio quem terá o condão de conduzir resultados aptos a garantir liberdades positivas e negativas, bem como direitos fundamentais. Mauro Cappelletti aborda o assunto de forma bastante enfática: “a expansão do papel do poder judiciário representa o necessário contrapeso, segundo entendo, num sistema democrático de *checks and balances*, à paralela expansão dos “ramos políticos” do estado moderno”.³⁹

³⁷ Este controle constitucional pode ser verificado, por exemplo, no controle judicial de políticas públicas (que será objeto de discussão neste manuscrito), bem como no controle de constitucionalidade realizado através de remédios constitucionais, podendo ser considerado como “o exercício e/ou resultado de funções específicas que destinam a realizar a contenção do poder do Estado, seja qual for sua manifestação, dentro do quadro constitucional que lhe for adstrito”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Interferências entre Poderes do Estado**, in Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado, n. 103, jul.-set. 1989, p. 17.)

³⁸ MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de Política**. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo, 2000, p. 256.

³⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1993, p. 19.

Certo é que em um Estado Constitucional o juiz assume um papel de maior visibilidade e por consequência acaba tendo perante a sociedade e também pelos próprios meios de comunicação, um reconhecimento do exercício de suas funções, o que pode ser considerado, se respeitados os devidos limites, um elemento integrado ao sistema de pesos e contrapesos. O protagonismo debatido possui como uma de suas causas as novas atribuições conferidas pelo Estado Constitucional ao Poder Judiciário, conforme dito por Teodolina Vitório:

Do pensamento dworkiniano se infere que a democracia contemporânea expandiu os pulmões dos tribunais, conferindo-lhes um oceano de outras tantas atribuições jurisdicionais e institucionais antes inexistentes, sobretudo a revisão judicial de medidas adotadas pelos Poderes pares. Esse movimento é cognominado de judicialização da política, e seu primado firmou-se na supremacia da Constituição, que urge ser respeitada. Trata-se de uma onda resultante da expansão da potencialidade do Judiciário conferida pela Constituição, objetivando a efetivação dos direitos individuais, em especial das minorias – ponto nodal da democracia.⁴⁰

Entretanto, para a viabilização desta atuação do Poder Judiciário sob um viés "protagonista", é necessário o preenchimento de algumas lacunas, especialmente se considerarmos que este Poder somente é movido mediante provocação. As referidas lacunas serão mais bem abordadas no transcorrer dos capítulos dois e três desta dissertação, porém podem ser mais claramente observadas em nosso Estado Brasileiro no ensejo de alguns institutos, como por exemplo, os partidos políticos que serão abordados no capítulo dois.

Tanto a análise de alguns elementos políticos filosóficos do Estado de Direito quanto do Estado Constitucional, como descrito anteriormente, permitem a ascensão do reconhecimento dos elementos necessários para sua figuração, e mais que isso, para o correto funcionamento do Estado Constitucional Democrático de Direito. A ausência de um dos elementos estruturantes, ou o seu desrespeito, pode colocar em risco a efetividade democrática e por consequência, gerar dúvidas quanto aos limites impostos ao Estado em seus campos de atuação.

Como visto anteriormente, o Estado Constitucional se reveste de um conjunto de características próprias que irão configurá-lo. Desta forma, em torno do movimento constitucionalista perfaz como elementos principais a separação de

⁴⁰ VITÓRIO, Teodolina B. C. **O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no estado democrático de direito: uma leitura à luz do pensamento de Ronald Dworkin**. 2011. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Minas Gerais, p. 56.

poderes, a neutralidade do Poder Judiciário, o controle judicial e o protagonismo do Poder Judiciário. É possível concluir através da soma destas premissas, a existência de uma estrutura que impõe ao Poder Judiciário (assim como os demais Poderes) no âmbito do Estado, a necessidade do respeito quanto à distribuição de funções específicas.

Segundo Pietro Costa, o movimento constitucional aliado a uma perspectiva democrática, que pode ser denominada como democracia “constitucional”, terá alguns adjetivos imanentes a sua natureza, dos quais se destacam⁴¹:

1. A garantia e defesa dos direitos fundamentais ao homem como espécie humana;
2. Ampliação do princípio da igualdade (ausência de restrição a raça, gênero, religião, etc.);
3. Grupos se tornam politicamente relevantes na defesa das demandas do todo social;
4. Reconhecimento dos direitos fundamentais não decorre da vontade do Estado, mas do tipo da constituição social (democrática);
5. Partidos políticos se mostram indispensáveis como instrumentos de representação social e de participação política.

Se compulsados os pilares do Estado Brasileiro, pode-se notar que, se não todos, grande parte destes elementos trazidos pelo autor supramencionado são dispostos na Constituição Federal promulgada em 1988.⁴² Vejamos cada um separadamente.

Fazendo uma breve alusão à Constituição Federal de 1988, é possível observar que houve a inclusão de uma extensa lista de direitos e garantias fundamentais, elencados na qualidade de direitos individuais e sociais (art. 5º e 6º), o que por si só pode representar um ideal de garantia e defesa dos direitos fundamentais do indivíduo. Da mesma maneira, o princípio da igualdade também se

⁴¹ COSTA, op. cit. p. 281-283.

⁴² Impende salientar a título pretérito, antes de abordar alguns destes itens ensinados por Pietro Costa, que a democracia constitucional é oriunda da superação de governos totalitaristas ocorridos no início do século XX. Muitos regimes despóticos acabaram por surgir sob as bases de governos democráticos, somente garantiam até então direitos políticos. Esta nova democracia aspira muito mais que direitos políticos, baseando-se em uma multiplicidade de direitos, bem como colocando-se contrária ao totalitarismo e preenchendo lacunas deixadas pela política liberal do século XIX. (COSTA, op. cit., p. 280.).

encontra na forma de direito e garantia fundamental, conforme é estampado no artigo 5º.⁴³ O mesmo artigo, em seus incisos XVII, XVIII, XIX, XX e XXI traz a possibilidade de associação, fundando uma pluralidade de grupos que, diversificados os seus fins, se tornarão fundamentais para a concretização das diversas demandas sociais atendidas por tais pluralidades.⁴⁴ Reforça-se o fato de que toda carta de direitos e garantias dos cidadãos não mais se exaram como sendo uma expressão de vontade do Estado. Ao contrário, os direitos são tidos como condições de legitimidade do próprio ordenamento jurídico, sendo primordiais para a legitimidade do Estado que por sua vez culmina na consecução destes direitos.

Quanto aos partidos políticos, objeto deste estudo, são inseridos no Estado Democrático Constitucional como substanciais, funcionando como mecanismos de representação social e representação política. Os partidos políticos são postos como partes legítimas para a propositura, por exemplo, de ações declaratórias de inconstitucionalidade (art. 103, inciso VIII), sendo necessário enfatizar que não há espaço no cenário político para candidatura sem prévia filiação partidária,⁴⁵ em detrimento ao disposto no art. 14 § 3º inciso V da Constituição da República de 1988⁴⁶, que trata das condições de elegibilidade.

Os cinco elementos apontados por Pietro Costa e abordados acima trazem a percepção de que o modelo democrático constitucional implica em um caráter de balizamento do funcionamento do Estado, criando ao menos no plano abstrato, um campo de direitos e garantias inerentes aos indivíduos e de igual modo, algumas regras inalienáveis ao Estado.

⁴³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

⁴⁴ Art. 5º: (...) XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;

XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente; (...).

⁴⁵ Foi reconhecida no julgamento do ARE 1.054.490, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, repercussão geral quanto a discussão acerca da possibilidade (ou não) de candidatura avulsa, porém ainda não há previsão para realização do julgamento.

⁴⁶ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: (...)

§ 3º - São condições de elegibilidade, na forma da lei: (...)

V - a filiação partidária;

Continuamente, o constructo dogmático dos aspectos de um Estado Constitucional, e voltado ao caso brasileiro exarado pela supramencionada Constituição Federal de 1988, reforça que nos deparamos com um regime marcado por partidos políticos como fonte de legitimidade dos governos democráticos, onde a filiação à agremiação partidária é – hoje – de caráter inalienável para aqueles que se predispõem à concorrência de cargos eletivos, visto a necessidade de preenchimento das condições de elegibilidade. Nesta toada, conforme proposta avançada neste manuscrito, dispenderá a seguir o estudo acerca de alguns fatores que favorecem a atuação protagonista do Poder Judiciário e que podem culminar em uma possível postura ativista, para após isso, enfrentar os aspectos político-partidários que se relacionam também a este fenômeno, como sustenta a levantada hipótese de pesquisa.

1.3 ALGUNS FATORES QUE DETERMINAM O PROTAGONISMO DO JUDICIÁRIO

1.3.1 ASPECTO CONSTITUCIONAL E O ESTADO SOCIAL

Diversos fenômenos podem ter correlação com a atuação do Poder Judiciário ativista, entretanto, um deles certamente é encontrado na própria essência das modernas Constituições dos Estados, das quais são encartadas sob uma sólida base de direitos garantidos individualmente aos cidadãos e que serão oriundos da execução do Estado. Visualizamos neste íterim, o surgimento de um Estado Assistencial, conhecido como Estado de bem-estar social ou *welfare state*, que possui como um de seus pilares a atuação de maneira diversa na sociedade quando comparado com o Estado liberal.

O Estado de bem-estar social⁴⁷ pode ser definido, em uma primeira análise e segundo Gloria Regonini, como sendo o Estado que garante formas mínimas de

⁴⁷ De acordo com Elival da Silva Ramos, o Estado de bem estar social é o ambiente próprio para propulsão do fator denominado ativismo judicial e que na sequência deste trabalho será abordado: “É nesse sentido que se pode dizer que o próprio modelo de Estado-providência constitui força impulsionadora do ativismo judicial, levando juízes e tribunais, a revelar, em algumas situações, a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico cuja atuação lhes incumbe, na ilusão

renda, habitação, alimentação, educação, saúde e outros benefícios. Tais garantias são asseguradas a todos os cidadãos e não perfazem atos de caridade por parte do Poder Público, mas sim se emanam na qualidade de direitos políticos.⁴⁸ Este Estado social se mostra de forma mais enfática nos meandros pós segunda-guerra, mais especificamente na Grã-Bretanha, quando se aprovou diversas formas de providência nas searas da saúde e educação, garantidos a todos os cidadãos, sem distinção de classe nem renda.⁴⁹

É possível notar ainda, que o Estado passa a fornecer a assistência inerente ao *welfare state* na qualidade de uma opção política e não somente ideológica, pois ainda segundo Gloria Regonini, o Estado Assistencial almeja "o desenvolvimento da democracia e o aumento do poder político das organizações operárias (...), caracterizada pelo problema dos direitos sociais, cujo acatamento é considerado como pré-requisito para a consecução da plena participação política".⁵⁰ A evolução das políticas sociais que erigem no Estado Assistencial acaba ajustando alguns elementos que estimulam e possibilitam a participação dos cidadãos de um modo geral na política.

Esta participação pode ser vista por meio da ação de Organizações não governamentais (ONGs), sindicatos, participação comunitária, dentre outras modalidades. A atuação destas entidades possibilita um direcionamento das políticas sociais ao encontro dos interesses da sociedade, ajustando questões locais aos respectivos interesses, direcionando um olhar às minorias políticas.

As políticas sociais providas pelo Estado acabam criando uma espécie de elo entre os direitos políticos e sociais, onde o alcance de um grau mínimo de instrução se torna um direito-dever intrinsecamente relacionado ao exercício da cidadania.⁵¹ Neste diapasão, se observados os citados aspectos que favorecem a efetivação de práticas democráticas e o exercício da cidadania, vislumbra-se um novo fator decorrente deste Estado social. Veja-se que a partir do momento em que o Estado passa a trazer aos indivíduos direitos sociais - ainda que mínimos – este ambiente

de poderem "queimar" etapas, concretizando, no presente, o programa que a Constituição delineou prospectivamente". (RAMOS, Elival da Silva. op. cit., p. 271).

⁴⁸ REGONINI, Gloria. Estado de Bem Estar. In: BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de Política**. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo, 2000, p. 416.

⁴⁹ Ibidem, p. 416.

⁵⁰ REGONINI, op. cit., p. 416.

⁵¹ REGONINI, op. cit. p. 417.

mostra-se propício para o desencadeamento de práticas ativistas, ou ao menos, da judicialização da política, ao qual será enfrentada nesta seção.

Esta formatação de Estado que é resultado de um modelo democrático, também irá fomentar a participação popular nos processos decisórios, tendo como objetivo uma participação igualitária da sociedade, ao promover uma busca pela ampliação do poder de participação dos indivíduos na esfera pública, na tentativa de reestruturar o conceito do mecanismo de atuação do Estado, que se emanará através da Lei.⁵²

Ora, depreende-se uma real preocupação da Constituição Brasileira de 1988 com questões sociais, inclusive direitos estes que são alçados à qualidade de direitos e garantias fundamentais, razão esta que a referida Constituição é também conhecida como sendo a "Constituição Cidadã". Além do estímulo à participação, o Estado de bem-estar social carrega em sua essência um outro fator que desenvolve certa atuação do Poder Judiciário sob um viés de protagonismo, com interferências claras em questões políticas, muitas delas de caráter discricionário. Sob um olhar ao Poder Judiciário, aos juízes passa a ser difícil não participarem da efetivação destes novos direitos, tornando-os concretos. Passam a controlar e exigir o cumprimento do dever do Estado de intervir ativamente na esfera social, dever este prescrito em lei e que aos juízes cabe fazer cumprir.⁵³

Desta feita, é possível notar alguns efeitos que o Estado Social traz ao comportamento de parcela da sociedade e das próprias instituições, ora como provedoras destes recursos, ora como interventores e garantidores do acesso à referida política, como é o caso da forma de atuação do Poder Judiciário. Importante observar a relevância do Estado de bem-estar social na problemática protagonismo judicial, eis que integra um dos pontos centrais das causas de disseminação da criatividade judiciária. Isto porque, a doutrina aponta que o Poder Judiciário se fortaleceu e ganhou um *status* de protagonismo ao passar a atuar como elemento concretizador de direitos e garantias fundamentais. Neste momento, o Judiciário passa a agir de modo proativo na seara de outros Poderes, se colocando perante a opinião pública como um Poder mais acessível e efetivo, entretanto, a necessidade

⁵² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolsan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 92.

⁵³ CAPPELLETTI, op. cit., p. 42.

de intervenção do Poder Judiciário remete a uma lacuna democrática que merecerá análise.

Tem-se, desta forma, que alguns aspectos constitucionais tais como o Estado Social, possuem o condão de promover ao Poder Judiciário um protagonismo, possibilitando a este novas formas de atuação, que paralelo ao *welfare state*, a judicialização da política⁵⁴ se coloca como sendo um dos pontos cruciais que emanam no Judiciário uma atuação desenraizada da tradicional separação dos poderes, conforme será visto adiante.

1.3.2 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

De todos os fatores que contribuem ao protagonismo judicial, a judicialização da política é o que mais se aproxima do procedimento jurisdicional objeto deste manuscrito. Aliás, convém destacar que diversos escritos tratam ativismo judicial e judicialização da política como se similares, entretanto se faz necessária muita atenção na diferenciação destes procedimentos, sob pena de desencadear sérios erros interpretativos e culminar em incorreções metodológicas. Para ilustrar esta afirmação, o próprio Luiz Roberto Barroso diz, ao diferenciar ativismo de judicialização, que estes são como se fossem primos, provenientes de mesma família e que frequentam locais semelhantes, porém suas origens não são as mesmas.⁵⁵

Judicialização da política para Ran Hirschl é um termo empregado para traduzir o que, a bem da verdade, são três processos inter-relacionados. O primeiro deles seria a judicialização das relações sociais; o segundo na qualidade da

⁵⁴ Apesar de o Estado de bem-estar social disseminar a judicialização da política e o ativismo judicial, este estudo irá aborda-los de forma apartada com a finalidade de tornar mais clara as diferenças e as particularidades de cada qual. Desta forma, reconhece-se que o *welfare state* contribui, e muito, para a judicialização, conforme inclusive dito alhures, porém a judicialização da política não tem se limitado apenas à questões sociais, razão esta que denota a importância da análise apartada destes fenômenos.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). **Constituição & Ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 286.

expansão da competência dos tribunais e juízes em matéria de políticas públicas; e o terceiro o emprego do Poder Judiciário na relação com a "megapolítica".⁵⁶ A judicialização das relações sociais se refere à proliferação do que Hirschl chama de discursos, jargões, regras e processos jurídicos na seara da política e nos processos de criação das políticas públicas.⁵⁷ Na expansão das competências de tribunais e juízes quando relacionados às políticas públicas, visa-se, principalmente, agir quando o debate se relaciona a direitos constitucionais e se discute a respeito de limites entre órgãos do Estado. Este tipo de atuação jurisdicional se mostra corriqueira nas cortes constitucionais, especialmente quando enfrentam direitos fundamentais ou limites dos poderes Executivo ou Legislativo.⁵⁸

É possível observar que a mencionada invasão do direito nos aspectos sociais, que se deslocam no sentido da regulação de setores mais desamparados, provoca o que Werneck Viana chama de "processo de substituição do Estado e dos recursos institucionais classicamente republicanos pelo Judiciário, visando dar cobertura à criança e ao adolescente, ao idoso e aos portadores de deficiência física".⁵⁹ Aqui os tribunais e juízes se colocam em um claro papel de protagonismo no envolvimento das questões sociais, judicializando políticas públicas quando omissas ou falhas.

Ran Hirschl diz em síntese que, "seja por meio da jurisprudência centrada em direitos fundamentais, seja por meio da revisão judicial de atos administrativos, (...) a judicialização da elaboração de políticas públicas se aproxima de um verdadeiro 'governo com juízes'".⁶⁰ O Poder Judiciário neste diapasão, atua paulatinamente sob um viés político nos mais diversos casos concretos, visando o resultado final, a assunção dos princípios e direitos fundamentais encartados no Estado.⁶¹

⁵⁶ HIRSCHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, mai. 2009. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>. Acesso em: 24 Jul. 2018. doi: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v251.2009.7533>, p. 144-145.

⁵⁷ Ibidem, p. 142.

⁵⁸ Ibidem, p. 143.

⁵⁹ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. Tempo Soc., São Paulo, v. 19, n. 2, nov. 2007. Disponível em: <www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=is>. Acesso em: 20 jun. 2018. p. 41.

⁶⁰ Ibidem, p. 145.

⁶¹ Dobrowolski por sua vez, argumenta que esta judicialização não pretende um "governo de juízes", visto que irá observar, quando da intervenção, as normas legisladas e a própria separação de

Identifica-se neste quesito, discussão acerca de se a juridificação das relações sociais torna o governo representativo democrático passível de administração (a partir de intervenções) por parte de agentes não eleitos, decisões estas que são denominadas como contramajoritárias. Este ponto será no terceiro capítulo abordado, porém convém destacar por ora, que esta discussão constitui uma das maiores fragilidades da doutrina favorável ao ativismo judicial.

O último elemento concernente à judicialização paira na atuação de juízes e tribunais, no que Hirschl chama de "megapolítica".

A judicialização de processos eleitorais; supervisão judicial de prerrogativas do Poder Executivo em áreas de planejamento macroeconômico ou segurança nacional (o m daquilo que é conhecido na teoria constitucional como a doutrina da "questão política"; dilemas fundamentais de justiça restaurativa; corroboração judicial de transformações de regime político; e, acima de tudo, a judicialização da formação de identidades coletivas, processos de construção de nações e disputas a respeito da própria definição — ou *raison d'être* — da comunidade, talvez o tipo mais problemático de judicialização do ponto de vista da teoria constitucional.⁶²

Neste conceito "megapolítica" estariam as discussões que possuem o condão de unir ou dividir comunidades, com maior conotação política para a constituição da sociedade.

De um modo geral, tem-se que a judicialização, seja sob qual égide for, apresenta-se em um sentido constitucional ao encarte de direitos fundamentais e à "superação" do tradicional padrão de separação dos poderes, proporcionando certa ampliação das funções institucionais do Poder Judiciário e tornando permissível a intervenção deste na política.⁶³

Outrossim, é possível afirmar que dos tribunais se exauri um novo fôlego, eis que novas formas de procedimentos buscam equalizar e tornar concretos direitos fundamentais de um modelo constitucional. Mas se de um lado os direitos fundamentais se colocam como uma das premissas da judicialização das relações

poderes, permitindo ao Poder Judiciário elevar-se à condição de um autêntico Poder que conseguirá um papel ativo, ao inovar na ordem jurídica e social a partir de decisões cuja natureza possuem efeitos políticos (DOBROWOLSKI, Sílvio. **A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo**. Revistas CCJ. n. 31, pg. 92-101, ano 16, dezembro de 1995. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/1095-1109-1-PB.pdf>>. Acesso em 22 de jul. 2018, p.97).

⁶² HIRSCHL, op. cit., p. 146.

⁶³ MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da Judicialização da Política: duas análises**. Lua Nova, n. 57, 2002, p. 117.

sociais, de um modo geral o que estaria permitindo a disseminação desta “nova” função política do Poder Judiciário?

Discorrendo acerca de um dos possíveis elementos propulsores, Hirschl diz que o procedimento em discussão se funda a partir do reconhecimento do Poder Judiciário como um órgão mais respeitável, efetivo e imparcial que os demais órgãos decisórios.⁶⁴ Esta afirmação vem ao encontro da construção de um Poder Judiciário protagonista, gozando de uma imagem melhor confortada quando comparada com a visão da sociedade perante os Poderes propriamente políticos. Apesar disso, o Judiciário ao invés de ter a obrigação de conquistar seu poder via eleição ou sob qualquer forma de deliberação que fosse, recebeu uma diversa gama de poderes e prerrogativas na Constituição.⁶⁵

Assim sendo, o ambiente mostra-se propício para que o fenômeno da judicialização de questões políticas seja favorável, seja ante o reconhecimento do Poder Judiciário como um órgão de maior prestígio e imparcial, seja pela própria forma com que os poderes foram distribuídos junto a Constituição, propiciando muito mais o exercício de freios e contrapesos pelo “braço” do Poder Judiciário que dos demais Poderes. Este fenômeno abordado parte de um pressuposto de uma nova leitura da separação dos poderes, a qual não mais é vista sob um aspecto tão rígido.

Em que pese muitas das questões políticas serem encaminhadas ao Judiciário por órgãos representativos, a judicialização não deve ser vista como um fenômeno jurídico ou como uma série de usurpações das respectivas funções de cada poder, mas ser observada como um fenômeno político, como veremos a seguir.⁶⁶

⁶⁴ HIRSCHL, op. cit., p. 164.

⁶⁵ TAYLOR, Matthew M. **O judiciário e as políticas públicas no Brasil**. Dados, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582007000200001&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 16 jul. 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582007000200001>, p. 244.

⁶⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas**. Rev. Direito GV, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 059-085, jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 18 jun. 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322012000100003>, p. 65.

1.3.3 A POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA

Ao passo que a judicialização da política guarda receios, tendo em vista que poderá ser agente causador de práticas ativistas, a politização da justiça é ainda mais temerária e contribui, com veemência, à proliferação do ativismo judicial. Se na judicialização tem-se um Poder Judiciário que adentra nas mais variadas questões políticas, na politização da justiça visualiza-se junto aos tribunais e juízes o surgimento de agentes que se colocam propriamente no caminho “político”.

A politização do Poder Judiciário pode ser conceitualizada como a interferência direta daquele em questões tecnicamente políticas, em que pese em sua maioria tais assuntos serem voltados à direitos e garantias fundamentais. Seja o tribunal, seja o juiz, quando da análise da situação concreta, o fará sob uma perspectiva política, por vezes deixando a técnica de lado e adentrando em campo de tensão com os demais poderes.

Neste sentido, o Judiciário e seus agentes passam a agir como se políticos fossem, atuando em esferas que dogmaticamente não seriam passíveis de intervenção. Este movimento destaca que valores e preferências políticas de juízes expandem o poder dos Tribunais.⁶⁷

Válido apresentar o que Boaventura de Souza Santos diz acerca da politização do direito, quando os tribunais passaram a ser politizados pela própria ação governamental ou de grupos políticos, favorecendo o atual protagonismo das cortes.

Neste caminho, o sistema judicial torna-se uma ferramenta estrategicamente utilizada pelos grupos em disputa e partidos políticos para frear ou vetar a implementação da agenda política governamental ou dos grupos políticos majoritários. Para além do impacto no sistema político, a judicialização da política afeta também o desempenho dos próprios tribunais, conduzindo à politização do judiciário. Esta torna-o mais controverso, mais visível e vulnerável política e socialmente, o que, por sua vez, é outra das razões do seu recente protagonismo.⁶⁸

⁶⁷ MACIE; KOERNER, op. cit., p. 114.

⁶⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007, p. 18.

Possível notar que, ocasionalmente, o Poder Judiciário passa a ser manejado como um mecanismo pelos demais Poderes, sendo acionado para tratar de matérias que são polêmicas ou ignoradas. Essa politização que cobre o atual panorama dos tribunais é fruto da própria ação de governos e grupos políticos, que deflagram ações com o objetivo de ter uma pronta resposta e justificar eventuais medidas. É nesse sentido que afirma Andrei Koerner:

Os legisladores delegam poderes às cortes por várias razões: quando há questões complexas, que só podem ser decididas caso a caso; para ampliar a supervisão judicial sobre a administração pública; para evitar impasse, se a regra for detalhada; para evitar custos da decisão, dada a divisão no eleitorado ou entre grupos de interesses altamente organizados.⁶⁹

A politização do Poder Judiciário chega a um ponto de tamanha extremidade que este poderá participar ativamente da construção da agenda política sem sequer ser instado. Matthew Taylor, ao estudar a referida atuação do Poder Judiciário no Brasil, afirma que aos juízes é possível a sinalização de seus pensamentos e orientações muito antes da aprovação formal de projetos. Esta atuação se exara por meio de pronunciamentos públicos⁷⁰ ou até mesmo, através de reuniões entre as autoridades políticas, seja do Poder Executivo, seja do Poder Legislativo.⁷¹

Neste ponto, tanto a judicialização quanto a politização, por ocorrerem a partir de contextos similares, vislumbram um ponto nodal: tendem a ser manejados por autoridades políticas como forma de se abster da responsabilidade de tomada de decisões difíceis e politicamente questionáveis. Ran Hirschl dispõe que os atores políticos podem se beneficiar da judicialização e politização, seja para evitar a exposição de um tema polêmico, seja para "provocar" o governo na interferência de políticas públicas, dificultando a condução da máquina pública pela oposição.⁷²

⁶⁹ KOERNER, Andrei. **Ativismo Judicial?: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88**. Novos estudos - CEBRAP, São Paulo, n. 96, p. 69-85, Jul. 2013. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002013000200006](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002013000200006&lng=en&nrm=iso)&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 23 jul. 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002013000200006>, p. 77.

⁷⁰ Matthew Taylor cita como exemplos destas práticas, o caso do ministro Carlos Velloso na segunda tentativa de reforma da previdência durante o governo Fernando Henrique, ao qual fez pronunciamento público acerca do tema; e no mesmo governo, diante dos problemas decorrentes do "apagão", eventuais e medidas foram discutidas entre representantes do Poder Executivo e integrantes do Supremo Tribunal Federal.

⁷¹ TAYLOR, op. cit. p. 241.

⁷² HIRSCHL, op. cit., p. 165.

Este movimento, conforme dito alhures, tende a confirmar a boa imagem do Poder Judiciário perante a opinião pública, relatando que os tribunais superiores gozam de aparente maior legitimidade e apoio popular que as instituições cuja essência é estritamente política.⁷³

Matthew Taylor aborda que esta atuação do Poder Judiciário a partir da deflagração por instituições políticas, em suma tem sido utilizada por oposição política em situação de ausência de condições legais para vencer o litígio, porém demonstram que as oposições estão atentas à situação e perante a sociedade, mostrando serviço, protelando e dificultando a implementação de políticas sociais que são contrárias aos interesses de correligionárias e seguidores, se colocando em evidência na mídia e outros meios de comunicação.⁷⁴

Toda esta estratégia de atuação política, cujo Poder Judiciário figura centralizado neste jogo de poder, é desencadeada por autoridades políticas. Porém a resposta dada pelos tribunais e juízes ocasionalmente deflagra novos problemas. O que importa neste momento, é observar que, conforme diz Barboza e Kozicki:

(...) muitas das questões políticas que são transferidas para os Tribunais o são por partidos políticos ou por grupos de interesses e, portanto, isso não pode ser visto como um fenômeno jurídico ou como um fenômeno de usurpação de funções de um poder sobre o outro, mas como um fenômeno político.⁷⁵

Conseqüentemente, a problemática discutida direciona à ocorrência de um fenômeno dicotômico ante as entidades representativas, que de um lado se abstêm do exercício de representação política tendo em vista o temor de sequelas políticas. De outro lado, operam os instrumentos concernentes à judicialização como forma de oposição, seja uma oposição reconhecida, como forma de discordância de políticas, seja uma oposição "espúria", com o intento de perseguir o governo eleito.

Toda esta soma de elementos e fatores culmina, sem sombra de dúvida, no preparo do terreno para o desencadeamento do ativismo judicial, o qual será tratado na seção 2.4 deste manuscrito. Isto considerando que, apesar da existência de práticas próprias que reconhecem a coerência – em alguns casos – quanto a possibilidade de judicialização, juízes e tribunais são alçados à condição de agentes

⁷³ Ibidem, p. 165.

⁷⁴ TAYLOR, op. cit., p. 246.

⁷⁵ BARBOZA; KOZICKI, op. cit., p. 65.

políticos, favorecendo potencial quebra da imparcialidade e permitindo, aos agentes, uma atuação política à revelia da Constituição e normas infra legais.

1.3.4 O PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO

Conforme abordado anteriormente, o Estado Social, a judicialização da política e a politização da justiça são vetores para o protagonismo judicial e por sua consequência favorecem um ambiente de ativismo. De outro norte, alguns componentes do presidencialismo de coalisão vigente no Brasil igualmente podem ter o condão de emanar o protagonismo judiciário.⁷⁶ No presidencialismo de coalisão, termo este construído a partir de 1988 por Sérgio Abranches, o regime democrático se funda a partir de premissas bastante particulares:

O Brasil é o único país que, além de combinar a proporcionalidade, o multipartidarismo e o 'presidencialismo imperial', organiza o Executivo com base em grandes coalizões. A esse traço peculiar da institucionalidade concreta brasileira chamarei, à falta de melhor nome, 'presidencialismo de coalisão'.⁷⁷

Isto posto, com o fito de apresentar algumas generalidades do citado modelo presidencialista, o que lhe caracteriza de forma bastante particular são as coalizões necessárias para a formação da base parlamentar de apoio ao governo. Não basta aqui ter o mero apoio dos partidos políticos que participaram do pleito eleitoral na forma de coligação, mas sim uma grande necessidade de atender critérios regionais e locais disseminando o campo de influência do governo. A coalisão, desta forma, se apresenta como uma expressão que pode culminar em facilidades ou dificuldades a serem suportadas pelo presidente para o exercício do governo.⁷⁸

⁷⁶ ABRANCHES, Sérgio Henrique. Crises políticas no presidencialismo de coalisão. 2015. Disponível em: <<http://sergioabranchedes.com.br/politica/118-criSES-politicas-no-presidencialismo-de-coalizacao>> Acesso em: 20 out. 2018.

⁷⁷ ABRANCHES, Sérgio Henrique. **O presidencialismo de coalisão: o dilema institucional brasileiro**. In: Dados 31(1), 1988, p. 21.

⁷⁸ LIMONGI, Fernando. **A democracia no Brasil: presidencialismo, coalisão partidária e processo decisório**. Novos estud. - CEBRAP, São Paulo, n. 76, p. 17-41, Nov. 2006. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002006000300002](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002006000300002&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 17 jul. 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002006000300002>, p. 18.

O ambiente de coalizão, consoante afirmado anteriormente, é propício para instabilidade governamental, caso a maioria não seja alcançada. Para ilustrar esta temática, visualiza-se um cenário imaginário que alavanca a judicialização da política e que por sua vez, favorece práticas ativistas. Se eventualmente as coalizões não se fizeram aptas a garantir maioria do Governo e por sua consequência, não geraram estabilidade governamental, há uma tendência de as políticas serem judicializadas.⁷⁹ Isso porque, o presidencialismo de coalizão é marcado pelo surgimento de um novo constitucionalismo, onde os direitos fundamentais entram no cerne do regime democrático e passam a exigir que as decisões do executivo e do parlamento (decisões essas políticas) sejam virtualmente vinculadas ao núcleo destes direitos.⁸⁰

Sem a maioria, há probabilidade de as políticas do governo não serem aprovadas, tencionando o risco de políticas públicas necessárias não se concretizarem, o que por sua vez desencadearia um alto índice de judicialização vinculado a direitos fundamentais, seja por parte dos beneficiários, seja por parte da própria oposição. Aliás, é neste último ponto que se encontra o segundo cenário típico do presidencialismo de coalizão. Quanto mais frágeis forem as alianças firmadas, a oposição tende a manejar o Poder Judiciário como instrumento contra o governo, buscando "perturbá-lo" e dificultar o seu exercício do poder, fator este que poderá ser utilizado posteriormente quando do pleito eleitoral.

No presidencialismo de coalizão a estabilidade política não é pressuposta, sendo dependente de diversos fatores, como diz Paulo Ricardo Schier: "(i) o fato do partido político do presidente da república possuir maioria no parlamento, sozinho ou

⁷⁹ De acordo do Maria Tereza Sadek, todo este movimento direcionado ao Poder Judiciário pode ser demonstrado por meio de números de ações constitucionais impetradas: "A tendência à expansão da presença do Poder Judiciário na arena pública pode ser confirmada pelo expressivo aumento no número de ações diretas de inconstitucionalidade – o indicador clássico do processo de judicialização da política. De 1988 a janeiro de 2004 foram impetradas 3.097 ações. A participação de partidos políticos, de governadores de Estado e de confederações e entidades sindicais tem sido significativa, superando largamente o percentual de ações propostas pelo Procurador-Geral da República, o único agente, antes da vigência da Constituição de 1988, com legitimidade para propor esse tipo de ação". (SADEK, Maria Tereza. **Judiciário: mudanças e reformas**. São Paulo, v. 18, n. 51, p. 79-101, ago. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 18 jul. 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000200005>. p. 85).

⁸⁰ SCHIER, Paulo Ricardo. **Presidencialismo de coalizão: democracia e governabilidade no Brasil**. Revista Direitos Fundamentais e Democracia, vol. 20, Ano 20, Curitiba: Unibrasil, 2016. Disponível em: <http://revistaeletronica.rfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/959> Acesso em: 23 ago. 2018, p. 266.

através de coalizões, (ii) o desempenho político, social e econômico do governo ou (iii) o prestígio pessoal do presidente".⁸¹

Igualmente, evidencia-se a passagem de uma democracia cuja participação resta centrada nas eleições e em decisões políticas no Poder Legislativo, para um modelo em que normas e princípios constitucionais se dão em ordem de garantias na qualidade de direitos individuais. Transfigura-se, assim, um modelo democrático funcional, onde a participação é ampliada à inúmeros órgãos da sociedade civil e do Estado, onde as normas constitucionais são direcionadas à efetivação de fundamentais. Todo este conjunto desencadeia o observado protagonismo dos tribunais nos temas de caráter político.⁸²

O modelo presidencialismo de coalizão adotado no Brasil favorece a ocorrência de crises rotineiras, onde boa parte de suas consequências irão desembocar junto ao Poder Judiciário, contribuindo com alto índice de judicialização da política e quiçá, em ativismo judicial. Maria Tereza Sadek em seu estudo aduz que o modelo em comento mostra-se tendencioso às novas atribuições do Poder Judiciário, denotando a assunção de uma "nova" democracia.

O modelo de presidencialismo consagrado pela Constituição de 1988 conferiu ao Judiciário e aos seus integrantes capacidade de agirem politicamente, quer questionando, quer paralisando políticas e atos administrativos, aprovados pelos poderes Executivo e Legislativo, ou mesmo determinando medidas, independentemente da vontade expressa do Executivo e da maioria parlamentar. Por outro lado, a instituição possui atribuições de um serviço público encarregado da prestação jurisdicional, arbitrando conflitos, garantindo direitos.⁸³

Desta maneira, no cerne do modelo presidencialista empregado se encontram tendências de os arranjos institucionais serem judicializados, efluindo uma nova característica deste regime democrático que, esteja em crise ou não, acabará guardando nos tribunais e juízes mecanismos de exercício democrático, ainda que esta prática possa desencadear outros problemas provenientes da teoria do Estado e que serão no momento oportuno discutidos.

⁸¹ Ibidem, p. 275.

⁸² KOERNER, op. cit., p. 75.

⁸³ SADEK, op. cit., p. 79.

1.4 ATIVISMO JUDICIAL: FUNDAMENTOS TEÓRICOS

Não há um consenso do que seria propriamente um Poder Judiciário ativista, no entanto convém trazer a discussão algumas posições doutrinárias que servirão como base para a discussão neste manuscrito. A respeito da dificuldade conceitual do ativismo judicial, Vanice Regina Lírio do Valle afirma que o problema na identificação do ativismo judicial⁸⁴ está nos óbices enfrentados no processo hermenêutico de interpretação da Constituição. Isso porque definir se determinada medida é ativista ou não pressupõe enfrentar qual a posição (no caso concreto) seria a mais acertada na leitura da Constituição.⁸⁵

A referida autora prossegue ao dizer que:

Não é a mera atividade de controle de constitucionalidade – consequentemente, o repúdio ao ato do poder legislativo – que permite a identificação do ativismo como traço marcante de um órgão jurisdicional, mas a reiteração dessa mesma conduta de desafio aos atos de outro poder, perante casos difíceis. O problema está no caráter sempre controverso de se delimitar o que são casos difíceis.⁸⁶

Luís Roberto Barroso define o ativismo judicial como sendo proveniente de uma postura interpretativa, desencadeando ao juiz ações proativas e expansivas no modo de interpretar a Constituição, interpretação esta que vêm - por vezes – a fugir do alcance das normas, se colocando além do legislador ordinário.⁸⁷ De outro norte, para Elival da Silva Ramos⁸⁸ o fenômeno em discussão é:

(...) a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do

⁸⁴ O termo ativismo judicial surgiu no ano de 1947 a partir de uma publicação de artigo de autoria do jornalista Arthur Schlesinger na revista estadunidense *Fortune*. (VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). **Ativismo judicial e o Supremo Tribunal Federal: Laboratório de análise jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 21).

⁸⁵ VALLE, op. cit., p. 19.

⁸⁶ Ibidem. p. 19.

⁸⁷ BARROSO, op. cit., p. 17.

⁸⁸ Considerando a existência de grande “confusão” e multiplicidade teórica acerca do conceito de ativismo judicial, para que se faça possível o desenvolvimento das hipóteses de pesquisa levantadas neste trabalho, o estudo irá direcionar as subseqüentes interpretações e análises de ativismo na forma do avançado pelo autor Elival da Silva Ramos, no sentido de que algumas hipóteses de intervenção judicial não irão perfazer práticas ativistas, como o caso do controle de constitucionalidade. Portanto, ativismo judicial será considerado neste íterim como uma prática distinta da judicialização da política, especialmente quando o Poder Judiciário ultrapassar funções primárias dos demais Poderes, sem que isso se dê no campo hermenêutico do controle de constitucionalidade.

aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.⁸⁹

O ativismo judicial é entendido, neste viés, como o exercício da função jurisdicional que ultrapassa os limites que o próprio ordenamento dispõe, institucionalmente ao Poder Judiciário, a atuação em litígios cujas feições sejam subjetivas (denominados conflitos de interesse) e controvérsias de cunho objetivo (elencados como conflitos normativos).⁹⁰

Alexandre Garrido da Silva traz uma visão onde o ativismo judicial se materializa como uma atitude, decisão ou comportamento de juízes (ou do Poder Judiciário de um modo geral) que caminha na direção da revisão de questões e temas cuja competência primária é de outros Poderes.⁹¹ As consequências das práticas ativistas são igualmente analisadas pela doutrina em sua multiciência conceitual, divergindo opiniões quanto a recepção (ou não) do modelo democrático nesta atuação do Poder Judiciário expansiva, que ora denomina-se "ativismo judicial".⁹²

Nestes poucos conceitos apresentados, percebe-se que não existe uma unidade doutrinária quanto ao tema, razão está que constantemente a judicialização da política é confundida com ativismo judicial pela proximidade dos temas. Entretanto, impende observar que o ativismo judicial perpassa a atuação jurisdicional oriunda do sistema de freios e contrapesos, como seria o caso do controle de constitucionalidade, por exemplo. Este ponto em específico será objeto de maior abordagem no capítulo terceiro.

Por ora convém assinalar que, conforme avançado pela própria doutrina, o ativismo judicial irá se traduzir na atuação do Poder Judiciário que além de ultrapassar a seara dos demais Poderes, irá possuir clara conotação política ao

⁸⁹ RAMOS, op. cit., p. 119.

⁹⁰ Ibidem, p. 129.

⁹¹ SILVA, Alexandre Garrido da; Vieira, José Ribas. **Justiça transicional, direitos humanos e a seletividade do ativismo judicial no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes, Rio de Janeiro, v. 1, n. 13, dez. 1996. p. 56.

⁹² Segundo Mauro Capelleti, "o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A autocontenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas". (CAPELLETI, op. cit., p. 13)

fazer interpretar a Constituição ou a legislação ordinária sob um olhar expansivo e criativo.

Com a finalidade de ilustrar a complexidade do tema, o surgimento do termo “ativismo judicial” remonta ao caso processado na Suprema Corte estadunidense “*Marbury vs Madison*”, ao qual marcou a possibilidade de ocorrência do *judicial review*, fenômeno este que até então era inimaginável, eis que o Poder Judiciário alterar uma decisão política não era algo reconhecido.⁹³

Em que pese este trabalho não almejar o enfrentamento do ativismo judicial na corte constitucional dos Estados Unidos, é possível notar que a Corte estadunidense passou paulatinamente a enfrentar temas de agenda política com maior frequência, sendo que ao final verificou-se que tal procedimento jurisdicional se mostrou bem mais constante do que no início. Essas observações são interessantes ante o fato de que, voltando ao ativismo brasileiro, tivemos nos últimos anos uma expansão do Poder Judiciário muito parecida com a que ocorreu nos Estados Unidos no século XX.

Além dos aspectos levantados neste capítulo que contribuem e “preparam o solo” para práticas ativistas, além de uma nova formatação democrática oriunda da problemática relacionada ao presidencialismo de coalizão, o neoconstitucionalismo possui seu peso neste cenário. Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o ativismo judicial surge como a proeminência de uma série de fatores que se encontram no cerne da Constituição Federal vigente:

O “estilo” da Constituição de 1988, suas ambiguidades, seus defeitos de redação, a imprecisão de sua linguagem, abundância de princípios cogentes, e, sobretudo, a multiplicação de instrumentos judiciais de

⁹³ O litígio *Marbury vs Madison* se desencadeou quando o então presidente dos Estados Unidos, John Adams, nos dias anteriores ao término de seu mandato acabou por designar William Marbury para o cargo de juiz de paz. Ocorre que o sucessor da presidência (Thomas Jefferson) não aceitou, tampouco reconheceu a nomeação de tal indivíduo. Por tais razões, Marbury recorreu à Suprema Corte estadunidense para que James Madison (secretário de Estado) o empossasse na qualidade de juiz de paz, na forma do avençado pelo presidente John Adams e com base na seção 13 do *Judiciary Act* de 1789. No ano de 1802, o Congresso efetuou a revogação do dito *Judiciary Act*. Razão esta que, Marshall determinou que Marbury tinha o direito de ser empossado o cargo de juiz de paz, vez que a nomeação possuía caráter notadamente não passível de revogação. Entretanto, a Suprema Corte negou que poderia julgar o caso considerando que a seção 13 do *Judiciary Act* era inconstitucional por ampliar a competência da Corte estabelecida anteriormente na Carta Constitucional. (LEVY, Leonard W. *Marbury v. Madison*. In: _____; KARST, Kenneth L; MAHONEY, Dennis J. (Orgs.). **Judicial Power and the Constitution: selections from the Encyclopedia of the American Constitution**. New York: Macmillan, 1990. pp. 15-20).

atuação ou controle sobre as políticas de governo e sobre o proceder dos demais Poderes.⁹⁴

E o autor em questão prossegue apresentando três elementos que quando verificados, culminam nesta jurisdição atípica:

Uma, de ordem técnico-jurídica, é a expansão do controle judicial das políticas e atos administrativos, particularmente por meio da aferição de constitucionalidade. Outra, de ordem sócio-política, reflete o desprestígio dos “políticos”, em face do prestígio dos magistrados como uma “aristocracia togada”, quer dizer, o contraste entre uma “plebe” despreparada e ávida e uma elite instruída, preocupada com o justo. Justo este confundido com o interesse geral. Uma terceira, também de ordem sociopolítica, intimamente ligada à anterior, é auto-percepção dos magistrados como elite, com responsabilidade de trabalhar para o bem comum.⁹⁵

Todo este conjunto de elementos⁹⁶, desde o que se entende por ativismo judicial até as questões nucleares da Constituição Federal de 1988, leva a crer que o Poder Judiciário se apresenta em um papel central no Estado Democrático, pois é ele quem poderá (e eventualmente irá) “concretizar” as diretrizes presentes na Carta Constitucional.

Propriamente com relação ao neoconstitucionalismo, Luiz Roberto Barroso afirma que esta nova modalidade de Estado Constitucional se extrai a partir de elementos próprios, tais como: a) o reconhecimento de força normativa da Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; e c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.⁹⁷

O neoconstitucionalismo é capaz de criar uma aproximação entre o direito e a moral, a partir da possibilidade que lhe é própria de concretizar valores

⁹⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do judiciário e suas implicações. In: FRANCISCO, José Carlos. (coord. e coautor). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 223.

⁹⁵ Ibidem, p. 223.

⁹⁶ Há uma grande multiplicidade de elementos que podem conduzir à esta expansão do Poder Judiciário e quiçá, à práticas ativistas. É nesse sentido de Andrei Koerner afirmar que: Processos sociais, econômicos e políticos teriam transformado a estrutura social e o Estado. A referência, em geral, são processos globais e de longo alcance, como transformações na sociedade industrial, a crise do Estado de direito liberal com uma Constituição como sistema de garantias e a passagem, depois da Segunda Guerra Mundial, ao Estado democrático de direito, intervencionista e com uma Constituição dirigente, que traduziria uma ordem objetiva de valores ou compromissos constitucionais e representaria objetivos coletivos a serem realizados pelos governantes. Haveria ainda processos mais recentes, como a globalização e o neoliberalismo, e particularidades do país (o intervencionismo estatal, a democratização, o predomínio do Poder Executivo, a Constituição analítica). A cultura jurídica teria passado de um suposto positivismo formalista à maior permeabilidade aos aspectos valorativos das situações, à inovação nos métodos de trabalho e à estimativa dos impactos das decisões judiciais. (KOERNER, Andrei. op. cit., p. 71).

⁹⁷ BARROSO, op. cit., p. 134.

disseminados pela sociedade, de modo a legitimar o direito como um mecanismo de poder. Elimina-se a neutralidade do juiz, fazendo do direito e da moral institutos que caminharão lado a lado e que deles se buscará tornar factível a ética que decorrerá por meio texto constitucional.⁹⁸

A construção do neoconstitucionalismo, portanto, ocorre em um campo onde o Poder Judiciário possui muito mais liberdade de ação, assumindo por vezes um papel interpretativo de valores que acabará por desafiar a legislação em seu papel dogmático.

Independente das causas e fatores que impulsionam práticas de caráter ativista, este fenômeno sob a égide da Teoria do Estado e do Direito não pode ignorar quais as consequências, até mesmo em um olhar crítico, que são provenientes da atuação do Poder Judiciário neste esteio. Conquanto o próprio termo "ativismo" já é um agente que incita divergências, a sua transcendência também se coloca em um campo de dúvidas, receios e críticas. Se de um lado haverão temores quanto ao surgimento de uma democracia comandada pelo Poder Judiciário, de outro haverá receio quanto a potencial afronta à separação dos poderes.

Naturalmente, como fruto da essência do próprio direito, as divergências são bem-vindas e servem para os estudiosos da ciência jurídica as enfrentarem. É neste sentido que os capítulos dois e três serão apresentados, com o explícito objetivo interpelar a fragilidade do sistema representativo brasileiro a partir da leitura dos partidos políticos nacionais.

Além dos fatores abordados aqui neste capítulo, aos quais podem impulsionar ou favorecer o protagonismo judicial e - eventual - o ativismo no Poder Judiciário, a fragilidade do sistema político-partidário brasileiro também merece ser observada, conforme a hipótese deste estudo e que será desenvolvida no capítulo adiante.

⁹⁸ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 137.

2 A FRAGILIDADE DO SISTEMA PARTIDÁRIO BRASILEIRO

Neste capítulo discorre-se sobre a hipótese de que além dos fatores listados anteriormente, a falta de eficiência proveniente dos institutos representativos, no caso aqui abordado os partidos políticos, abrem espaço para a atuação do Poder Judiciário no preenchimento de lacunas deixados pelos agentes competentes. Portanto, além do Estado social, da judicialização da política, da politização da justiça, do presidencialismo de coalizão, a fragilidade dos partidos contribui para o protagonismo judicial, bem como para a ascensão de procedimentos ativistas.

A fragilidade em debate deve ser observada no sentido da perda da essência democrática dos partidos, propagando o uso de arranjos institucionais com finalidades diversas das expectativas da sociedade. Reforça-se que a atual conjuntura do sistema partidário brasileiro remonta a omissões legislativas, ausência de representação propriamente dita, interesses dos agentes políticos partidários meramente para fins procedimentais, intuito de manutenção no poder, dentre outros.⁹⁹

É nesta senda que Joseph Schumpeter discorreu acerca de falhas junto a democracia na forma atualmente aplicada, que denotariam problemas no cumprimento de demandas sociais plenas.¹⁰⁰ A produção de políticos de sucesso significa um triunfo pessoal destes e que por sua vez, se dá em detrimento, na maioria das vezes, dos interesses públicos, algo perceptível de acordo com a análise a seguir exposta.

⁹⁹ Ernani de Rodrigues Carvalho, discutindo a inefetividade das instituições majoritárias, afirma que: A ineficiência das instituições majoritárias, tratadas por Tate (1995), refere-se a incapacidade desta instituições em dar provimento às demandas sociais. Toda demanda social que não envolva interesse suficiente ou agregue alto custo certamente encontrará dificuldade para ser efetivada. Alguns tribunais, diante da inércia dos políticos e da impossibilidade de negarem uma decisão, são obrigados a pôr um fim em conflitos que deveriam ser resolvidos no âmbito político". (CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem**. Rev. Sociol. Polit., Curitiba, n. 23, p. 127-139, Nov. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782004000200011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 19 July 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782004000200011>. p. 120)

¹⁰⁰ SCHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1984. Parte IV, p. 165.

2.1 A REPRESENTATIVIDADE POLÍTICA DOS PARTIDOS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Preliminarmente e como um dos elementos principais desta pesquisa, necessária se faz uma breve investigação histórica sobre o papel de representação dos partidos políticos a partir das Constituições Brasileiras.

Destaca-se desde logo que não são somente os partidos políticos que podem ser imputados como os responsáveis ao vácuo democrático no quesito representação. A referida crise político-partidária pode ser imputada também a outras instituições sociais que possuem funções éticas, culturais e até mesmo de ordem moral. Entretanto no Brasil, os partidos políticos vêm de frágil formação, sendo por vezes utilizadas para fins espúrios e totalmente avessos às propostas originais no processo de formação. Deste modo, a título de recorte e com o fito de permitir o desenvolvimento da hipótese de pesquisa, optou-se pelo foco exclusivo na relação dos partidos políticos com o vácuo democrático (ausência de representação) e que acaba desencadeando e propagando fenômenos como o ativismo judicial. Entende-se aqui que ao esquadrihar a cronologia constitucional brasileira, encontrar-se-á diversos momentos aos quais influenciaram decisivamente na atual ordem constitucional, e por consequência, no funcionamento e na representação social dos próprios partidos políticos no país.

2.1.1 AS CONSTITUIÇÕES DE 1824 E 1891: ANTIPARTIDARISMO

A Constituição do Império foi outorgada em 25 de março de 1824 e não fez menção direta ou indireta às organizações de representação política.¹⁰¹ Neste período, os partidos não eram bem vistos socialmente e no eventual funcionamento, se dava a título de sociedades secretas, cujas finalidades eram consideradas suspeitas. Existiam diversos impedimentos, que por ora, conseguiam frustrar qualquer tentativa de construção de um grupo com fins políticos, como por exemplo: a restrição ao sufrágio universal com a imposição de critérios socioeconômicos; o

¹⁰¹ MEZZARROBA, Orides. **Introdução ao direito partidário brasileiro**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 190.

cerceamento da liberdade de consciência; a obrigatoriedade dos representantes professarem a religião adepta do Estado e a criação de um Poder Moderador.¹⁰²

Em consequência, no período em debate revezavam o Poder do gabinete imperial os Partidos Conservador e Liberal. No entanto, estes apenas representavam e defendiam os interesses de uma minoria absoluta, a que, diga-se de passagem, faziam às vezes da elite. É o que diz Afonso de Arinos Melo Franco em "Teoria do Partido Político no Direito Constitucional Brasileiro", quando destacou:

É possível identificar grupos e até associações políticas (...). A luta pela predominância de certos interesses sociais sobre outros, dentro do organismo do Estado, é sempre uma luta política e de agrupamentos políticos (...). Mas, no sentido técnico constitucional, não pode-se chamar partidos a tais grupos, mas, apenas, facções.¹⁰³

Por outro lado, Vamireh Chaco destaca que “se desejamos sintetizar em duas fórmulas a ação dos partidos no Brasil Império, aos conservadores cabia a preservação da unidade nacional e aos liberais a permanência de nossa continuidade democrática.”¹⁰⁴ Apesar de sinteticamente cada partido representar uma ideia, ambos acabavam por defender o poder imperial, ainda que tacitamente. Restando claro, portanto, que de acordo com a Constituição de 1824 a sociedade não tinha suas demandas representadas em sua totalidade pelos partidos políticos existentes, ao passo que a minoria detentora de posses e valores detinha o poder e conseqüentemente suas demandas representadas pelos partidos políticos.

A partir da Proclamação da República em 1889, e com a Constituição de 1891 instaurou-se no âmbito do Estado Brasileiro a "Primeira República", se estendendo até o ano de 1930. Apesar de um marco histórico, tais fatos pouco influenciaram as características dos partidos políticos até então existentes. A Constituição de 1891 garantia os direitos políticos a homens acima de 21 anos¹⁰⁵ e alfabetizados em um cenário em que se estima a existência de 80% de analfabetos,

¹⁰² Conforme artigo 98 da Constituição de 1824. (BRASIL. Constituição de 1824. Outorgada em 25 de março de 1824. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm >).

¹⁰³ MELO FRANCO, Afonso Arinos de. **História e Teoria do Partido Político no Direito Constitucional Brasileiro**. Rio de Janeiro: [s.n.], 1948, p. 26.

¹⁰⁴ CHACO, Vamireh. **História dos Partidos Brasileiros: discurso e práxis de seus programas**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 3. ed. amp. e atual., 1998, p. 29.

¹⁰⁵ Art. 70 - São eleitores os cidadãos maiores de 21 anos que se alistarem na forma da lei. (BRASIL. Constituição de 1891. Promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm >).

de acordo com o censo de 1890.¹⁰⁶ Quanto aos partidos políticos eles não estavam ligados às classes sociais, não tinham existência longa e se caracterizam como agremiações de abrangência local e em sua maioria localizados nos centros urbanos. A Primeira República “não proporciona a criação de qualquer sistema político-partidário definido e estável, extinguiu todas as organizações políticas herdadas do Império. A única exceção foi a agremiação dos republicanos que em 1893 veio a constituir em Partido Republicano”.¹⁰⁷ Foi o então Partido Republicano quem passou a controlar o Governo Federal e demais governos locais, utilizando de coalizões e parcerias políticas com oligarquias regionais.

Por conseguinte, assim como a Constituição do Império, a primeira República silenciou quanto a preceitos constitucionais que regulamentassem as organizações partidárias, não possuindo nem mesmo, legislações infraconstitucionais que abrangessem os partidos políticos. Apesar de configurar a introdução do regime representativo, nesta Primeira República não existiam mecanismos pelos quais fosse regulamentada a forma de intermediação política. Em consequência, parlamentares da época criticavam massivamente o sistema, visto que não possuíam qualquer garantia constitucional. Levi Carneiro, ao proferir discurso na Assembleia Constituinte de 1934, atacou “a primeira República como período político arbitrário em que o Presidente da República simplesmente cancelava os diplomas de parlamentares eleitos”.¹⁰⁸

Sob um olhar social, Décio Saes observa que na Primeira República não emergiu nenhum movimento partidário de massa que pudesse desencadear contra si a criação de um “Partido industrial”, cuja finalidade fosse defender a massa trabalhadora. Destaca também que não se delineou na Primeira República condições políticas capazes de desencadear um movimento “anti-agrário”, acusando que a grande massa da população não foi representada neste período, especialmente pelo fato de que o Partido Republicano ser controlado pelas elites da

¹⁰⁶ FERRARO, Alceu Ravanello; KREIDLOW, Daniel. **Analfabetismo no Brasil: configuração e gênese das desigualdades regionais**. Revista Educação e Realidade, Porto Alegre, edição 29, p. 179-200, jul.-dez. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/educacaoerealidade/article/viewFile/25401/14733>. Acesso em: 22 out. 2018. p. 184.

¹⁰⁷ MEZZARROBA, op. cit., p. 192.

¹⁰⁸ LEAL, Vitor Nunes. **Coronelismo, Enxada e Voto: o município e o regime representativo no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Alfa Omega, 1975, p. 331.

burguesia comercial-exportadora.¹⁰⁹ Assim, o momento em discussão ficou marcado pela repressão aos grupos que viessem a tentar implantar alguma ideologia em qualquer partido político.

Constatou-se, outrossim, a formação de um monopólio partidário denotado pela ausência de um verdadeiro pluripartidarismo, visto que este último, se existente, culminaria em um movimento meramente de aparência.¹¹⁰ A fim de ilustração, as palavras de Afonso Arinos de Melo Franco são válidas para expressar o contexto envolto aos partidos políticos neste período: “A mentalidade republicana era federal em primeiro lugar; em segundo antipartidária, no sentido nacional”¹¹¹. Deste modo, apresentadas algumas breves considerações acerca da Constituição da Primeira República, seguimos adiante ao Governo Provisório de Getúlio Vargas.

2.1.2 A CONSTITUIÇÃO DE 1934 E DE 1937: DESARTICULAÇÃO DOS PARTIDOS POLÍTICOS

Ao assumir o poder em 1930, Getúlio Vargas assumiu postura antiliberal, desmantelando toda e qualquer agremiação que formasse, ou que viesse a formar partidos políticos, objetivando a manutenção de seu poder no posto maior. No que tange a essência do referido governo, este possuía dois grupos internos. O primeiro era formado por oligarquias estaduais, as quais acreditavam na necessidade da elaboração de uma nova Constituição, enquanto o segundo, advindo do *tenentismo*, acreditava na citada ideia, mas apenas após a substituição de elementos do sistema anterior.

Tempos após, por meio do Decreto n.º 21.076 de 1932, o Governo de Getúlio Vargas promulgou o então primeiro Código Eleitoral Brasileiro. Este Código inovou reconhecendo pela primeira vez, a existência jurídica dos partidos políticos e as normas de funcionamento.¹¹² As associações de classe, desde que constituídas, eram delineadas como partidos políticos na condição de que seus candidatos “não

¹⁰⁹ SAES, Decio. 1996. **Democracia e capitalismo no Brasil: balanço e perspectivas**. Revista de Sociologia e Política, Curitiba, n. 6-7, p. 129-147, jun.-nov. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/39345/24161>>. Acesso em: 26 mar. 2018. p. 136.

¹¹⁰ SAES, op. cit., p. 133.

¹¹¹ MELO FRANCO, op. cit., p. 61.

¹¹² Artigo 99 e 100 do Decreto n.º 21.076.

defendessem ideologias sectárias de caráter social e político, estranhas à natureza e à finalidade da entidade”¹¹³. Assim, verificou-se no Governo provisório de Getúlio Vargas que apesar da existência de regulamentação jurídica dos partidos políticos, estes se encontravam bastante oprimidos em razão de um excessivo controle legal, cujo qual era observado no exagerado acervo legal.

A Constituição de 1934 não fazia menção expressa aos partidos políticos¹¹⁴, sendo estes manejados através da égide do Código Civil de 1916, nos quais se dividiam em permanentes (aqueles que, após o registro de seus estatutos, em acordo com o artigo 18 do Código Civil de 1916, adquirissem personalidade jurídica de direito privado), e provisórios (substanciavam aqueles que possuíssem finalidades similares aos partidos permanentes, mas que, obtivessem apoio superior a 500 eleitores). A referida Constituição foi a mais breve de nosso país, sendo que esta pouca longevidade se deu por alguns fatores, dentre eles:

Conflitos ideológicos, rivalidades regionais, as resistências à sucessão presidencial, o temor do assalto ao poder e outros fatores estranhos aos mecanismos constitucionais acabaram conduzindo, por maquiavélica manipulação, à destruição da Constituição de 1934, que sucumbiu diante do Golpe de Estado desfechado nas instituições democráticas, em 10 de novembro de 1937.¹¹⁵

O Estado Novo sucedeu o governo provisório de Getúlio Vargas no ano de 1937 com a outorga da nova Constituição dos Estados Unidos do Brasil, sendo decretado estado de emergência e de guerra. A nova Constituição dissolveu “sumariamente a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembleias Legislativas e as Câmaras Municipais”¹¹⁶, de modo que no dizer de Raul Machado Horta, “pode-se afirmar que as demais disposições aplicáveis da Carta de 1937 gravitavam na órbita da ação, do comando e do impulso autoritário do Presidente da República.”¹¹⁷

Ficava bastante clara a intenção de Getúlio Vargas quanto à centralização do poder. Foi assim que, no ano de 1937, editou o Decreto-Lei n.º 037, extinguindo todos os partidos políticos inscritos no então Tribunal Superior e nos Tribunais Regionais da Justiça Eleitoral. Por consequência, com fulcro no artigo 3º do

¹¹³ MEZZARROBA, op. cit., p. 198.

¹¹⁴ Ver Constituição de 1934 (BRASIL. Constituição de 1934. Promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>).

¹¹⁵ HORTA, op. cit., p. 56.

¹¹⁶ MEZZARROBA, op. cit., p. 203.

¹¹⁷ HORTA, op. cit., p. 57.

supramencionado Decreto-Lei, era proibida a organização dos partidos políticos independente da natureza jurídica. Somando-se a situação exposta, a Carta Constitucional de 1937 acabava por frustrar qualquer iniciativa de criação de partidos políticos, por meio de punições, e até mesmo a pena de morte para aqueles que mantivessem conduta lesiva à referida disposição.¹¹⁸

Getúlio Vargas durante todo seu ciclo no poder demonstrou total interesse na desarticulação dos partidos políticos, no entanto, ele precisava criar um órgão de sustentação política, ao qual se materializaria na Legião Cívica Brasileira. Afonso Arinos¹¹⁹ *apud* Orides Mezzaroba afirma: “se não conseguiu estabelecer o partido único, o governo do Estado Novo, no entanto, não se esqueceu de suprimir todos os outros”. A Legião Cívica Brasileira não conseguiu avançar, devido forte resistência dos militares, que conseguiram sua desarticulação. O Estado Novo foi um período marcado pela extrema falta de representatividade partidária, visto que os órgãos de representação e as casas de leis foram literalmente dissolvidas. Além disso, a Carta de 1937 continha uma organização de um Estado Autoritário e um poder literalmente individualizado.¹²⁰ Essa repressão às agremiações tinha como objetivo a manutenção do poder de Vargas e seu constante desejo de instauração do regime fascista nos Estados Unidos do Brasil, imobilizando a população em qualquer tentativa de demonstração de seus interesses.

2.1.3 A CONSTITUIÇÃO DE 1946: RESTRIÇÕES AOS PARTIDOS

A Quarta República se deu no ano de 1945, quando por meio da Emenda Constitucional n.º 09, previu-se o prazo de noventa dias para elaboração de legislação que regulamentasse as eleições de Presidente da República e seus respectivos constituintes. Dentro do prazo estabelecido, Getúlio Vargas publicou o

¹¹⁸ Vide preâmbulo da Constituição de 1937: " (...) ATENDENDO às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente a gravação dos dissídios partidários, que, uma, notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação, de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil;(..." (BRASIL. Constituição de 1934. Outorgada em 10 de novembro de 1937. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>).

¹¹⁹ MEZZAROBA, op. cit., p. 205.

¹²⁰ HORTA, op. cit., p. 57.

Decreto-Lei n.º 7.586/1945, o qual passou a regulamentar em todo território brasileiro o funcionamento e organização dos partidos políticos, bem como todo o regramento processual-eleitoral.¹²¹

No Decreto-Lei supracitado ditou-se que para criação de partidos de âmbito nacional, estes deveriam contar com o apoio de no mínimo 10.000 eleitores distribuídos em ao menos cinco estados brasileiros. Já no que tange a personalidade jurídica das agremiações, receberiam o tratamento do Código Civil então vigente, ou seja, personalidade jurídica de direito privado. Outra imposição de enorme peso consistiu na necessidade dos partidos possuírem caráter nacional, não sendo permitidos partidos que atuassem apenas em estados ou municípios.

Essas imposições, ainda que implícitas, resultaram em um duplo efeito: primeiro, inviabilizar o registro permanente de diversos partidos que possuíam até então um registro provisório; segundo, a instauração de mecanismos que inviabilizaram a organização e funcionamento de partidos que possuíssem princípios contrários aos estabelecidos na Constituição.¹²² Prosseguindo na análise do Decreto-Lei n.º 7.586/45, este se apresentou deveras antipartidário ao preceituar e permitir que os candidatos pudessem se inscrever em diversas legendas, concorrendo em concurso nos cargos de Presidente da República, Senador e Deputado Federal, em quantos Estados lhe conviessem. Fato este sendo consequente da inexistência da exigência do domicílio eleitoral, como é atualmente conhecido. Além disso, inovou ao prever a hipótese de cancelamento dos Partidos quando esses recebessem recursos financeiros, orientações ideológicas ou outro tipo de auxílio provenientes do exterior.

Neste momento foi promulgada a Constituição de 1946 e apesar de possuir integrantes dos partidos existentes em seu processo de criação, em muito pouco acrescentou sobre o reconhecimento dos partidos políticos.¹²³ A bem da verdade, tal Carta acabou por impor mais restrições, vedações e sansões, do que propriamente

¹²¹ FERREIRA NETO, Edgard Leite. **Os Partidos Políticos no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 1989, p. 54.

¹²² A título de exemplo, o PCB incorreu em situação similar. Após muitas custas conseguir seu registro eleitoral no ano de 1947, teve seu registro cassado sob a argumentação de que estaria recebendo contribuições financeiras advindas do exterior e sob a tutela de orientações políticas externas.

¹²³ O artigo 119 dizia que era de competência da lei disciplinar o registro e cassação dos partidos políticos. (BRASIL. Constituição de 1946. Promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>).

incentivar a criação dos partidos políticos e regulamentá-los, consequência lógica do período e da ideologia apontada por Getúlio Vargas. Apesar de haver em tese um pluripartidarismo, este multipartidarismo no concernente ao processo decisório se demonstrou ausente de importância quando comparado com outras Repúblicas, demonstrando novamente a fragilidade dos partidos políticos e o controle destes pelo regime instalado.¹²⁴

Como resultado de tantas escoriações aos Partidos Políticos, instaurou-se uma democracia frágil e demasiadamente carente de representatividade. Apesar de mobilizações sociais e políticas, estas pouco ajudaram o contexto momentâneo. Por conseguinte, as “três organizações político-partidárias que conseguiram destacar-se nacionalmente neste período foram o Partido Social Democrático (PSD), o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) e a União Democrática Nacional (UDN), cujas bancadas aumentavam progressivamente no Legislativo”.¹²⁵ A dificuldade de envolvimento entre os partidos e a sociedade, foi critério de suma importância para a instauração do regime militar, quando em 1965, os partidos foram sumariamente extintos pelo Ato Institucional n.º 02. Os militares praticamente não encontraram resistência em suas ações, tendo em vista o contexto fático de que a sociedade praticamente não se envolvia em questões políticas. Esta negativa era consequente da política de barreiras imposta pelas legislações, cujo fulcro era dificultar ao máximo a criação dos partidos políticos, e quando existentes, barrar qualquer ideologia oposta àquela apregoada pelo Governo, conforme aponta Raul Machado Horta:

Os atos institucionais, numa cadeia de outorgar sucessivas, sobrepuseram-se à Constituição Federal, desfigurando os fundamentos do regime democrático nela organizado, para alterar a estrutura dos órgãos, dos Poderes e das competências constitucionais e instaurar o regime da insegurança e da negação de direitos políticos, de direitos e garantias individuais.¹²⁶

Conclui-se que a quarta república e a Constituição de 1946 não chegaram a possuir partidos políticos que representassem efetivamente o clamor da sociedade, devido as agremiações não terem passado no Estado Brasileiro por processo de constitucionalização como o ocorrido nos demais países ocidentais. No dizer de

¹²⁴ SAES, op. cit., p. 136.

¹²⁵ MEZZARROBA, op. cit., p. 210.

¹²⁶ HORTA, op. cit., p. 60.

Orides Mezzaroba, "o controle do Estado sobre os partidos políticos era absoluto"¹²⁷, impedindo assim uma atuação propriamente democrática.

2.1.4 OS PARTIDOS POLÍTICOS NO REGIME MILITAR: DA EXTINÇÃO AO BIPARTIDARISMO

Anterior ao Ato Institucional nº 02 ocorreu a edição da Lei n.º 4.740 de 15 de julho de 1965, a qual constituiu a primeira lei orgânica dos partidos políticos. Entretanto, o que a princípio deveria beneficiar as agremiações, acabou por dificultar e cassar os registros então existentes.¹²⁸ Outro aspecto desta Lei afrontava diretamente a fidelidade partidária e a vida intrapartidária, quando previu que, caso o partido tivesse seu registro cassado, o político na posse não perderia o mandato, exceto quando houvesse a quebra do regime democrático, dos direitos humanos ou do pluralismo partidário. O regime militar se mostrava cada vez mais incompatível com a democracia, visto que em diversos momentos utilizou-se de artifícios para controlar a oposição: "O regime militar, ele próprio, propiciou a organização partidária de sua oposição para que dessa forma conseguisse controlá-la pelos artifícios legais que também criou por si mesmo".¹²⁹

Desta feita, verificou-se como em outros momentos históricos o controle estatal em face dos partidos. Contudo, após o advento da Lei nº 4.740/1965, o governo militar de Castelo Branco baixou o AI-02 (Ato Institucional nº 02), extinguindo todos os partidos até então existentes, inclusive os que haviam sido cancelados. Em seguida, no ano de 1965 foi imposto o AC – 04 (Ato Complementar nº 04), que estabeleceu um sistema bipartidário, dispondo que as agremiações que viessem a existir deveriam ser constituídas pelo Congresso Nacional e não poderiam ser chamadas de partidos, visto seu caráter temporário. Não era permitida qualquer menção, referência ou apologia aos partidos extintos. Neste momento, criou-se um

¹²⁷ MEZZAROBA, op. cit., p. 212.

¹²⁸ O artigo 47, inciso II previa a perda do registro dos Partidos que não possuíssem doze deputados federais eleitos, por no mínimo, sete estados. Já o inciso III deste mesmo artigo, previa a perda do registro daqueles partidos que não obtivessem votação de no mínimo três por cento do eleitorado nacional, subdivididos em onze ou mais estados.

¹²⁹ MEZZAROBA, op. cit., p. 214.

mecanismo chamado de “sublegendas”, que possibilitavam a criação no interior das agremiações existentes diferentes ideias, fossem locais ou regionais.

Como fulcro da criação de duas agremiações pelo regime militar (situação e oposição), estas tinham como objetivo a legitimação do governo ditatorial militar, o que por óbvio, fazia-se uma supérflua oposição, sendo internamente subordinadas e controladas pelo regime vigente. Em 1966 constituiu-se a ARENA (Aliança Renovadora Nacional), cuja função era de apoio ao governo militar e o MDB (Movimento Democrático Brasileiro), com a premissa de ser uma suposta oposição, formando assim o bipartidarismo. No ano de 1967 adveio a nova Constituição, onde foram reforçados os preceitos da Lei Orgânica dos partidos políticos, entretanto, devido o fato de a Constituição possuir caráter rígido, acabou por dificultar a criação de outro partido político que viesse a ameaçar o bipartidarismo, por conta de uma aritmética virtualmente inalcançável, conforme ditou o artigo 149, inciso VII da Constituição da República de 1967.¹³⁰

Momentos após, em 1968 fora imposto o Ato Institucional – 05 que buscava resguardar a ordem pública, baseada na liberdade, na dignidade da pessoa humana e no combate das ideologias que contrariassem o governo (implicitamente fazia referência ao estado militar), concretizando e inviabilizando qualquer construção de uma agremiação política.¹³¹

A Emenda Constitucional nº 01 (datada de 17 de outubro de 1969), também chamada de Constituição de 1969, incorporou em seu texto o espírito autoritário e repressivo do AI – 05, objetivando banir qualquer oposição a ditadura militar instaurada. Ainda, esta Carta Constitucional de 1969 em nada fomentou a criação e

¹³⁰ Artigo 149 - A organização, o funcionamento e a extinção dos Partidos Políticos serão regulados em lei federal, observados os seguintes princípios: (...) VII - exigência de dez por cento do eleitorado que haja votado na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos em dois terços dos Estados, com o mínimo de sete por cento em cada um deles, bem assim dez por cento de Deputados, em, pelo menos, um terço dos Estados, e dez por cento de Senadores;

¹³¹ No dizer de Maria Helena Moreira Alves, a situação equiparava-se ao “Estado Hobbesiano que absorvia todo e qualquer poder”. (MOREIRA ALVES, Maria Helena. **Estado e Oposição no Brasil (1964-1984)**. Trad. Clóvis Marques, 4. ed., Petrópolis: Vozes, 1987, p. 134.) Como Estado Hobbesiano, podemos entender como uma centralização total do Poder na pessoa do soberano, que tomará as decisões e medidas que considerar conveniente a fim da manutenção do Estado, vejamos o dizer do próprio Hobbes: ‘Uma grande multidão institui a uma pessoa, mediante pactos recíprocos uns aos outros, para em nome de cada um como autora, poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum’. O soberano é aquele que representa essa pessoa”. (HOBBES, Thomas. **Leviatã**. Ed. Martin Claret, São Paulo, 2006, p. 130.)

estruturação dos partidos, semelhando-se com a Constituição de 1967, com evidente permanência do bipartidarismo.

Em 1978 impôs-se a Emenda Constitucional nº 11, ao qual apesar de manter a essência da Constituição de 1969, modificou a forma de criação e funcionamento das legendas partidárias.¹³² Entretanto, adianta-se que a referida emenda em nada alterou o bipartidarismo presente. Isso se deu em razão de que a Emenda Constitucional nº 11 somente entrou em vigor em 1979 (após as eleições de 1978), prejudicando a criação e o funcionamento dos novos partidos.

O Governo de João Figueiredo promulgou a lei nº 6.767/1979, transformando substancialmente a lei orgânica dos partidos políticos. No bojo do artigo 2º desta Lei, ficavam extintos os partidos criados nos moldes de organizações, baseados no Ato Complementar – 04 (justificou-se pelo fato de não preencherem os requisitos desta nova Lei). Por consequência, o Tribunal Superior Eleitoral cancelou o registro da ARENA e do MDB. Além disso, de acordo com o artigo 9º § 2º da mesma resolução, os partidos políticos obrigatoriamente deveriam utilizar a palavra “partido” antes da sigla adotada.¹³³

Em função da Lei nº 6.767/1979 cumulada com a Resolução nº 10.785/1980, para que uma organização política pleiteasse o registro junto ao Tribunal Superior Eleitoral, deveria constituir Comissões Regionais Provisórias em, ao menos, nove estados da federação, e ainda, Comissões Municipais Provisórias, em pelo menos

¹³² No que concerne a organização dos partidos políticos, deveriam ser considerados os seguintes pressupostos: a) aceitação do regime representativo e democrático, fundado no pluralismo partidário e nos direitos fundamentais do homem; b) registrar os estatutos com a finalidade de obtenção de personalidade jurídica; c) a inexistência de qualquer vínculo com governos, entidades e partidos do estrangeiro; d) atuação nacional, sem prejuízo do poder deliberativo dos órgãos regionais e municipais. Já quanto ao funcionamento das agremiações político-partidárias, estas deveriam respeitar uma dessas condicionantes: a) filiação de no mínimo dez por cento do número de representantes da Câmara Federal e do Senado, no ato da fundação; ou b) a conquista de cinco por cento dos votos nacionais, na última eleição para a Câmara Federal, com distribuição em pelo menos nove Estados da República, com no mínimo três por cento de votos em cada um destes.

¹³³ Esta manobra possuía dois objetivos implícitos: primeiro alterar o nome da ARENA, que se encontrava enfraquecida e desvalorizada, e em segundo, desfigurar o MDB, o qual estava em nítida ascensão. A ARENA formou o Partido Democrático Social (PDS), “descartando a identificação com as políticas impopulares do Estado”. Já o MDB, apenas acrescentou a expressão “partido”, formando o Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) (MOREIRA, op. cit., p. 270).

um quinto dos municípios pertencentes a tais Estados.¹³⁴ Fazia-se obrigatória uma fórmula matemática de bastante complexidade para a obtenção do registro.¹³⁵

Para o fortalecimento do PDS (antiga ARENA), o governo militar editou a Lei nº 6.978/82, trazendo três características que merecem destaque. A primeira consistia na proibição de coligações no âmbito das eleições para o governo dos Estados. Em segundo, era imposto o voto vinculado, no qual o eleitor deveria votar em candidatos de uma mesma legenda e caso desrespeitasse o voto vinculado, a cédula era nula. Em terceiro, adveio à candidatura nata para senadores, deputados federais, estaduais e vereadores.¹³⁶

No ano de 1984, chega-se a um momento, cujos partidos começaram a conquistar determinada força política perante a sociedade, sendo inclusive matéria de jornais.¹³⁷ Objetivando medidas que fossem potencialmente alcançáveis para a criação e o funcionamento dos partidos políticos, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 25. Apesar da permanência do espírito de legislações pretéritas, os requisitos para registro das agremiações foram abrandados. Como principal novidade trazida pela Emenda Constitucional nº 25, todas as agremiações partidárias que tiveram seus registros indeferidos, cancelados ou cassados até a data de sua promulgação, poderiam se reorganizar, desde que respeitado o regime democrático, o pluralismo partidário e os direitos fundamentais do homem.¹³⁸ Em

¹³⁴ Conforme artigo 11 §2º da Lei n.º 6.767/1979.

¹³⁵ O artigo 58 da Resolução n.º10.785/1980 previa: I – 20% do eleitorado dos municípios até 1.000 eleitores; II – os vinte do item I e mais 5 para cada 1.000 eleitores, nos municípios de até 50.000 eleitores; III – os 270 do item anterior e mais 2 para cada mil eleitores, nos municípios de até 200.000 eleitores; IV – os 670 do item anterior e mais 1 para cada 1.000, nos municípios de até 500.000 eleitores; V – os 1.170 do item anterior e mais 1 para cada 2.000, nos municípios de mais de 500.000 eleitores.

¹³⁶ Apesar de formalmente o sistema bipartidário não mais existisse, na prática este ainda predominava. Os demais partidos não conseguiam alcançar o PDS e o PMDB, em razão das diversas manobras do governo militar, em concurso com a facilidade na alteração da legislação eleitoral, para suprir suas necessidades institucionais. A oposição percebia claramente a necessidade de criar partidos suficientemente enraizados para expressar a vontade de diferentes classes e canalizar as reivindicações de transformação do modelo político e econômico (MOREIRA, op. cit., p. 273).

¹³⁷ MEZZAROBBA, op. cit., p. 227: “No Brasil, a Lei Orgânica dos Partidos Políticos representa um entrave autoritário à livre organização de agremiações, impedindo sua autonomia diante do Estado. Com efeito, desde os anos 50, a tradição jurídica brasileira submete as agremiações partidárias à tutela do Estado, erigindo-se em entidades de direito público, numa legislação inibidora e restritiva, cuja essência é prescrever o controle estatal sobre sua estruturação e funcionamento”. Texto publicado em 20 de setembro de 1984, no Jornal Folha de São Paulo.

¹³⁸ Os reflexos da EC n.º25 foram mais transparentes nas eleições de 1986, quando aproximadamente trinta partidos políticos foram registrados. Bolívar Lamounier, assim afirmou: “No entanto, após as eleições de 1986, restariam apenas cinco Partidos com representação no Senado e treze Partidos com representação na Câmara Federal”. (LAMOUNIER, Bolívar. *apud* MEZZAROBBA, op. cit., p. 228).

análise, o que conclui de todo período do governo militar, é que este buscou uma aparência democrática em suas ações, mas que na prática sempre se pautou no autoritarismo. Com políticas repressivas, conseguiu inviabilizar criação de partidos políticos com ideias contrárias às defendidas pelos militares. Também, criou uma oposição consentida, sendo controlada pelo então regime militar.¹³⁹

2.1.5 A CONSTITUIÇÃO DE 1988: A FRAGILIDADE DOS PARTIDOS

Em novembro de 1985, depois de promulgada a Emenda Constitucional nº 26, foi convocado o importante Congresso Constituinte, cujo início dos trabalhos se daria em janeiro de 1987. O Congresso Constituinte gerou enorme discussão no que se refere a necessidade (ou não) de partidos políticos nas candidaturas, visto que estes se encontravam dilacerados em virtude da ditadura militar. Por conseguinte, entidades como a Ordem dos Advogados do Brasil, bem como a Igreja Católica, passaram a defender a candidatura avulsa.¹⁴⁰

Em suma, esta discussão denunciava a frágil democracia e a instável tradição política vivida. A simples possibilidade de inclusão da *candidatura avulsa*, por si mesma, já demonstrava a absoluta falta de confiança e de perspectiva quanto ao fortalecimento da nova geração de *partidos* que surgia.¹⁴¹ Não obstante, a candidatura avulsa seria mais um manifesto em busca da negação aos partidos políticos, insistindo em erros pretéritos. Diversas dificuldades foram encontradas pelos Constituintes, entretanto, de bastante nitidez, mostrou-se a dúvida dos parlamentares quanto a real função dos partidos na nova Democracia Brasileira.

Constantes eram as ideias divergentes e pensamentos buscando a desburocratização da vida intrapartidária, assim como propostas extremamente

¹³⁹ SAES, op. cit., p. 143-144.

¹⁴⁰ A candidatura avulsa consiste no fato do candidato concorrer a determinada eleição sem estar filiado a um partido político. Nota-se, que atualmente não é possível a aplicação da referida candidatura, conforme foi retificada pela Consulta n.º1425, dirigida ao Tribunal Superior Eleitoral, ao qual se manifestou pela impossibilidade de aplicação da mesma.

¹⁴¹ MEZZARROBA, op. cit., p. 230.

rígidas e proibitivas quanto a estes.¹⁴² Por ora, observa-se que os Constituintes estavam convictos no propósito de evitar o bipartidarismo dos tempos militares, buscando a formação de uma Democracia plena, onde os partidos estariam em proximidade com o povo, e vice-versa. Assim, vale trazer trecho do Jornal da Constituinte que demonstra o ímpeto de uma nova vida partidária, senão vejamos:

Criar partido político será fácil, livre e sem burocracia. (...) o Brasil voltará a viver, a partir da promulgação da futura Constituição, num regime de plena liberdade partidária, como há muito não se vivia. Sem a camisa de força do bipartidarismo ou a irresponsabilidade que permite a excessiva pulverização das forças políticas (...), o texto da nova Carta facilitará a criação, funcionamento, fusão e até a extinção dos partidos, remetendo à lei a regulamentação e o detalhamento dos procedimentos, que serão poucos.¹⁴³

No Processo Constituinte de 1987/88 discutiu-se, por alguns parlamentares, a formação de um Estado de Partidos, cujo propósito fosse a liberdade partidária e a participação efetiva destes na construção da vontade do Estado. De qualquer forma, convém ressaltar que apesar de todos os esforços na transformação dos partidos políticos, se observados na atualidade, as proposições que visavam seu fortalecimento não se concretizaram, ao menos perante a atuação sob os interesses da sociedade.

A Constituição oriunda do processo em comento não pode ser considerada isenta de falhas. Ainda que seu texto seja talhado sob a senda de direitos e garantias individuais, em que pese a tentativa de obstar erros pretéritos, a consecução plena do texto constitucional oriunda de um regime democrático frágil não é tarefa simples. Ocorre que as raízes do discutido déficit democrático persistem nesta nova democracia de 1988. Elementos indicadores como a sobrevivência institucional do governo militar como força autônoma, revestido de poder político, assim como do novo presidencialismo — considerado forte e extremamente independente para os padrões democráticos de países desenvolvidos.¹⁴⁴ Nota-se

¹⁴² MEZZAROBBA, op. cit., p. 231: "(...) proposta de José Richa, que previa a plena liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção de Partidos Políticos. Nesse episódio, o constituinte Prisco Viana defendia que a Constituição deveria estabelecer exigências rigorosas no que diz respeito à criação e ao funcionamento dos Partidos Políticos."

¹⁴³ Jornal da Constituinte. Órgão Oficial de divulgação da Assembleia Nacional Constituinte, Brasília, junho de 1988, pp. 8-9.

¹⁴⁴ Exemplo disso é observado no artigo 142 da vigente Constituição: "Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem". (BRASIL. Constituição de 1988. Promulgada em

dentre outros problemas, dificuldade no estrito alinhamento entre governos e dos partidos com cada governo (culminando na frequente “infidelidade” dos membros dos partidos ao respectivo governo).¹⁴⁵

Esta fragilidade que se reveste no cerne dos partidos políticos brasileiros, pode ser considerada como um dos fatores elementares do que se chama no presente manuscrito, “vácuo democrático”. Por sua vez, este “vácuo” é um potencial elemento propulsor para o ativismo judicial, consoante será observado no terceiro capítulo.

2.2 ATUAL PANORAMA DOS PARTIDOS POLÍTICOS BRASILEIROS

Conforme se observou de acordo com a análise sobre as Constituições brasileiras, os partidos políticos, durante todo o período investigado, evidenciaram que as agremiações foram utilizadas e manipuladas como mecanismos de manutenção do poder do regime então vigente e dos interesses das elites política-tradicionais.

Pergunta-se, hoje, qual o atual *status* dos partidos políticos brasileiros? Chama a atenção que de uma forma geral, os partidos políticos deixaram de exercer suas funções primordiais de representação, o que segundo Peter Mair, ao analisar os partidos estadunidenses, sugere que “os partidos e as suas atividades convencionais já não conseguem mobilizar os cidadãos como anteriormente nem gozam de uma presença significativa no seio da sociedade em geral. (...) Os partidos tornaram-se mais distantes dos cidadãos”.¹⁴⁶

Apesar de Mair abordar os partidos sob a perspectiva política norte-americana, é possível extrair, de acordo com a análise histórica a partir das Constituições, que no Estado Brasileiro as funções representativas dos partidos falharam no quesito representação. Notou-se que as agremiações não foram entes representativos da sociedade e dos interesses gerais, apenas resguardando intuítos

05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>).

¹⁴⁵ SAES, op. cit., p. 142.

¹⁴⁶ MAIR, Peter. 2003. **Os partidos políticos e a democracia**. Análise Social. Lisboa, v. XXXVIII n. 167, p. 280.

particulares do governo e das elites. A atual conjuntura partidária se aproxima de problemas anteriormente enfrentados, desencadeando a transmissão das funções representativas dos partidos à outros organismos, na medida em que assumiram com maior predomínio funções processuais, migrando de um senso representativo à um intuito governativo.¹⁴⁷ Reitera-se que a abordagem histórica sobre o papel da representação dos períodos antecedentes ao Processo Constituinte de 1987-88 demonstra a clara ausência de um estrato democrático de partidos políticos, o que culminou em seu total descrédito nas ocasiões enfrentadas e, conforme será abordado nas seções seguintes, em uma substituição de funções primárias das agremiações partidárias ao Poder Judiciário.

A citada fragilidade, que pode ser fruto de constantes divergências entre as vontades e os interesses do binômio representantes/representados, acabou por destacar um distanciamento entre eleitor e eleito como decorrência do total desligamento ideológico do agente político com sua agremiação, além do potencial desvirtuamento da proporcionalidade parlamentar e da falta de uma real atuação de grupos de pressão frente aos Poderes Legislativo e Executivo.¹⁴⁸ A perspectiva de ausência ideológica delata que atualmente os partidos políticos visam, tão-somente, permanecer no poder e assim garantir um longo período sob o domínio da máquina pública, demonstrando que as diretrizes partidárias e suas conseqüentes propostas, são questões secundárias.

Denota-se o que Peter Mair chama de erosão partidária, quando os partidos (e suas diretrizes) acabam confundidos entre si, não mais restando nítida a identidade ideológica frente aos eleitores, bem como adotando técnicas de organização e campanha similares, o que resulta até mesmo em um perfil dos eleitores padronizado. Os partidos acabam tendo como objetivo final estar no Poder.¹⁴⁹ A inexistência de um sistema político coerente sob o viés ideológico, possibilita a personalização do poder, culminando no direcionamento do povo a

¹⁴⁷ Ibidem. p. 285.

¹⁴⁸ MORAES, Alexandre de. **Reforma política do Estado e democratização**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 8, julho-setembro de 2000, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 120.

¹⁴⁹ Ibidem. p. 286.

ignorar ideias ou planos de governo, optando por votar em um "personagem", muitas vezes por feições físicas ou uma boa oratória, por exemplo.¹⁵⁰

No entanto, na contemporaneidade constata-se uma inversão de valores, onde a ignorância se posiciona na qualidade de virtude e o conhecimento, que deveria ser inserido como fator elementar, perfaz aspecto trivial da personalidade dos agentes partidários. A ignorância se torna o grande definidor do voto.¹⁵¹ Esta ocorrência pode colaborar com um fator problemático do regime democrático externado por Robert Dahl na década de 60, como sendo denominado "apatia política". A apatia política, considerada uma patologia da representação política democrática, se traduz na sensação de os cidadãos não se sentirem representados, ocasionando uma abstenção daqueles na participação e no interesse político.¹⁵² Esta apatia política, que gera uma ausência de interesse por parte dos cidadãos na política, pode ser fruto da falta de um verdadeiro cunho ideológico partidário ou da própria ausência de confiança nestas instituições, que, se eventualmente alcançarem o poder, não transmitem a confiança necessária de que irão dispender esforços para execução de seus programas políticos e ideológicos.¹⁵³

Fenômenos que geram descrença aos partidos políticos podem ser resultantes de períodos de instabilidade da democracia, vez que a história do Brasil republicano se construiu como uma sucessão de subperíodos políticos democráticos e autocráticos, com ênfase para os períodos democráticos que sempre foram muito curtos, intervalados por momentos de repressão.¹⁵⁴ Como exposto anteriormente, a alternância entre intervenções progressistas e conservadoras fizeram parte de todo

¹⁵⁰ Roger-Gérard Schwardzenberg defendeu em sua obra que "a política, outrora, eram as ideias. Hoje, são as pessoas. Ou melhor, as personagens. Pois cada dirigente parece escolher um emprego e desempenhar um papel. Como num espetáculo", enquanto que para Giovanni Sartori, a política não se encontra (ao menos não deveria estar) no âmbito da paixão, mas sim da razão (logos). (SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard. **O Estado Espetáculo**. São Paulo: Círculo do Livro S.A., 1977, p. 09).

¹⁵¹ SARTORI, Giovanni. **Homo videns: televisão e pós-pensamento**. Bauru: EDUSC, 2001, p. 107.

¹⁵² AVRITZER, Leonardo; SANTOS, Boaventura de S. **Introdução: para ampliar o cânone democrático**. Curso de Formação de Conselheiros Nacionais. SGPR/UFMG, 2009. Disponível em: www.eurozine.com. Acesso em: 20 out. 2017.

¹⁵³ Em que pese a democracia representativa ser para Sartori o melhor molde de governo, este modo organizativo exige a razão como seu norte. A racionalidade se mostra uma condição indispensável da democracia, seja qual modelo for. Neste diapasão, o conhecimento (razão) e a participação se encontram caminhando lado-a-lado no regime democrático, em uma relação de reciprocidade (SARTORI, Giovanni. op. cit., p. 112). Se constatasse a ausência de um destes elementos, existem razões para duvidar da real efetividade do modelo democrático empregado, fator este que resulta em reais preocupações e que colocam os Poderes propriamente políticos em situação de desconfiança.

¹⁵⁴ SAES, op. cit., p. 139.

o contexto histórico político-partidário brasileiro, resultando em natural “confusão” e instabilidade frente ao poder.

Conforme sintetiza Cláudia Sousa Leitão, são justificativas para o notório enfraquecimento dos partidos no Brasil: a) a frágil institucionalização dos partidos políticos; b) ausência de uma continuidade da vida partidária; c) inexistência de conteúdo programático definido e de um posicionamento ideológico; d) a criação dos partidos oriundos da elite, sem a participação das camadas propriamente populares; e) conduta patrimonialista e clientelista dos partidos; e por fim f) diversos comportamentos de um mesmo partido e a prática regionalista.¹⁵⁵

Condutas inapropriadas dos partidos políticos brasileiros acabam por descredenciá-los ao efetivo exercício democrático. Dentre estas condutas impróprias pode-se listar a corrupção e a infidelidade partidária. No Brasil observa-se atualmente a crise do sistema partidário em virtude do envolvimento de partidos em atos de corrupção que tem como fim o autofinanciamento de suas campanhas eleitorais e para a manutenção no poder. Por outro lado, observa-se a impossibilidade da convivência de partidos políticos com aspectos pejorativos como a infidelidade dos seus membros às normas programáticas e diretrizes estatutárias, na medida em que a ausência de lealdade à tais normas da agremiação acarreta na fragilidade eleitoral e por sua vez na crise do sistema.¹⁵⁶ Por fim, Kin Lane Scheppele reconhece que partidos políticos mudam ao chegar ao poder, visto que disputam campanhas eleitorais baseadas em propostas vagas e, quando do alcance do poder, ficam reféns de coalizões como uma necessidade de criar condições de governabilidade.¹⁵⁷

Em outros termos, é possível notar que este enfraquecimento político-partidário, combinado com a inclusão pós-constituente de um Estado assistencial,

¹⁵⁵ LEITÃO, Cláudia Sousa. **A crise dos partidos políticos brasileiros**. Fortaleza: Gráfica Tipo progresso, 1989, p. 208.

¹⁵⁶ LEMBO, Cláudio. **Participação política e assistência simples no direito eleitoral**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 68.

¹⁵⁷ But the political parties change once they come to power, partly because they run vague or unrealistic campaigns and partly because the strongest pressures once they get into office are either from the minority parties that enable the coalition to govern (as in the 1990-1994 period) or from external institutions that have some leverage on Hungarian domestic policy (as in the 1994-1998 period). Either way, the majority parties in Hungarian governments since 1989 have found that they have to compromise their election platforms to keep their governments from falling, and that means doing something other than what they said they would do. The political parties in power are often, as in the Bokros package cases, allied with the very side of the policy issue that they campaigned against. Where is an alienated public to go? (SCHEPPELE, op. cit., p. 14)

acabou por culminar questões problemáticas ao sistema democrático constitucional. Sob a senda deste tema, a fim de analisarmos situações-problema oriundas de práticas ativistas e que tenham relação direta aos partidos políticos e suas falhas, convém analisar toda a manobra realizada pelo Tribunal Superior Eleitoral e posteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, na "construção" do instituto da (in)fideliidade partidária, que é reconhecido como um dos casos mais elementares de prática ativista. Outro tema que merece atenção é o controle judicial de políticas públicas, que apesar de apresentar um contorno diverso de prática judiciária, desencadeia judicialização, potencializando a problemática ativista sob uma outra égide e que é resultante, igualmente, deste vácuo democrático oriundo de omissão do Poder responsável.

3 PODER JUDICIÁRIO E O PREENCHIMENTO DE LACUNAS REPRESENTATIVAS

Partindo das hipóteses levantadas no capítulo segundo sobre a fragilidade dos partidos políticos, tem-se como resultado a existência de um vácuo representativo junto a sociedade. Naturalmente, este vazio acabará sendo preenchido de alguma forma e não necessariamente pelo agente primário, ou seja, pelo responsável por tal lacuna. Neste ínterim, o Poder Judiciário está, por meio de algumas de suas condutas, preenchendo parte deste vazio deixado tanto pelo Poder Executivo quanto Legislativo. Serão estes dois horizontes que serão visualizados a seguir, com a finalidade de refletir acerca da diferenciação de ativismo judicial e de judicialização da política.

Em primeiro, abordaremos o instituto da fidelidade partidária, ao qual para a doutrina, perfaz típico caso de prática ativista do Poder Judiciário quando este, sem qualquer impulsão, "criou" instituto desprovido de base legal. De maneira oposta, contrariou dispositivo constitucional e mais, ignorou que a constituinte optou por excluir antiga disposição prevista na Constituição anteriormente vigente. Tem-se, portanto que o Poder Judiciário legislou, afrontando matéria própria do Poder Legislativo.

Abordaremos também corriqueira prática em que o Poder Judiciário ultraja matéria primária do Poder Executivo, o qual melhor se apresenta no controle judicial de políticas públicas, que além de denotar a efetiva diferenciação entre ativismo e judicialização, apresenta novamente a fragilidade político-partidária, vez que por vezes partidos e seus agentes deixam de lado programas políticos de gestão após a assunção do poder, se omitindo na execução de políticas necessárias. Veja-se que através de decisões, sejam de caráter liminar ou em decisões definitivas, juízes tem determinado que o Poder Público adote políticas não previstas no orçamento (aprovado pelo Legislativo) e que muitas vezes são virtualmente impossíveis de se cumprir. Estaria aqui o Poder Judiciário administrando. Ambas as óticas abordadas demonstram o quanto esta lacuna democrática pode ser perigosa ao bom andamento de uma democracia representativa, especialmente quando a máquina pública passa a sofrer intervenções de órgão não legitimado para tanto, eis que

apenas corrige o “problema” naquele instante, porém não o resolve em caráter definitivo pode propagar novas dificuldades.

3.1 O EMBLEMÁTICO CASO DA INFIDELIDADE PARTIDÁRIA

Para compreensão da “construção” do instituto da infidelidade partidária, elementar é a discussão, ainda que breve acerca da Resolução do Tribunal Superior Eleitoral nº 22.610, das Consultas dirigidas a este mesmo Tribunal, sob os nºs 1398 e 1407 e dos Mandados de Segurança impetrados junto ao Supremo Tribunal Federal nºs 26.602, 26.603 e 26.604.

No período pós-constituição de 1988, pôde-se observar um momento de grande evasão partidária, onde agentes eleitos migravam indistintamente para diferentes siglas aos quais, quando do pleito eleitoral, haviam disputado o sufrágio. Este movimento chamou grande atenção de adversários políticos, mas também do Poder Judiciário, como será observado na discussão que se sucedeu. Todas estas trocas partidárias, até mesmo irrestritas, introduziu especialmente no Poder Legislativo uma instabilidade representativa, passando a ser questionado o real intuito representativo de agentes que, após o êxito eleitoral, migravam para legendas cujo programa era, por vezes, muito diferente daquele propagado na corrida eleitoral.

Todo este conjunto de fatores disseminou dúvidas quanto ao efetivo exercício democrático, conforme anotou Amandino Teixeira Nunes Junior:

A migração partidária tem, pois, contribuído para reduzir o grau de representatividade do regime democrático, pois não respeita a vontade do eleitor. O voto dado a um partido é transferido, indiretamente, após as eleições, para outro partido, alterando a representação eleita, sem consultar o eleitor.¹⁵⁸

Ocorre que a Constituição Federal vigente estabeleceu que fica a cargo dos estatutos dos partidos políticos o estabelecimento de normas de disciplina e fidelidade partidária, senão vejamos:

¹⁵⁸ NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira. O ativismo do Supremo Tribunal Federal. 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/502954>>. Acesso em: 26 jul. 2018. p. 23.

Art. 17 - (...)

§ 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.

Nota-se a partir desta disposição uma relativa liberdade para as agremiações em estipular quais serão as sanções a serem aplicadas em caso de conduta infiel ou indisciplinada. Reforça-se que em momento algum a Constituição referenciou diretamente a perda do mandato, fator este que fez com que a matéria chegasse aos Tribunais Superiores. Nesse mesmo sentido, a própria Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei n.º9.096/95) ao disciplinar a matéria em seus artigos 23 e seguintes¹⁵⁹ direciona a responsabilidade novamente aos respectivos estatutos das agremiações.

Fundado em uma democracia partidária, é notório o protagonismo dos partidos políticos, tendo em vista que estes constituem uma condição de elegibilidade (art. 14, § 3º, inciso V, CR/88), como já discutido anteriormente. Maurice Duverger explanou (Maurice Duverger¹⁶⁰ *apud* Gilmar Ferreira Mendes, *et al.*, 2009, p. 821): “No sistema eleitoral proporcional adotado no Brasil, os partidos políticos detêm um monopólio absoluto das candidaturas”.

Após ampla discussão no Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento dos Mandados de Segurança n.ºs 26.602, 26.603 e 26.604, o Tribunal Superior

¹⁵⁹ Art. 23. A responsabilidade por violação dos deveres partidários deve ser apurada e punida pelo competente órgão, na conformidade do que disponha o estatuto de cada partido.

§ 1º Filiado algum pode sofrer medida disciplinar ou punição por conduta que não esteja tipificada no estatuto do partido político.

§ 2º Ao acusado é assegurado amplo direito de defesa.

Art. 24. Na Casa Legislativa, o integrante da bancada de partido deve subordinar sua ação parlamentar aos princípios doutrinários e programáticos e às diretrizes estabelecidas pelos órgãos de direção partidários, na forma do estatuto.

Art. 25. O estatuto do partido poderá estabelecer, além das medidas disciplinares básicas de caráter partidário, normas sobre penalidades, inclusive com desligamento temporário da bancada, suspensão do direito de voto nas reuniões internas ou perda de todas as prerrogativas, cargos e funções que exerça em decorrência da representação e da proporção partidária, na respectiva Casa Legislativa, ao parlamentar que se opuser, pela atitude ou pelo voto, às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos partidários.

Art. 26. Perde automaticamente a função ou cargo que exerça, na respectiva Casa Legislativa, em virtude da proporção partidária, o parlamentar que deixar o partido sob cuja legenda tenha sido eleito.

¹⁶⁰ DUVERGER, Maurice. *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 821.

Eleitoral editou a Resolução n.º 22.610 de 2007, alterada pela Resolução n.º 22.733 de 2008, regulamentando a perda do mandato em função de infidelidade partidária.

As Resoluções supramencionadas foram originadas após as Consultas n.ºs 1398 e 1407 dirigidas ao Tribunal Superior Eleitoral, onde esta Corte formalizou seu entendimento e possibilitou a análise por parte do Supremo Tribunal Federal. A Consulta de n.º 1398 aduziu a perda do mandato cujo alcance se dava no sistema proporcional, em caso de conduta infiel por parte do mandatário. Já a Consulta n.º 1407 tratou do mesmo tema, com a diferença de que abarcou os cargos relacionados ao sistema majoritário. Dessa forma, momentos depois da resposta às Consultas acima enumeradas e das decisões reiteradas do Supremo Tribunal Federal, editou-se a Resolução do Tribunal Superior Eleitoral n.º 22.610/2007.

A Resolução em debate acabou por disciplinar o processo de perda do mandato eletivo, assim como de justificação da desfiliação partidária. Importante ressaltar que a presente normativa trata a justa causa, ou seja, um permissivo para a desfiliação sem a perda do cargo eletivo, apresentada em quatro hipóteses:

Art. 1º - O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa.

§ 1º - Considera-se justa causa:

- I) incorporação ou fusão do partido;
- II) criação de novo partido;
- III) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;
- IV) grave discriminação pessoal.¹⁶¹

Insurge-se então, que o mandatário que se retira de determinado partido, sob a alegação de incorporação ou fusão de partido, criação de uma nova agremiação, mudança do programa partidário ou seu desvio reiterado e grave discriminação pessoal, poderá deixar a agremiação sem a perda do mandato. Tal regulamentação adveio em momento bastante oportuno, em virtude de que antes da efetiva edição, constante era a migração partidária. A título de exemplo, citam-se alguns deputados federais que migraram para outras agremiações no ano da edição da resolução 22.610/2007:

Transferência de partidos políticos antes da edição da resolução 22.610/2007:

¹⁶¹ Artigo 1º, §1º da Resolução TSE n.º22.610/2007.

Data	Deputado	De	Para
13/02/07	Ratinho Júnior (PR)	PPS	PSC
05/03/07	José Rocha (BA)	PFL	PR
23/03/07	Airton Roveda (PR)	PPS	PR
02/05/07	Jackson Barreto (SE)	PTB	PMDB
05/07/07	Cleber Verde (MA)	PTB	PRB
11/07/07	Takayama (PR)	PTB	PSC
12/07/07	Jurandy Loureiro (ES)	PTB	PSC
21/08/07	Gervásio Silva (SC)	DEM	PSDB
25/09/07	Clodovil Hernades (SP)	PTC	PR

Fonte: Secretaria-Geral da Mesa da Câmara. Publicado no Jornal Correio Braziliense, Caderno Brasil, Política, Brasília, 29 de setembro de 2007, p. 6. Extraído do Livro: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 773.

Em suma, disse o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) que, nos sistemas proporcional (com regras do quociente eleitoral e quociente partidário) e majoritário, o mandato é pertencente ao partido e a mudança da agremiação após a diplomação, gera a extinção do mandato parlamentar.¹⁶² Após a decisão da Consulta nº 1398, alguns partidos (PSDB, PPS, PFL), impetraram os Mandados de Segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604 junto ao Supremo Tribunal Federal, de forma que em meados de outubro de 2007, a referida Corte se manifestou na direção de que os mandatos relacionados à cargos obtidos via sistema proporcional pertencem aos partidos ou às coligações oriundas do pleito, com argumentação semelhante ao emanado nas consultas dirigidas ao Tribunal Superior Eleitoral. Neste cenário, por conta da resolução supramencionada ser apenas dirigida aos cargos obtidos via sistema proporcional, deflagrou-se ao TSE a consulta n.º 1.407 que pretendia ver respondidas mesmas questões, porém sob a égide de um mandato exarado no viés majoritário, de modo que o mesmo entendimento foi estendido aos cargos cujo pleito se dá em tal viés.

¹⁶² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 774.

O raciocínio do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal pode ser elencado por meio dos aspectos principais do argumento do então ministro Carlos Ayres Britto, ao afirmar que a soberania do voto popular é exercitada para sufragar candidatos partidários; além disso, tais candidatos, quando eleitos, representam tanto o povo quanto seu partido, de tal modo que o eleitor vota em seu candidato, mas também aufere seu voto no partido político. Sinteticamente, são três os pontos básicos:¹⁶³

- a) O povo é a fonte de todo o poder governamental, exercendo tal poder por meio de representantes eleitos;
- b) A primeira forma de exercício da soberania popular está no sufrágio universal e no voto direto e secreto; e
- c) A filiação partidária é condição *sine qua non* de elegibilidade.

Ditas tais palavras, o Relator proferiu seu voto de maneira afirmativa, reforçando à sociedade a necessidade de garantia da segurança jurídica. Além disso, os demais votos seguiram o mesmo raciocínio do acima elencado. Logo, a Consulta nº 1407 dirigida ao Tribunal Superior Eleitoral foi respondida afirmativamente, sob mesma linha de pensamento da pretérita Consulta nº 1398, definindo, portanto, a “construção” de uma hipótese de perda de cargo através de ato proveniente do Poder Judiciário.

3.2 POLÍTICAS PÚBLICAS E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em se tratando de políticas públicas, há uma enorme gama de julgados que podem ser objeto de análise de um trabalho cujo objetivo seja abordar casos em que tribunais agem de forma ativista, ou ao menos judicializam a política.

Almejando corroborar com a construção da proposta deste manuscrito, o Recurso Extraordinário 592.581 que foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal em meados de 2015 é capaz de demonstrar o atual pensamento da Corte Constitucional

¹⁶³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta nº 1407**. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, 16/10/2007, p. 20.

brasileira em matéria de políticas públicas, sendo considerado um julgado paradigmático no tocante esta matéria.

O Recurso Extraordinário 592.581 pode ser considerado uma peça chave na compreensão do atual pensamento dos tribunais brasileiros (e em especial do STF) quando a matéria discute políticas públicas. No caso em apreço, a discussão chegou à Suprema Corte na condição de repercussão geral para o fim de responder, se em clara situação de afronta a direitos fundamentais, poderia o Poder Judiciário determinar reforma e melhorias em sistema penitenciário.

No que concerne aos fatos oriundos do Recurso Extraordinário em comento, o Estado do Rio Grande do Sul foi em primeiro grau condenado a promover melhorias em face do Albergue Estadual de Uruguaiana, cujas condições eram efetivamente atentatórias à integridade física e moral dos detentos. Ressalta-se que a precariedade deste estabelecimento prisional foi reconhecida no íterim do julgamento pelo próprio recorrido Estado do Rio Grande do Sul. A condenação foi revertida pelo Tribunal de Justiça do Estado sob o fundamento de que eventual reforma no âmbito do sistema penitenciário é fruto do poder discricionário da administração, não podendo o Poder Judiciário intervir nesta seara, especialmente por conta do princípio da reserva do possível. Repete-se trecho do acórdão que desencadeou o julgamento da matéria pelo Supremo Tribunal Federal:

Ao Judiciário não cabe determinar ao Poder Executivo a realização de obras, como pretende o Autor Civil, mesmo pleiteadas a título de direito constitucional do preso, sob pena de fazer as vezes de administrador, imiscuindo-se indevidamente em seara reservada à Administração. Falta aos Juízos, porque situados fora do processo político-administrativo, capacidade funcional de garantir a efetivação de direitos sociais prestacionais, sempre dependentes de condições de natureza econômica ou financeira que longe estão dos fundamentos jurídicos.¹⁶⁴

Nota-se que o TJ/RS examinou a matéria de uma forma não intervencionista/garantista, pautando na Administração Pública o poder efetivo de gerir matérias políticas com base na discricionariedade administrativa e a reserva do possível.¹⁶⁵ Prolatado o acórdão que rejeitou a demanda promovida pelo Ministério

¹⁶⁴ RIO GRANDE DO SUL. Processo n. 70022363717. Relator: Desembargador Genaro José Baroni Borges. Órgão Julgador: Vigésima Primeira Câmara Cível da Comarca de Uruguaiana. 27/02/2008. p. 377-378.

¹⁶⁵ Segundo Luiz Manuel Fonseca Pires, a reserva do possível se divide em aspectos fáticos e aspectos jurídicos. Aspectos fáticos se relacionam no sentido de que há limites materiais aos recursos dos Estados (desde profissionais até recursos financeiros propriamente ditos), o que

Público Estadual, este último interpôs recurso extraordinário visando levar a matéria à Suprema Corte Brasileira.

Apresentados breves apontamentos prévios sobre o processo, importa traçar alguns dos pontos elencados no voto do relator, ministro Ricardo Lewandowski, ao qual se deu pelo provimento do recurso e manutenção da sentença de primeiro grau, com a determinação do Estado do Rio Grande do Sul em promover obras de reforma geral na referida instituição prisional em um prazo de seis meses. O ministro Ricardo Lewandowski entendeu por dar provimento ao recurso apresentado pelo Ministério Público Estadual na base dos pontos centrais que se destacam: a) a dignidade da pessoa humana; b) a inafastabilidade da jurisdição; c) A eficácia dos direitos fundamentais; d) a constatação de violação de regras infraconstitucionais e internacionais; e) a sujeição da matéria ao Judiciário, com consequente intervenção judicial impostergável; e f) os limites à prestação jurisdicional.

É destacado que a dignidade da pessoa humana se erige como um “sobre princípio”, impondo limites à atuação do Estado e agentes, exercendo forte influência no poder punitivo do Estado na qualidade de *ultima ratio* para garantir que os indivíduos convivam pacificamente. Entretanto, as condições suportadas pelos presos no sistema carcerário brasileiro ultrapassam os limites do razoável e acabam gerando abalos físicos, moral e psicológicos, ferindo diversos direitos que não se dizem afetados, como seria o caso da privação de liberdade (ir e vir). Além disso, a pena imposta pelo Estado acaba sendo na prática muito maior, ante toda a situação degradante que os detentos estão expostos, fazendo com que a ressocialização reste prejudicada.

Nas palavras do ministro relator, “a centralidade do valor da dignidade da pessoa humana em nosso sistema constitucional permite a intervenção judicial para que seu conteúdo mínimo seja assegurado aos jurisdicionados em qualquer situação em que estes se encontrem”.¹⁶⁶ Segundo os termos do voto, a inafastabilidade do Poder Judiciário contribui para a observância de situações de desrespeito à

impediria o Poder Judiciário de interferir em políticas públicas a seu gosto. Já os aspectos jurídicos concernem na existência de leis orçamentárias (art. 165 da CF/88) que preveem a aplicação de recursos e que, as intervenções judiciais, iriam na contramão desta legislação e constituiriam atos ilegais. (FONSECA PIRES, Luiz Manuel. **Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2008, p. 288).

¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 592.581**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 13/08/2015, p. 37.

dignidade da pessoa humana, na medida em que o Poder Judiciário exerce, juntamente dos Poderes Executivo e Legislativo, a soberania popular. Ademais, destacou o compromisso dos tribunais em garantir o bem comum, apreciando aquilo que for levado ao conhecimento do Judiciário e contribuindo com o Estado Democrático de Direito.

Para o ministro relator, os direitos fundamentais "longe de configurarem meras recomendações de caráter moral ou ético, consubstanciam regras jurídicas de caráter prescritivo, hierarquicamente superiores às demais (...)".¹⁶⁷ Assim, todo o conjunto estampado na Constituição Federal não perfaz normas de mero caráter programático, mas sim se colocando nos deveres do Estado, com especial ênfase quando os afetados estão sob a guarda deste, como é o caso dos detentos. Reforça que o Poder Judiciário está diante de situação de clara violação de direitos fundamentais de jurisdicionados, e que compete ao Tribunal a efetiva proteção destes.

Observou ainda, que toda a situação em análise caracteriza a infringência tanto de normas internacionais quanto infralegais. A exemplo, a lei de execuções penais garante aos detentos (condenados e presos provisórios) a integridade física e mental, bem como determina que os estabelecimentos prisionais tenham ocupação de acordo com os parâmetros de lotação que lhes são próprios à estrutura e finalidade. No âmbito internacional, o relator traz à análise convenções internacionais que tratam do tema, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos e Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, dispondo que a dignidade deve ser assegurada às pessoas que se encontram na guarda do Estado em estabelecimentos prisionais. Convém observar que o ministro relator relembra que todas essas normas internacionais de direitos humanos foram ratificadas pelo Estado Brasileiro, que por sua vez possuem natureza supralegal, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna.

Por conseguinte, o relator afirma que todo o conjunto acima abordado em tese constitui, no Estado Brasileiro, "letra morta", no tocante a não haver qualquer

¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 592.581**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 13/08/2015, p. 41.

concretude destes direitos àqueles que se encontram aprisionados no sistema penitenciário brasileiro. Outrossim, é tecida crítica ao acórdão reformado pelo Supremo Tribunal Federal, ao ignorar todo este complexo conjunto normativo que irá garantir (ao menos na esfera deontológica) a garantia de direitos fundamentais aos detentos. O acórdão oriundo do TJ/RS optou por apenas abordar a discricionariedade administrativa e o impacto de gastos sem prévia base orçamentária, porém, ignorou todo o mote normativo nacional e internacional que preza, antes de qualquer coisa, a direitos tidos como fundamentais. A decisão em comento é abordada pelo ministro relator como não sendo uma implementação direta pelo Poder Judiciário com base em normas programáticas, mas sim:

Ao revés, trata-se do cumprimento da obrigação mais elementar deste Poder que é justamente a de dar concreção aos direitos fundamentais, abrigados em normas constitucionais, ordinárias, regulamentares e internacionais. A reiterada omissão do Estado brasileiro em oferecer condições de vida minimamente digna aos detentos exige uma intervenção enérgica do Judiciário para que, pelo menos, o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana lhes seja assegurada, não havendo margem para qualquer discricionariedade por parte das autoridades prisionais no tocante a esse tema.¹⁶⁸

Prosseguindo no raciocínio apresentado no julgado em discussão, ao Poder Judiciário não cabe omitir-se quando os órgãos políticos-jurídicos encarregados descumprirem determinações legais que comprometam a eficácia e a integridade de direitos fundamentais individuais ou coletivos.¹⁶⁹ O ministro relator frisa que ao Poder Judiciário não compete intervir de ofício em todas as situações em que direitos fundamentais se vejam em risco, fazendo-se necessária a provocação para que a atuação se coloque como coerente. Nesses casos, aos juízes somente será lícita a intervenção quando flagrante um “não-fazer” comissivo ou omissivo e que coloque em risco classificado como iminente e grave, os jurisdicionados.¹⁷⁰

Ao Judiciário é vedada a implantação de políticas públicas irrestritas e gerais, e qualquer intervenção destas não poderá ter cunho propriamente político.

Não obstante, o que se assevera, com toda a convicção, é que lhe incumbe, em casos como este sob análise, exercer o seu poder contra-majoritário, oferecendo a necessária resistência à opinião pública ou a opções políticas

¹⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 592.581**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 13/08/2015, p. 57.

¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 592.581**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 13/08/2015, p. 57.

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 592.581**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 13/08/2015, p. 62

que caracterizam o pensar de uma maioria de momento, flagrantemente incompatível com os valores e princípios básicos da convivência humana.¹⁷¹

Destarte, para o ministro relator o exercício contramajoritário do Judiciário no caso concreto analisado é a medida mais correta e que resguarda, acima de qualquer outro princípio, direitos fundamentais, onde no caso em apreço é estampado através dignidade da pessoa humana. Acredita ainda, que a decisão na forma prolatada não perfaz um óbice à separação de poderes, considerando que a competência originária do Poder político não restou efetivada. De um modo geral foram abordados os elementos que circundam o voto o ministro relator Ricardo Levandowski, o qual foi manifestado no sentido de conhecer e prover o recurso extraordinário, mantendo a sentença de primeiro grau, decisão esta que foi acatada por unanimidade pela Suprema Corte.

3.3 COMENTÁRIOS ACERCA DAS INTERVENÇÕES JUDICIAIS ANALISADAS: ATIVISMO *VERSUS* JUDICIALIZAÇÃO

A partir da leitura das decisões judiciais apresentadas nas seções anteriores, puderam-se verificar dois cenários em que o Poder Judiciário interviu "politicamente". Apesar de ambos serem precedidos de omissões dos Poderes Executivo e Legislativo, as respostas dadas pelos tribunais foram diversas. No caso da infidelidade partidária, o Poder Judiciário em sua atuação acabou por substituir o legislador ordinário ao criar, por meio de resolução, hipótese de perda de cargo eletivo sem qualquer base constitucional ou infralegal, fundamentando a medida na omissão do legislador. Quanto à decisão do Supremo Tribunal Federal que dispôs sobre políticas públicas, a precariedade de um estabelecimento prisional e a omissão do Poder Executivo na tomada de ações que regularizassem o problema, culminaram na intervenção do Poder Judiciário em política pública cujo reflexo orçamentário foi minorado sob o pretexto da assunção de direitos fundamentais que naquele caso eram indisponíveis.

¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 592.581**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 13/08/2015, p. 62.

Estes dois eventos servem para a seguinte reflexão: a atuação do Poder Judiciário nestes casos concretos desencadeou - sem sombra de dúvida - a judicialização da política, mas seriam casos de ativismo judicial? E mais, apresentada nos itens anteriores toda uma gama de elementos que contribuem para práticas ativistas, a crise de representação estaria sendo preenchida novamente pelo Poder Judiciário?

As composições fáticas de ambos os problemas analisados partem de omissões no cumprimento de demandas originárias dos Poderes majoritários, fator este que foi estritamente reconhecido pelo Poder Judiciário como um dos pontos desencadeadores das intervenções. Apesar disso, embora parta de contextos parecidos, o resultado a partir das decisões do Poder Judiciário se coloca em diferentes planos. Vejamos.

A problemática relativa à infidelidade partidária parte de um cenário onde o legislador não deflagrou o processo legislativo competente a fim de prever a perda do mandato pela saída desarrazoada de agente político da agremiação partidária. Neste contexto, o Tribunal Superior Eleitoral em resolução declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, regeu a perda do mandato em tais situações. Para a Suprema Corte, um dos fatores deflagradores desta manobra jurisdicional foi a citada omissão do Poder Legislativo na regulamentação da matéria, sendo a resolução editada pelo Tribunal Superior Eleitoral de caráter temporário e excepcional enquanto estiver figurado o declínio do Legislativo na discussão da matéria.¹⁷²

Consequentemente, o Poder Judiciário ao tratar de matéria cuja competência é do Poder Legislativo, fez às vezes do legislador ordinário, conforme afirma Cerqueira, “o TSE (...) atuou como legislador positivo constitucional, adiantando a

¹⁷² AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL 22.610/2007 e 22.733/2008. DISCIPLINA DOS PROCEDIMENTOS DE JUSTIFICAÇÃO DA DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA E DA PERDA DO CARGO ELETIVO. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. 1. Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008, que disciplinam a perda do cargo eletivo e o processo de justificação da desfiliação partidária (...). 3. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 reconheceu a existência do dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária. Ressalva do entendimento então manifestado pelo ministro-relator. 4. Não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever um instrumento para assegurá-lo. 5. As resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão-somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar.

Reforma Política, criando uma hipertrofia e invadindo espaço do Poder Legislativo, violando a harmonia do sistema do *checks and balances* previsto no art. 2º da CF/88".¹⁷³

A questão é, qual seria o limite do Poder Judiciário na transferência de atribuições majoritárias provenientes de representação? A conduta tomada pela Corte desencadeia uma séria de problemas, em função de gerar desequilíbrio entre os Poderes ao passo que o Judiciário passa a assumir o papel de legislador, criando o direito. Para Mauro Cappelletti e em um plano abstrato, apesar de o Poder Judiciário ser chamado a interpretar, orientar, esclarecer, integrar e plasmar o direito, não o faz na qualidade de legislador. Isso porque, a partir de todas estas funções provenientes da jurisdição, os tribunais e juízes criam o direito, mas não como legisladores em função típica.¹⁷⁴

Entretanto, o caso concreto da infidelidade partidária diz o contrário. Em que pese o Poder Judiciário ter sido "provocado" por meio das consultas e posteriormente, por meio de mandados de segurança e ação declaratória de inconstitucionalidade, a edição de resolução como a ora estudada remete a atuação do Poder Judiciário como um legislador ordinário. Desta feita, se as formas padrão de atuação dos tribunais são reconhecidas por Cappelletti como típicas da criação do direito (mas não como uma criação originária), a situação em debate remete à uma prática ativista, considerando que se parte de uma perspectiva de atuação do Poder Judiciário em cenário alheio a seu fim, consoante será adiante estudado.

No ensejo das políticas públicas e do julgamento do recurso extraordinário 592.581, o comportamento jurisdicional aplicado é distinto, não somente por razão da matéria, mas principalmente pelo explícito baluarte de direitos fundamentais da Constituição. Aqui o julgador não precisou se colocar na função de legislador, vez que há um grande encarte de direitos já estabelecidos, como o caso da dignidade da pessoa humana, direito este que serviu de diretriz na análise do julgado em debate. Se o Poder Judiciário não interviu "legislando", atuou em área própria do Poder Executivo, determinando a implantação de política pública que não se apresentou no

¹⁷³ CERQUEIRA, Thales Tácito de Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA, Camila de Albuquerque Pontes Luz de Pádua. **Fidelidade partidária e perda do mandato no Brasil**. São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 251.

¹⁷⁴ CAPPELLETTI, Mauro. op. cit., p. 73.

orçamento vigente, contradizendo eventual plano de governo, visualizando assim que o Poder Judiciário nesta égide estaria "administrando". Entretanto, a discricionariedade administrativa do agente político é alocada em qual plano no amparo desta decisão do Supremo Tribunal Federal?

Discricionariedade é tema no âmbito do direito administrativo que recorda um poder de escolha por parte do gestor. A doutrina irá colacionar à discricionariedade diversas definições, que irão caminhar em torno dos mais variados temas, como por exemplo a sua aplicabilidade em regulamentos e atos administrativos, apreciações técnicas, princípios da Administração Pública e eventuais desvios de finalidade, atos políticos e finalmente, políticas públicas.

Na forma do que defende Luiz Manuel Fonseca Pires, a discricionariedade apesar de trazer ao leitor uma ideia de poder decisório de escolha, sempre será juridicamente vinculada, perfazendo um ato ditado no exercício de faculdades regradadas, não se tratando de um poder livre.¹⁷⁵ O mesmo autor prossegue distinguindo que a discricionariedade é um ato sempre vinculado, eis que não está isento de determinações legais: "Pois cuida de estabelecer atribuições, estas atribuições, por sua vez, podem ou franquear a possibilidade de a Administração Pública optar por uma dentre duas ou mais opções igualmente legítimas, ou podem definir, previamente, uma única opção possível."¹⁷⁶

Nesta senda, pode-se compreender que a discricionariedade não se trata de um poder ilimitado do gestor em tomar as decisões de forma indeterminada, pelo contrário, da mesma maneira que atos vinculados possuem suas regulamentações, os atos discricionários são igualmente vinculados em sua esfera de permissibilidade. É o que ensina Fernando Saiz Moreno, ao trabalhar o sentido de discricionariedade que se reduz à aplicação de critérios não jurídicos, ao passo que o critério de decisão sai da esfera jurídica e passa a ser política.¹⁷⁷ Destarte, como derradeiro

¹⁷⁵ FONSECA PIRES, Luiz Manuel. **Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2008, p. 149.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 149.

¹⁷⁷ SAIZ MORENO, Fernando. **Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa**. Madrid: Civitas, 1976, p. 312.

conceito, a decisão discricionária se dá quando ocorrem numa órbita de duas ou mais soluções, sendo todas igualmente válidas para o direito.¹⁷⁸

Isto posto, respeitados os ditames legais e as peculiaridades do ato discricionário que será restrito a um número determinado de opções (que para a lei terão pesos iguais) e que importará uma escolha através de decisão política, a intervenção do Poder Judiciário neste campo parece ser controversa. No entanto, é necessário observar que a intervenção do Poder Judiciário no caso em comento visou o atingimento de bens fundamentais que estavam seriamente afrontados.

Esta condução política, qual seja, a não aplicação de recursos naquele estabelecimento prisional, estava infringindo de maneira incontroversa direitos fundamentais estampados na Constituição, normas internacionais e a legislação ordinária, como por exemplo, a lei de execuções penais. Todo este mote legislativo no caso concreto estava sendo desconsiderado, sob o simples argumento de que além das opções políticas serem discricionárias no caso, não havia recursos para tanto, momento este que se invocou a reserva do possível.

A intervenção judicial neste caso emana-se em caso típico de judicialização da política, especialmente por, mais uma vez, ser vislumbrada através de omissões na condução do governo por agentes eleitos, obrigando o Poder Judiciário, quando instado, a se manifestar de forma prospectiva e buscar a melhor adequação do caso concreto. Aliás, partidos políticos que conduzem seus programas estatutários a defesa de direitos individuais e coletivos, sequer intervêm junto ao agente eleito na correção desta disfunção. Aqui se reforça que a atuação dos juízes e tribunais nesta matéria possui como diferencial o ataque direto à direitos fundamentais, e que será discutido ainda neste capítulo.

Conquanto a judicialização de políticas públicas, ao menos no caso examinado, não aparenta perfazer caso ativista, o mesmo não se apresenta quando abordados os elementos dogmáticos da infidelidade partidária. É a partir desta discussão que adiante será discorrido, buscando além de trazer uma conceptualização do ativismo judicial, abordar eventuais limites à atuação do Poder Judiciário. Ademais, em momento derradeiro, enfrentar qual o papel dos partidos

¹⁷⁸ Ibidem, p. 304.

políticos em toda esta problemática e averiguar quais são as dificuldades que o ativismo judicial pode propagar em um regime democrático.

3.4 ATIVISMO JUDICIAL E SEUS CONTRAPONTOS: ASCENÇÃO DE UMA NOVA DEMOCRACIA E UMA NOVA TEORIA DOS PODERES?

Independente do viés conceitual adotado para a definição de ativismo judicial, sua teoria desaguará em dois problemas: primeiro, questiona-se uma possível mácula no desenvolvimento da democracia majoritária e da respectiva soberania popular, características estas próprias do Estado Democrático como visto no capítulo primeiro, ao passo que juízes acabam por interferir em decisões de cunho exclusivamente político, estabelecendo assim uma possível ditadura de minorias; segundo, a clássica teoria da separação de poderes, igualmente vista no primeiro capítulo, que há séculos vem sendo desenvolvida e parece ser ultrajada com as práticas ativistas, considerando que suspeita-se que a harmonia e a ausência de hierarquia entre os poderes é sorrateiramente quebrada.¹⁷⁹

Por haver argumentos que pendem à ambos os lados, sejam eles favoráveis ou contrários às práticas ativistas, necessário apresentar - ainda que sem o intuito de esgotamento do tema - as principais premissas sustentadas pela doutrina. Focaliza-se a importância nesta abordagem, uma vez que esta análise dispositiva permitirá o desenvolvimento da conclusão, cujo direcionamento é prioritariamente crítico.

O Poder Judiciário em uma leitura ativista resulta em uma grande dúvida: não seria a soberania popular afrontada, na medida em que juízes e tribunais interferindo em questões que deveriam, *prima facie*, ser resolvidas por órgãos e agentes representativos? O Poder Judiciário pode substituir as prerrogativas de agentes eleitos ao pautar suas decisões?

¹⁷⁹ Reconhece-se desde logo que podem haver outros problemas desenvolvidos por conta desta hipertrofia do Poder Judiciário, entretanto, a título de recorte, destaca-se que os problemas levantados neste trabalho se limitarão à abordagem dos dois cenários informados, quais sejam, a teoria democrática clássica e a separação de poderes.

As considerações feitas nesta dissertação acerca das bases teóricas de uma democracia representativa, expostas no capítulo primeiro, nos levam a concluir que esta transferência de responsabilidades aos "representantes" eleitos é procedimento próprio do regime democrático. Por assim dizer, deixa-se a cargo dos agentes políticos as tomadas de decisões de cunho político, nos quais se encontram questões de criação legislativa e administração pública.

Voltando à atuação do Poder Judiciário, se este passa a interferir (ou até mesmo a agir proativamente) à revelia dos Poderes representativos, a doutrina mais crítica (Stuart Lakin, Pietro Costa, Gisele Cittadino, Strapazzon e Goldschmidt, Janet Hiebert, entre outros) irá entender que o abalroamento de funções institucionais de ordem primária dos Poderes Legislativo e Executivo pelo Poder Judiciário podem ser medidas atentatórias ao desenvolvimento de um regime democrático pleno, tendo em vista que a soberania popular acaba sendo assolapada. Stuart Lakin aduziu que o tema permite a assunção de argumentação contrária a este novo cenário do Judiciário, através do pensamento de que a tarefa de "criar" a lei deveria ser guardada originariamente ao parlamento.¹⁸⁰

Portanto, há notadamente a existência de uma tensão entre este moderno procedimento jurisdicional e aspectos dogmáticos de um regime democrático, donde se destacam a soberania e a separação de poderes. O Poder Judiciário ativista tem como resultado decisões consideradas contramajoritárias, pois há interferência clara em matérias representativas, eis que tais encaminhamentos deveriam ser tomados por agentes designados pelo povo via sufrágio eleitoral.

Pietro Costa reconhece a dificuldade entre a compatibilidade recíproca entre a soberania popular, separação de poderes e a aplicação dos direitos fundamentais do Estado por outros Poderes que senão o legítimo, vez que a soberania do povo e os direitos fundamentais dos sujeitos são ambos princípios irrenunciáveis e que por tal razão, a convivência de dois 'absolutos' princípios gera uma tensão não facilmente superável.¹⁸¹

¹⁸⁰ LAKIN, Stuart. **Debunking the Idea of Parliamentary Sovereignty: The Controlling Factor of Legality in the British Constitution**. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 28, No. 4 (2008), pp. 709–734, doi:10.1093/ojls/gqn019, p. 732.

¹⁸¹ COSTA, Pietro. **Soberania, Representação, Democracia: Ensaio de História do Pensamento Jurídico**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 232.

A despeito do tema, Gisele Cittadino demonstra sua preocupação com o fenômeno, por considerar perceptível a transferência destas atribuições/prerrogativas ao Poder Judiciário. Necessário reforçar que este fenômeno não poderia ocorrer de forma contínua, sob as penas de sacrificar os poderes políticos e fazer surgir, um poder técnico-político que irá descompensar a equidade dos poderes.

Afinal, ainda que o ativismo judicial transforme em questão problemática os princípios da separação de poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário e, ao mesmo tempo, inaugure um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas, isso não significa que os processos deliberativos democráticos devam conduzir as instituições judiciais, transformando os tribunais em regentes republicanos das liberdades positivas dos cidadãos.¹⁸²

Extraí-se nesta senda, que o Poder Judiciário não pode ser palco de processos deliberativos democráticos à custa dos Poderes representativos, especialmente pelo fato que ali são disseminadas decisões de caráter contramajoritário, ou seja, decisões que não representam a vontade da maioria. Se decisões deste tipo fossem consideradas válidas, todo o sistema representativo estaria sendo desafiado.

Strapazzon e Goldschmidt ao trabalharem os entornos dos perigos que ativismo judicial pode oferecer ao estabelecimento democrático, apresentam um olhar crítico da matéria, especialmente pela tentativa deste movimento em impor decisões em um campo que deveria ser cunhado por manifestações majoritárias.

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.¹⁸³

¹⁸² CITTADINO, Gisele. **Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia**. Revista ALCEU. v.08 – nº 09. jul-dez. 2004. p. 105-112.

¹⁸³ STRAPAZZON, Carlos Luiz; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Teoria constitucional e ativismo político: Problemas de teoria e de prática com direitos fundamentais sociais**. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, [S.l.], v. 43, n. 119, p. 567 - 624, mar. 2014. ISSN 0120-3886. Disponível em: <<https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/2359>>. Acesso em: 03 set. 2018, p. 451-452.

Por conseguinte, Humberto Ávila pondera que em situações complexas e que sejam possíveis muitas respostas, é no Poder Legislativo onde poderá ser alcançada a maior participação e a consideração da opinião da sociedade.¹⁸⁴

A separação de poderes em sua tradicional leitura também vem a ser, para parte da doutrina, acanhada pelo Poder Judiciário. Medidas ativistas superam os limites do sistema *checks and balances* e fazem da ausência de hierarquia entre os poderes e sua respectiva harmonia, medidas não mais existentes em um plano prático. Daniel Sarmiento enfrentado a face crítica deste movimento, afirma que a segurança jurídica é colocada em risco, tendo em vista que o decisionismo envolto neste procedimento jurisdicional abre espaços para que juízes e tribunais imponham suas preferências em detrimento da vontade representada por atores políticos. A separação de poderes para Sarmiento é, de maneira similar, afrontada por práticas deste importe, especialmente por diluir as fronteiras funcionais dos poderes da república, o que compromete o conhecimento público da interpretação do ordenamento jurídico vigente.¹⁸⁵

Kim Lane Scheppele, em seu texto *Democracy by Judiciary*, orienta que o grande receio de todo este processo da juridificação política seja que o Judiciário usurpe o poder político de instituições democráticas, o que com o tempo pode tomar um aspecto definitivo.

¹⁸⁴ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. Revista eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009, p. 18-19, Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 27 out. 2017.

¹⁸⁵ “E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do "oba-oba". Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça -, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta "euforia" com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras "varinhas de condão": com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico”. (SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 144.)

The big worry in democratic regimes, then, is that these non-elected judges will usurp political power that should be reserved for the electorally accountable institutions. Judges can get too full of themselves and step in inappropriately – either before a political issue has been through the proper political process or after a political issue has been satisfactorily resolved in a political manner only to be unsettled by judicial second-guessing that upsets the fragile politics of the issue.¹⁸⁶

Por fim, de acordo com Janet Hiebert, o Poder Judiciário não possui a competência¹⁸⁷ e conhecimentos necessários para agir na seara política pura e simples, o que pode além de afrontar o sistema democrático vigente, desencadear problemas sociais.¹⁸⁸

When the judiciary acts in this manner, it is engaging in policy analysis pure and simple. And yet judges lack a policy background and access to resources that allow for informed evaluations of complex policy options. No matter how eminent judges are, no matter how principled in interpreting the Charter, policy analysis is not where their training and expertise lie.¹⁸⁹

Diante de todo o acervo crítico ao posicionamento político do Poder Judiciário, é possível concluir que a condução por tribunais de decisões que intervenham (politicamente) tanto em legislações, quanto na administração, vem a modificar de forma antidemocrática a tradicional separação de poderes, levando a soberania popular à um patamar de ignorância.

¹⁸⁶ SCHEPPELE, Kin L. **Democracy by Judiciary (Or Why Courts Can Sometimes Be More Democratic than Parliaments)**. In Wojciech Sadurski, Martin Krygier and Adam Czarnota (eds.), *Rethinking the Rule of Law in Post-Communist Europe: Past Legacies, Institutional Innovations, and Constitutional Discourses* (Central European University Press, 2005. p. 03.

¹⁸⁷ Exemplo disso é perfeitamente ilustrado no caso relatado por Janet. L. Hiebert em "Choices, courts e legislatures", ao abordar o famoso caso do tabaco no Canadá. Em poucas palavras, relatou a autora que após o governo editar normas cujo objetivo era desestimular o uso do tabaco (a partir de mensagens na própria embalagem onde constaria que o produto causaria danos e proibindo a promoção e anúncio destes produtos) em especial quanto ao público mais jovem e vulnerável, a Suprema Corte Canadense interferiu na matéria por entender que havia uma clara afronta à liberdade de expressão. Ocorre que o tribunal dispôs que legislação não se deu com base em evidências lógicas, diretas e racionais, defendendo que o governo não poderia tomar uma ação deste importe por mera intuição. O problema aqui constatado é que o Judiciário respondeu a demanda majoritária a partir de suposições, visto não possuírem know-how da matéria. Por essas razões, a conclusão da autora é de leitura obrigatória: "It is important to emphasize the consequences of this judicial approach. Stated simply, the more broadly that courts interpret rights, the more often judges will be required to don the hat of the policy analyst and assess the reasonableness of the means chosen to pursue social policy. When the judiciary acts in this manner, it is engaging in policy analysis pure and simple. And yet judges lack a policy background and access to resources that allow for informed evaluations of complex policy options. No matter how eminent judges are, no matter how principled in interpreting the Charter, policy analysis is not where their training and expertise lie". (HIEBERT, op. cit., p. 13.)

¹⁸⁸ Ver Jornal O Estado de S. Paulo, edição de 03 de junho de 2013: "De janeiro a abril, a Prefeitura de São Paulo recebeu 7.408 decisões judiciais obrigando a matrícula de crianças em creches. Para isso, seriam necessárias 37 novas unidades. A fila por vaga na cidade é de 111 mil crianças. (Págs. 1 e Metrópole A14)".

¹⁸⁹ HIEBERT, Janet L. **Wrestling with Rights: Judges, Parliament and the Making of Social Policy**. Queens University. Vol. 5, no 3, jun. 1999, ISSN 0711-0677. p. 13.

A transferência da política à tribunais e juízes pode se mostrar deverás problemática,¹⁹⁰ especialmente quando observado o descrédito que recai sob as instituições representativas, como o Poder Executivo e Legislativo. A expansão do Poder Judiciário nesta esquelha ativista não irá tornar o ambiente político suscetível de mudanças, tendo em vista que os tribunais simplesmente assumem novas responsabilidades que, em determinados casos passam a ser deixadas pelos agentes representativos a cargo do Judiciário, como foi o caso anteriormente abordado no caso da infidelidade partidária, no qual matérias são simplesmente deixadas à revelia com o objetivo de se eximir de impactos políticos indesejados.¹⁹¹

De outro lado, autores de igual renome (Estefânia Barboza, Kim Lane Scheppele, Mauro Capelleti, entre outros) avaliam a situação em comento sob uma ótica oposta. Para eles, o exercício de uma jurisdição ativista, ou ao menos a judicialização da política, não figura como uma das mazelas da democracia. Exemplo disso é o que afirma Bruce Ackerman: “a Suprema Corte, no seu exercício

¹⁹⁰ Exemplo disso, extrai-se do ocorrido no século XX na Hungria, onde a corte constitucional local assumiu o posto de legislador e quando não elaborou leis, indicava ao Poder Legislativo todos os caminhos necessários para tanto, influenciando inclusive na redação da lei. A maior parte da agenda política era realizada pelo Tribunal, onde o Estado era, na ocasião, governado basicamente pelo Poder Judiciário, fazendo com que a separação de poderes fosse claramente questionada: "The Court had spent its first few months before the first election and a substantial amount of its case load shortly after the first election dismantling many of the dysfunctional leftovers of the communist state. The Court required that the ministry of justice no longer control the court system and that there be judicial review of every administrative decision. The Court ordered the state surveillance system to be disabled by mandating that there could no longer be a personal identifier number to which all state records would be attached and by introducing a strong system of data privacy. The Court abolished the death penalty and some late communist-era taxes. The Court required that the state not be allowed to appeal cases against the wishes of the parties to a lawsuit. The Court was very active in a great many different areas, and in general its decisions were both followed and respected. (...) If presidentialism identifies the president as the strongest power in government, and parliamentarism identifies the parliament as the institution that has the most weight in policy making, courtism (or courtocracy) identifies the judiciary as the branch with the most power and the final word. Though in Hungary only the Parliament could make the laws, the Constitutional Court always had the last say, and the Court struck down laws early and often, sending them back to the Parliament with explicit instructions on how the laws had to be rewritten. Moreover, since the Court had the power to order Parliament directly to pass laws on subjects that it had not yet considered, a great deal of the Parliament's agenda turned out to be simply complying with Court decisions. Hungary was more nearly a country run by a court than it was a country run by any other institution". (SCHEPPELE, op. cit., p. 13)

¹⁹¹ Esse argumento é apresentando na introdução do texto *Supremocracia*, de Oscar Vilhena: "Uma segunda corrente enxerga a ampliação do papel do direito e do judiciário como uma decorrência da retração do sistema representativo e de sua incapacidade de cumprir as promessas de justiça e igualdade, inerentes ao ideal democrático e incorporadas nas constituições contemporâneas. Neste momento, recorre-se ao judiciário como guardião último dos ideais democráticos. O que gera, evidentemente, uma situação paradoxal, pois, ao buscar suprir as lacunas deixadas pelo sistema representativo, o judiciário apenas contribui para a ampliação da própria crise de autoridade da democracia". (IEIRA, op. cit., p. 443)

interpretativo, torna-se um aspecto fundamental de empreendimento da soberania popular voltada para o futuro".¹⁹²

Estefânia Maria De Queiroz Barboza, em sua obra "Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica", declara que "nos países da América Latina, do Leste Europeu e a África do Sul, a adoção do constitucionalismo se dá com a implementação de regimes democráticos após um longo período de governos ditatoriais. Um judiciário forte aparece, assim, como garantia de novos arranjos democráticos".¹⁹³

Corroborando este pensamento que trata de um Poder Judiciário forte, Kim Lane Scheppelle aponta a visão de que práticas desta natureza poderão assegurar o correto funcionamento dos demais Poderes, evitando seu descontrole, garantindo a sobrevivência do regime democrático e resguardando os interesses de minorias.

The standard rationales for giving judges this power is that the judges are in the best position (precisely because they are politically insulated) to protect the survival of both democratic institutions and minority rights from the populism of the majority. Judges, as a result, can themselves insulate democratic institutions from elected officials who may run amok.¹⁹⁴

Extrai-se destes autores que a condução política pelo Poder Judiciário é fruto de um processo democrático, que visa garantir às instituições seu correto funcionamento e acima de tudo, garantir a soberania popular. Ao contrário dos críticos, o Poder Judiciário que se coloca como um órgão garantidor e interventor de políticas corrobora à manutenção do regime democrático, atendendo ao equilíbrio entre os Poderes e ao atingimento das finalidades do Estado.

Mauro Capelleti contra argumenta as críticas acima dispostas dividindo sua argumentação em cinco pontos relevantes. Vejamos cada qual mais detalhadamente. Em primeiro lugar, Capelleti afasta o que lhe é chamado de utopia ocidental a respeito de que o Poder Judiciário adentrando em esferas políticas seria movimento atentatório à democracia. Para o autor, a liderança legislativa e executiva não necessariamente irá perfazer um paradigma da democracia representativa, isto

¹⁹² ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano: Fundamentos do Direito Constitucional**. Mauro Raposo de Mello (Trad.). Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 369.

¹⁹³ BARBOZA, op. cit. p. 90.

¹⁹⁴ SCHEPPELE, op. cit. p. 04.

porque nem sempre as decisões majoritárias irão ser tomadas de acordo com os interesses da maioria.¹⁹⁵

Neste mesmo sentido, o conhecido descrédito das instituições eletivas potencializa a ascensão de tribunais e juízes como figuras mais valorosas, cujas decisões são muito mais bem recebidas que as tomadas no campo tradicionalmente político por suspeitar que estas, nem sempre, irão pautar-se sob o intento coletivo.

These institutions do not always represent the interests of the public, because the mechanisms through which such interests would be aggregated and expressed are not well-established at election time. (...) As a result, it may be that what matters in the post-soviet world is not only a formal commitment to the results of the flawed elections in the new democracies, but also a substantive commitment to democratic values.¹⁹⁶

Um segundo argumento do autor pousa no fato que, diferentemente do que os críticos afirmam, o Poder Judiciário é muito mais democrático do que aparenta. Impende observar que, para o autor, o Judiciário busca assegurar ao público que suas decisões não sejam tomadas pela mera subjetividade dos julgadores, mas sim se colocando em grau de exposição e de cobrança muito mais elevado que os demais Poderes, fatores estes que podem o tornar muito mais suscetível de "responsabilidade" perante a comunidade do que os Poderes representativos (majoritários).¹⁹⁷

O terceiro argumento apresentado por Capelleti se traduz através da possibilidade dos tribunais em garantir voz às minorias, ou seja, dar efetividade e proteção a grupos que originariamente não estariam em condições de obter acesso ao processo político. Grupos que em tese são marginalizados e que dos poderes políticos não poderiam esperar respostas ou soluções ao apresentado, possuem expectativa de no Judiciário encontrar um posicionamento muito mais favorável, servindo a Corte como um mecanismo garantidor de direitos destes grupos.¹⁹⁸

Em quarto lugar, é apresentado por Capelleti o argumento de que algumas características específicas que revestem o Poder Judiciário lhe garantem a devida legitimidade democrática. Seriam elas, o princípio da inércia, onde a atividade jurisdicional não pode ser exercida a não ser a pedido da parte interessada e a

¹⁹⁵ CAPELLETI, op. cit., p. 94-96.

¹⁹⁶ SCHEPPELE, op. cit., p. 10.

¹⁹⁷ CAPELLETI, op. cit., p. 96-98.

¹⁹⁸ Ibidem, p. 99-100.

garantia do contraditório às partes, fazendo com que o juiz não fique sujeito a pressões parcializadas de interesses particulares. Além destes dois pontos, Capelleti recorda que nos países de tradição *civil law*, o direito é frequentemente identificado com a lei, cuja qual se coloca como sendo uma vontade majoritária e que está na base de democracia. E por a lei ser uma espécie de “mito”, muitas vezes necessita ser interpretada visando à aplicação em dado caso concreto, culminando no fato de que a interpretação judiciária sempre acabará sendo em partes criativa, fenômeno este que não deixa de ser baseado na lei.¹⁹⁹

Para reforçar o argumento de Capelleti, destaca-se: "Neste sentido, pelo menos, a produção judiciária do direito tem a potencialidade de ser altamente democrática, vizinha e sensível às necessidades da população e às aspirações sociais".²⁰⁰ Ainda que o Poder Judiciário participe da interpretação da legislação, este procedimento não garante uma produção contramajoritária da lei, tendo em vista que a "última palavra" na criação²⁰¹ do direito pertence - no dizer de Mauro Capelleti - à vontade majoritária por meio da legislação ordinária e/ou constitucional, cujo qual deve respeitar o processo legislativo padrão.²⁰²

Por último, como quinto elemento que busca revestir a atividade jurisdicional sob um viés político, se coloca na defesa de direitos e liberdades fundamentais, ponto este que será inclusive abordado em item deste terceiro capítulo. Isso porque, a preservação destes bens fundamentais acaba exigindo uma nova forma de concentração de poder, distribuindo o poder de forma a não o eliminar. Para o autor, este processo é a materialização do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*).²⁰³

¹⁹⁹ Ibidem, p. 100-102.

²⁰⁰ Ibidem, p. 105.

²⁰¹ O autor dispõe ainda, que para todo este processo se figurar como democrático, é necessário um olhar atento nos critérios de seleção de juizes, devendo ser aberto a todos os extratos da população, ainda que inevitáveis exigências de uma escolaridade mínima. Não obstante, o acesso aos tribunais deve ser garantido a todos. Em resumo, para nos depararmos com um Judiciário “democrático”, deve ser encontrado um duplo cenário: acesso e educação. (CAPPELLETI, op. cit. p. 105-106)

²⁰² Ibidem, p. 103.

²⁰³ Para Andrei Koerner, resumindo os elementos favoráveis à um Poder Judiciário ativista, pode-se destacar: "Outra abordagem considerou que houve a passagem de uma democracia majoritária, com a participação centrada em eleições e as decisões políticas no Parlamento, em que as normas e os princípios constitucionais seriam da ordem de garantias de direitos individuais, para uma democracia funcional, com a participação ampliada em diversos espaços da sociedade civil e do Estado, em que as normas constitucionais seriam a formulação de objetivos comuns voltados à promoção de direitos individuais e coletivos. O maior protagonismo dos tribunais em relação a temas sociais e políticos

De um modo geral, os argumentos colacionados por Cappelletti nos dão uma visão daquilo que, nos dias atuais, transparece a discussão acerca da atuação do Poder Judiciário em espaços típicos de agentes majoritários. Sua visão caminha em lacunas que buscam garantir aos tribunais uma atuação paralela e que se relacione à política, visando resguardar interesses de minorias e garantir o acesso de todos aos institutos do Poder Público. Um importante ponto levantado por Cappelletti é colocado também, na atuação do Poder Judiciário quando o bem em discussão se tratar de direitos e liberdades fundamentais.²⁰⁴

Parcela da doutrina irá se posicionar quanto ao panorama jurisdicional como tendo uma efetiva linha demarcatória: direitos fundamentais. Dentre os autores estão Estefânia Barbosa, Daniel Giotti, Orides Mezzaroba e Carlos Luiz Strapazzon, entre outros). Quando o caso concreto demandar a eficácia de direitos e liberdades fundamentais, haverá certa tolerância para a atuação do Poder Judiciário além de seus limites preambulares.

Este posicionamento ganha força a partir de uma análise das cartas constitucionais pós-segunda guerra mundial, aos quais foram revestidas de grande gama de direitos e garantias aos indivíduos, fato este já abordado no presente trabalho. Os direitos fundamentais passam a ser considerados como fatores que vinculam a atividade do Estado, não excluindo a atividade política do exercício de concretização desta ampla cadeia de direitos. Conforme elenca Estefânia Maria de Queiroz Barbosa:

Deste modo é que surgem, no pós-guerra, as constituições democráticas. Para limitar o poder político, os novos documentos constitucionais apresentam instituições, processos e normas constitucionais com largo rol de direitos fundamentais protegidos contra as maiorias eventuais,

seria positivo para a maior efetividade dos direitos e o fortalecimento da democracia. O STF viria "concretizando, progressivamente, a mutação concebida pelo constituinte de 1988". (KOERNER, op. cit., 75.)

²⁰⁴ Conforme dispõe Strapazzon e Goldschmidt, "na realidade, decisões judiciais erradas (CRFB Art. 5o. LXXV) não deveriam ser denominadas de ativistas. O erro pode sim ser denominado de ilícito ou de inconstitucionalidade. Mas não de ativismo. A decisão judicial que viola o direito ao igual tratamento das leis e dos Tribunais ou que viola uma Súmula Vinculante, em idêntico tema, deve ser considerada, simplesmente, como inválida e errada. O termo ativista, nesses contextos, em nada aprimora o entendimento do que é o direito, nem do que é o ativismo". (STRAPAZZON, Carlos Luiz; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Teoria constitucional e ativismo político: Problemas de teoria e de prática com direitos fundamentais sociais**. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, [S.l.], v. 43, n. 119, p. 567 - 624, mar. 2014. ISSN 0120-3886. Disponível em: <<https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/2359>>. Acesso em: 03 set. 2018. p. 600).

estabelecendo a dignidade da pessoa humana como valor supremo a ser respeitado por todos os órgãos do governo incluindo aí o Parlamento.²⁰⁵

É neste raciocínio também que Daniel Giotti de Paula aborda o surgimento de direitos fundamentais nas Constituições e a paralela atuação do Poder Judiciário no sentido de resguardá-los. Verifica-se que a proliferação de direitos fundamentais nestas Cartas Constitucionais e a colisão com princípios que sejam originários destas, acarretam em uma elevada exigência social no cumprimento de direitos fundamentais que, para tanto, demandam uma concepção de separação de poderes inovadora. A tradicional separação entre o direito e política passa a ser apresentada em um campo de conexão para bom funcionamento do Estado.²⁰⁶

O cenário que envolve direitos fundamentais e sua possível concretização coercitiva pelos tribunais demanda uma atuação própria: "o juiz assume, então, o papel de manter os equilíbrios sociais, ponderando os interesses e definindo soluções aceitáveis socialmente".²⁰⁷ Orides Mezzaroba e Carlos Luiz Strapazzon alegam que, apesar de defender a diferenciação das funções institucionais dos agentes eleitos e juízes, estes últimos quando obrigados a interferir em determinadas políticas, deverão decidir visando sempre a proteção dos bens constitucionais (direitos fundamentais).

Os direitos fundamentais podem ser considerados elementos que criam permissibilidade na intervenção de juízes e tribunais quando constatada falha, omissão ou descumprimento. Aqui as características do neoconstitucionalismo novamente ganham forma e reforçam esta atuação, entretanto, por já ter abordado neste capítulo acerca da potencialidade desta corrente hermenêutica, deixa-se de enfrentar novamente a discussão.

Importante enfatizar que na égide desta doutrina, o Poder Judiciário possui aval para agir no percurso próprio dos demais Poderes quando constatar ameaça ou afronta a direitos fundamentais. Assim, esta atuação é considerada como um ponto nodal deste procedimento jurisdicional, na medida em que atuação que supere direitos fundamentais poderá ser ainda mais questionada. A busca pela eficácia de

²⁰⁵ BARBOZA, op. cit., p. 82.

²⁰⁶ PAULA, DANIEL GIOTTI DE. Ainda Existe Separação de Poderes? A Invasão da Política pelo Direito no Contexto do Ativismo Judicial e da Judicialização da Política. In: _____ (org.) **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador. Jus Podivm. 2011.

²⁰⁷ Ibidem, p. 94.

direitos essenciais resgata a essência da própria democracia, onde o resguardo ao Estado de Direito depende da concretização dos direitos nele encartados.

É o que diz Conrado Hubner Mendes ao defender que o regime democrático não pode ofertar riscos a direitos fundamentais. Para tanto, a relação entre o controle jurisdicional e a proteção de direitos fundamentais passa a ser observada como um composto "interdependente", garantindo nesta visão estabilidade democrática, pois os interesses de uma maioria não irão se sobrepor aos da minoria de forma arbitrária e desprovida da possibilidade de análise por tribunais. Por assim dizer, o Judiciário coloca em prática este exercício tido como democrático, zelando por direitos fundamentais e pelas minorias politicamente não representadas.²⁰⁸

Para Luiz Werneck Vianna et al., direitos fundamentais são um dos elementos propulsores do enfrentamento pelo Judiciário em matérias tidas como políticas: "Trazendo à luz Constituições informadas pelo princípio da positivação dos direitos fundamentais, estariam no cerne do processo de redefinição das relações entre os três Poderes, ensejando a inclusão do Poder Judiciário no espaço da política".²⁰⁹

Toda esta discussão nos recorda os dois casos práticos enfrentados no início deste capítulo. Quando da abordagem do Recurso Extraordinário 592.581, verificou-se que o Supremo Tribunal Federal agiu com o intuito de garantir aos indivíduos detidos no Sistema Penitenciário de Uruguaiana o acesso mínimo à direitos fundamentais, que no caso em questão tratava-se, ao menos, da dignidade da pessoa humana. A citada intervenção se deu com o escopo de neutralizar omissão do Estado e garantir, em clara troca de funções, o restabelecimento de um direito fundante cuja plenitude deveria ser assegurada.

De outro lado, quanto ao caso concreto que desencadeou o instituto da infidelidade partidária, acabou por não observar propriamente o acesso à direitos fundamentais de terceiros. A criação pelo Poder Judiciário de "legislação" de tal natureza, teve como consequência afrontar – diretamente – direitos fundamentais dos agentes que são eleitos, haja vista que estes perdem (ou correm sério risco) os

²⁰⁸ MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 8.

²⁰⁹ VIANNA, Werneck; CARVALHO, Maria Alice R. de; MELO, Manuel P. Cunha; BARGOS, Marcelo B. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 22.

cargos eleitos por conduta que não foi projetada pelo legislador ordinário, afrontando um direito fundamental do próprio agente, cujo quem conquistou o acesso ao cargo através de sufrágio.

As duas situações práticas apresentam um fenômeno interessante que, ao menos em solo brasileiro, denota um posicionamento do Poder Judiciário que contraria a própria doutrina do ativismo judicial. Se direitos fundamentais poderiam (ou deveriam) ser aspectos delimitadores da conduta expansiva do Poder Judiciário, no Brasil diversos casos ultrapassaram esses ditames, perfazendo medidas controversas e que colocam o Poder Judiciário como um poder que visa preencher lacunas deixadas pelas competências políticas, mormente ocupando funções primárias dos demais poderes de uma forma irregular e desregulada.

CONCLUSÃO

O objetivo desta dissertação foi investigar a relação entre os partidos políticos brasileiros e a ascensão de um Poder Judiciário protagonista. Tal análise se desenvolveu a partir do uso de referenciais teóricos das áreas das ciências sociais e do direito para compreender o impacto dos aspectos sociais, políticos e históricos relativos a formação do sistema partidário brasileiro no favorecimento a um comportamento mais atuante do poder judiciário em decisões de foro político.

A partir do uso de um referencial teórico filosófico e histórico sobre a formação e finalidade do Estado Constitucional de Direito Democrático, buscou-se refletir sobre a importância dos partidos políticos como instrumentos de representação, bem como a importância do Poder Judiciário e da separação de poderes como instrumentos para impor limites ao Poder do Estado. Em torno da reflexão sobre as nuances do Estado Constitucional Democrático de Direito observou-se aqui a ascensão do Poder Judiciário como reflexo da formatação do Estado Constitucional, da judicialização da política, da politização da justiça e do presidencialismo de coalizão. Para então chegarmos a hipótese testada de que além desses fatores que levaram a ascensão do Poder Judiciário, a fragilidade dos partidos políticos brasileiros igualmente contribuiu para tanto. A fragilidade dos partidos aqui constatada foi por meio da pesquisa histórica e de análise de conteúdo sobre as Constituições Brasileiras que se mostraram ao final da análise como antipartidárias.

Esta citada fragilidade dos partidos se mostrou visível nos casos de jurisdição estudados nesta dissertação. Ao se refletir sobre a aplicação da lei num caso concreto como foi o caso da infidelidade partidária permitiu se observar a intervenção do Poder Judiciário em função de uma corriqueira prática de agentes eleitos e também de uma omissão legislativa. No caso de políticas públicas, novamente foi possível enxergar a dita fragilidade, vez que agentes eleitos sob a bandeira de partidos falham ao não cumprir programas políticos prometidos ou necessários, descumprindo orientações programáticas (estatutárias) que determinam a consolidação de direitos individuais e coletivos. Na discussão dos casos concretos, reconheceu-se de acordo com análise feita a infidelidade partidária como ativismo judicial, diferentemente das políticas públicas judicializadas no

Recurso Extraordinário 592.581, em que se constatou a ocorrência de mera judicialização da política.

Reconhecidamente a literatura sobre o assunto no âmbito da ciência política assevera que há um vácuo no exercício democrático representativo pelas agremiações político-partidárias. Este vazio comissivo ou omissivo impede o preenchimento a fim de que as funções de um Estado sejam preservadas tanto no âmbito administrativo quanto legislativo. É nesta lacuna em que o Poder Judiciário, vem, desde o movimento expansivo proveniente do movimento constitucionalista, se posicionando com ações e medidas que podem ser consideradas potencialmente ativistas.

Via de regra, no espaço político eleitoral os partidos políticos após campanhas vagas, alteram seu posicionamento quando vencem a eleição alcançam o poder, desconsiderando propostas e atuando de modo por vezes contraditório ao que se pregou durante a campanha eleitoral, ignorando inclusive suas diretrizes programáticas. Este fator além de corroborar para o problema de representatividade, onde partidos políticos não se revestem propriamente de um intento representativo, demonstra o aparecimento de uma nova questão contraditória ao apresentado até então. O vazio de representação permite a assunção de um movimento que, apesar de se posicionar como a materialização do espírito democrático, se dá às custas do posicionamento considerado majoritário.

Todas as omissões que se iniciam a partir da inércia de partidos políticos e que vão ao encontro do Poder Judiciário, que será instado muitas vezes pelas próprias agremiações políticas, incita uma estranha relação: ao mesmo tempo em que os partidos políticos são responsáveis por falhas de representação - ao passo que declinam da discussão de matérias relevantes ou gerenciam de forma negligente os recursos públicos, por exemplo – são também os partidos políticos um dos responsáveis por resguardar os interesses de uma minoria junto ao Poder Judiciário.

Este movimento político de encaminhamento ao Poder Judiciário destas matérias e que é deflagrado por partidos políticos, pode ser etiquetado como proveniente de duas intenções maiores: fazer oposição ao governo e/ou evitar o desgaste político de determinadas decisões.

A literatura sobre este assunto no âmbito jurídico trata como politização do judiciário em que o Poder Judiciário tem servido, neste diapasão, como arena de disputa política. Isso porque, em muitas circunstâncias o tribunal tornou-se uma câmara de revisão/correção de decisões consideradas majoritárias, fato este deflagrado por meio da reclamação de grupos derrotados na disputa política. Certo é que a matéria pode chegar ao Poder Judiciário por ato omissivo do próprio governo, que em situação concreta acaba por temer possíveis repercussões negativas da política optada. Em situações de omissão, como foi o famigerado caso da infidelidade partidária e também de intervenção em políticas públicas, o governo espera um posicionamento do Poder Judiciário a fim de que possa justificar ao respectivo eleitorado que a decisão foi tomada em forma compulsória, evitando prejuízos políticos que podem ser imensuráveis.

Outra justificativa se coloca no plano em que os partidos políticos, objetivando evitar questões difíceis, encaminham essas matérias às cortes, por entenderem (ou quererem fazer crer) que questões jurídicas - e não políticas – são de competências dos tribunais. Esta manobra, que termina junto aos tribunais, mais uma vez reforça que o intuito representativo além de esvaído, é transferido quando não pela oposição, pelo próprio governo. Em outras palavras, há grande espaço para críticas neste contexto, especialmente porque representantes majoritários declinam suas competências sob a bandeira de recear uma possível repercussão prejudicial à imagem política. Novamente a matéria chega ao Judiciário a partir de lacunas representativas que, passam cada vez mais, a fazer do Poder Judiciário àquele que detêm a palavra final.

Em conclusão, a somatória dos eventos aqui relacionados apresenta o seguinte panorama e que em determinado ponto perfaz o paradoxo já comentado. A condução das opções políticas por partidos políticos é executada de forma bastante emblemática, na medida em que estes transferem ao Poder Judiciário grande parte de questões políticas que possuem alguma conotação jurídica, por medo e receio de que o impacto destas decisões possa acarretar em prejuízos eleitorais. Entretanto, outras parcelas de decisões são tomadas pelo próprio Poder Judiciário sem a deflagração dos partidos políticos, seja por meio de manobras extrajudiciais, seja através de outros órgãos institucionais, como é o caso do Ministério Público, quem detêm a autoria de grande parcela dos casos levados ao Poder Judiciário nesta

seara. Em que pese outros órgãos institucionais deflagrarem questões ao Judiciário, tem-se ainda que os partidos políticos encaminham questões aos tribunais objetivando opor o governo, permitindo concluir que ao mesmo tempo que os partidos políticos podem ser considerados um dos responsáveis por esta nova configuração da separação de poderes e por consequência em falhas de representação, as agremiações exercem suas funções representando minorias e exercendo a autoridade democrática destes pequenos grupos.

Responder à pergunta se o ativismo judicial seria um remédio a esta falha de representação vivenciada no Brasil nos tempos hodiernos é extremamente difícil, porém, é possível rubricar que este movimento não é de todo modo negativo. Claro que o Poder Judiciário poderia se abster de responder as questões notadamente políticas, entretanto suas argumentações devem se dar sempre no sentido de preservar o Estado Democrático de Direito e seus consequentes direitos fundamentais, na forma evidenciada no item cujo tema foi tratado. Se ultrapassado este ponto de equilíbrio, existem grandes chances de haver um claro desnível técnico entre os Poderes e visualizar um Poder Judiciário que além de contramajoritário, passa a assumir funções administrativas e legislativas, afrontando a concepção constitucional vigente.

Se retornarmos aos dois casos concretos de jurisdição comentados, é razoável observar duas situações em que direitos fundamentais foram aplicados distintamente. O caso debatido que se referiu à determinação do Supremo Tribunal Federal ao Estado do Rio Grande do Sul em efetuar no ano de 2015 reformas em unidade prisional, visou garantir direito fundamental dos detentos (aqui falou-se da dignidade da pessoa humana, direito à saúde, etc). Quanto ao caso da infidelidade partidária, verificou-se em 2007 que uma omissão legislativa e uma prática corriqueira na ocasião (troca partidária dos mandatários), permitiu ao Tribunal Superior Eleitoral por meio de uma resolução, ato este avalizado pela Suprema Corte, a negação de um direito fundamental garantido àqueles que conquistaram sua candidatura através do sufrágio.

Nestes dois casos verificaram-se duas formas de observar a atuação do Poder Judiciário quanto o enfrentamento de direitos fundamentais. Por essas razões, a análise da estrutura funcional de cada Poder e a forma de atuação

jurisdicional do Poder Judiciário, denota que este último vem se manifestando em algumas ocasiões na qualidade de legislador e administrador. Momentos estes que, além de ocasionalmente não possuir uma vinculação direta com direitos, garantias e liberdades fundamentais, deflagram questionamentos acerca destes posicionamentos jurisdicionais.

A aceitação do ativismo judicial sem maiores parâmetros é medida que pode atentar contra o Estado Democrático de Direito, vez que esse acontecimento passa a se posicionar como uma regra e não uma exceção. Ainda que, na forma do discutido no item anterior, parte dessa transferência de responsabilidades seja oriunda de atos comissivos ou omissos das agremiações partidárias, além do protagonismo judicial ser um movimento natural do constitucionalismo moderno, o declínio de poderes-deveres enfraquece o Estado Democrático de Direito.

Uma das consequências mais gravosas ao Estado Democrático de Direito neste movimento interventor, paira no crescimento do descrédito envolto aos Poderes Legislativo e Executivo, considerando que via de regra o Poder Judiciário estará se posicionando contrariamente e propagando uma suposta omissão ou ação errônea no campo político. Assim, este movimento que ganha força através dos pressupostos que contribuem ao ativismo, como o estado de bem-estar social, a judicialização da política, a politização da justiça, o presidencialismo de coalisão e a fragilidade político-partidária, desenvolve-se uma possível reprimenda da própria sociedade ao instituto da representação.

Não se pode olvidar que, em um sistema representativo vigente, as práticas tomadas pelo Poder Judiciário são meramente paliativas, ou seja, não possuem o condão de corrigir falhas no sistema. Apenas irá, eventualmente, sanar o problema em seus exatos termos. Outras tentativas irão virtualmente propiciar novos problemas e a representação estará cada vez mais prejudicada. Assim, é necessário evitar a construção de um regime onde juízes e tribunais, ao mesmo tempo em que exercem seus matizes principais na qualidade de autoridades julgadoras, exerçam papéis políticos de legisladores e administradores.

Busca-se enfatizar que, por mais que em alguns casos a intervenção judicial se mostre digna e necessária, o futuro das instituições permanece dependente do corpo político representativo, que ao menos no sistema vigente, é preenchido

através das bancadas parlamentares e das cadeiras ocupadas junto ao executivo. Reconhecer que o Poder Judiciário deve enfrentar as falhas omissivas e de gestão do campo político é reconhecer que o sistema vigente não possui mais condição de funcionamento, aceitando uma solução que enaltece ainda mais essa falência operativa. Por essas razões, é inconcebível a atuação jurisdicional como um meio de preencher lacunas irrestritas dos demais Poderes, conforme enfatizado quando se coloca direitos fundamentais como aspectos balizadores.

A correção de todas essas disfunções colocadas nesta dissertação delata que as instituições vivem uma sequência de crises que caminham por todos os setores do Estado Brasileiro. O Poder Judiciário não é apenas o “salvador”, mas também pode ser visto como uma das fontes do problema, visto que estimula o descrédito político. Partidos políticos que mostraram uma inovadora representação de minorias, falham com o grupo majoritário que confiou seus votos.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique. **O presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro**. In: Dados 31(1), 1988

_____. Sérgio Henrique. **Crises políticas no presidencialismo de coalizão**. 2015. Disponível em: <<http://sergioabranches.com.br/politica/118-crises-politicas-no-presidencialismo-de-coalizacao>>

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano: Fundamentos do Direito Constitucional**. Mauro Rapposo de Mello (Trad.). Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ÁVILA, Humberto. **“Neoconstitucionalismo”**: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. Revista eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009, p. 18-19. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>, acesso em 27 out. 2017.

AVRITZER, Leonardo; SANTOS, Boaventura de S. **Introdução: para ampliar o cânone democrático**. Curso de Formação de Conselheiros Nacionais. SGPR/UFMG., 2009 Disponível em: www.eurozine.com. Acesso em: 20 out. 2017.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas**. *Rev. Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 059-085, June 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 18 jun. 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322012000100003>.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional: Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política, ano 15, n. 58, jan-mar/2007.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). **Constituição & Ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRASIL. **Constituição de 1824**. Outorgada em 25 de março de 1824. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>.

BRASIL. **Constituição de 1891**. Promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>.

BRASIL. **Constituição de 1934**. Promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>.

BRASIL. **Constituição de 1946**. Promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>.

BRASIL. **Constituição de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

_____. **Teoria Geral da Política**. São Paulo: Campus, 2000.

BODIN, Jean. **Seis livros sobre a República**. Livro Primeiro. Tradução de José Ignácio Coelho Mendes Neto. São Paulo: Ícone, 2011 [1576].

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1993.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem**. Rev. Sociol. Polit., Curitiba, n. 23, p. 127-139, Nov. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782004000200011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 19 jul. 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782004000200011>.

CERQUEIRA, Thales Tácito de Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA, Camila de Albuquerque Pontes Luz de Pádua. **Fidelidade partidária e perda do mandato no Brasil**. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

CHACO, Vamireh. **História dos Partidos Brasileiros: discurso e práxis de seus programas**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 3. ed. amp. e atual., 1998.

CITTADINO, Gisele. **Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia**. Revista Alceu, v.08 – nº 09. jul-dez. 2004. p. 105-112.

COSTA, Pietro. **Poucos, Muitos, Todos, lições da história da democracia**. Curitiba: Editora UFPR, 2012.

_____. **Soberania, Representação, Democracia: Ensaios de História do Pensamento Jurídico**. Curitiba: Juruá, 2010.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2007.

DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012.

DERATHÉ, Robert. **Rousseau e a ciência política do seu tempo**. Trad. Natália Maruyama. São Paulo: Barcarola, 2009.

DOBROWOLSKI, Sílvio. **A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo**. Revistas CCJ. n. 31, pág. 92-101, ano 16, dezembro de 1995. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/1095-1109-1-PB.pdf>>. Acesso em: 22 de jul. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania do mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2007 [1997].

FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del Estado de derecho**. Revista Internacional de Filosofía Política, nº17 (2001).

FERRAZ, Jr, Tércio S. **O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência?** In: Revista Usp. São Paulo, nº21. 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O papel político do judiciário e suas implicações**. In: FRANCISCO, José Carlos. (coord. e coautor). Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

FERREIRA NETO, Edgard Leite. **Os Partidos Políticos no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 1989.

FONSECA PIRES, Luiz Manuel. **Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2008.

FREIRE, Antônio Manuel Peña. **La garantía en el Estado constitucional de derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade: reflexões de um autor**. Denver University Law Review, v. 76, n. 4, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESPAÑA, Antonio Manuel. **A cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Coimbra: Almedina, 2012.

HIEBERT, Janet L. **Wrestling with Rights: Judges, Parliament and the Making of Social Policy**. Queens University. Vol. 5, no 3, June 1999.

HIRSCHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, mai. 2009. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>. Acesso em: 24 Jul. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v251.2009.7533>.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Ed. Martin Claret, São Paulo, 2006.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

IEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Rev. direito GV, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, dez. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 30 ago. 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322008000200005>.

KOERNER, Andrei. **Ativismo Judicial?: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88**. Novos estud. - CEBRAP, São Paulo, n. 96, p. 69-85, July 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002013000200006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 23 Jul. 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002013000200006>.

LAKIN, Stuart. **Debunking the Idea of Parliamentary Sovereignty: The Controlling Factor of Legality in the British Constitution**. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 28, No. 4 (2008), pp. 709–734, doi:10.1093/ojls/gqn019.

LEAL, Vitor Nunes. **Coronelismo, Enxada e Voto: o município e o regime representativo no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Alfa Omega, 1975.

LEITÃO, Cláudia Sousa. **A crise dos partidos políticos brasileiros**. Fortaleza: Gráfica Tipo progresso, 1989.

LEMBO, Cláudio. **Participação política e assistência simples no direito eleitoral**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

LEVY, Leonard W. Marbury v. Madison. In: _____; KARST, Kenneth L; MAHONEY, Dennis J. (Orgs.). **Judicial Power and the Constitution: selections from the Encyclopedia of the American Constitution**. New York: Macmillan, 1990.

LIMONGI, Fernando. **A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório**. Novos estud. - CEBRAP, São Paulo, n. 76, p. 17-41, Nov. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-

33002006000300002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 17 July 2018.
<http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002006000300002>.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o governo**. Petrópolis: Vozes, 2006 [1690].

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da Judicialização da Política: duas análises**. Lua Nova, n. 57, 2002.

MAIR, Peter. 2003. **Os partidos políticos e a democracia**. *Análise Social*. Lisboa, v. XXXVIII n. 167.

MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de Política**. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo, 2000.

MELO FRANCO, Afonso Arinos de. **História e Teoria do Partido Político no Direito Constitucional Brasileiro**. Rio de Janeiro: [s.n.], 1948.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MEZZAROBA, Orides. **Introdução ao direito partidário brasileiro**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

MEZZAROBA, Orides; STRAPAZZON, Carlos Luiz. **Direitos fundamentais e a dogmática do bem comum constitucional**. Sequência (Florianópolis), Florianópolis, n. 64, p. 335-372, July 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552012000100014&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 01 jul. 2017.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Introdução, trad. e notas de Pedro Vieira Mota. 7ª ed. São Paulo. Saraiva: 2000.

MORAES, Alexandre de. **Reforma política do Estado e democratização**. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 8, julho-setembro de 2000, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

MOREIRA ALVES, Maria Helena. **Estado e Oposição no Brasil (1964-1984)**. Trad. Clóvis Marques, 4. ed., Petrópolis: Vozes, 1987.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Interferências entre Poderes do Estado**. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado, n. 103, jul.-set. 1989.

NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira. **O ativismo do Supremo Tribunal Federal**. 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/502954>>. Acesso em: 26 jul. 2018.

PAULA, DANIEL GIOTTI DE. Ainda Existe Separação de Poderes? A Invasão da Política pelo Direito no Contexto do Ativismo Judicial e da Judicialização da Política. In: _____ (org.) **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador. Jus Podivm. 2011.

PUFENDORF, Samuel von. **Os deveres do homem e do cidadão de acordo com as leis do direito natural**. Tradução de Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007 [1691].

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

RAWLS, John. **Uma teoria de justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REGONINI, Gloria. Estado de Bem Estar. In: BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de Política**. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo, 2000.

RILEY, Patrick. **Will and political legitimacy**. Cambridge: Harvard UP, 1982.

RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. **Liberdades Públicas**. Tradução de Maria de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social e Ensaio sobre a origem das línguas** (Os Pensadores, vol. 1). Trad. de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

_____. **O Contrato Social**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

SAES, Décio. 1996. **Democracia e capitalismo no Brasil: balanço e perspectivas**. Revista de Sociologia e Política, Curitiba, n. 6-7, p. 129-147, jun.-nov. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/39345/24161>. Acesso em: 26.mar.2018.

SADEK, Maria Tereza. **Judiciário: mudanças e reformas**. Estud. av., São Paulo, v. 18, n. 51, p. 79-101, Ago. 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 18 jul. 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000200005>.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda**. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARTORI, Giovanni. **A teoria democracia revisitada**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 1994.

_____. **Homo videns: televisão e pós-pensamento**. Bauru: EDUSC, 2001.

SCHEPPELE, Kin L. **Democracy by Judiciary** (Or Why Courts Can Sometimes Be More Democratic than Parliaments)." In Wojciech Sadurski, Martin Krygier and Adam

Czarnota (eds.), *Rethinking the Rule of Law in Post-Communist Europe: Past Legacies, Institutional Innovations, and Constitutional Discourses* (Central European University Press, 2005. p. 03-372, Jul. 2012.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Presidencialismo de coalizão: democracia e governabilidade no Brasil**. Revista Direitos Fundamentais e Democracia, vol. 20, Ano 20, Curitiba: Unibrasil, 2016. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/959>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

SILVA, Alexandre Garrido da; Vieira, José Ribas. **Justiça transicional, direitos humanos e a seletividade do ativismo judicial no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes, Rio de Janeiro, v. 1, n. 13, dez. 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Amaury; LAMOUNIER, Bolívar. 2006. **O futuro da democracia: cenários políticos - institucionais até 2022**. Estudos Avançados, São Paulo, v. 20, n. 56, p. 43-60, jan.-abr. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v20n56/28626.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2018.

STAMATO, Bianca. Constitucionalismo Mundial e o “Intercâmbio Mundial entre Juízes”. In: **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Org. Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

STRAPAZZON, Carlos Luiz; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Teoria constitucional e ativismo político: Problemas de teoria e de prática com direitos fundamentais sociais**. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, [S.l.], v. 43, n. 119, p. 567 - 624, mar. 2014. ISSN 0120-3886. Disponível em: <<https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/2359>>. Acesso em: 03 set. 2018.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolsan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1984. Parte IV.

SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard. **O Estado Espetáculo**. São Paulo: Círculo do Livro S.A., 1977.

TAYLOR, Matthew M. **O judiciário e as políticas públicas no Brasil**. Dados, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582007000200001&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 16 jul. 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582007000200001>.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. (Org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá,

2009.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. Tempo Soc., São Paulo, v. 19, n. 2, nov. 2007. Disponível em: www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=is. Acesso em: 20 jun. 2018.

VIANNA, Werneck; CARVALHO, Maria Alice R. de; MELO, Manuel P. Cunha; BARGOS, Marcelo B. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VITÓRIO, Teodolina B. C. **O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no estado democrático de direito: uma leitura à luz do pensamento de Ronald Dworkin**. 2011. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Minas Gerais.