

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL ENQUANTO CORTE CONSTITUCIONAL**

Pedro Zinezzi Alves de Albuquerque Lima

Presidente Prudente - SP

2.017

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL ENQUANTO CORTE CONSTITUCIONAL**

Pedro Zinezzi Alves de Albuquerque Lima

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor João Victor Mendes de Oliveira.

Presidente Prudente - SP

2.017

**A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL ENQUANTO CORTE CONSTITUCIONAL**

Monografia aprovada como requisito parcial
para obtenção do grau de Bacharel em Direito,
no Curso de Direito do Centro Universitário
“Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente
Prudente, com a seguinte Banca Examinadora:

Professor João Victor Mendes de Oliveira
Orientador

Professor Vinícius Marin Cancian
Examinador

Professor Luís Fernando Nogueira
Examinador

Presidente Prudente - SP, 29 de Novembro 2.017.

“Nem pelos elogios, nem pelo temor.”

Cardeal Clemens August, Graf von Galen.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo realizar uma ampla análise quanto a ocorrência do fenômeno da judicialização da política, característico sobretudo nas democracias contemporâneas, no âmbito do Poder Judiciário. Para isso, contudo, são observados os aspectos atinentes aos mecanismos de controle de constitucionalidade empregados em defesa do diploma constitucional frente aos atos dos poderes públicos, no âmbito do controle difuso, concentrado, híbrido ou misto de constitucionalidade, bem como são analisados, a título de direito comparado, as características e os elementos presentes nas Cortes e Tribunais Constitucionais de diversos países, quais sejam, África do Sul, Alemanha, Argentina, Áustria, Canadá, Chile, Colômbia, Estados Unidos da América, França e Japão, sejam esses órgãos jurisdicionais ou não, tanto no que se refere as competências atribuídas no âmbito de suas atividades, bem como a composição e os meios de indicação de seus membros. Da definição do mencionado fenômeno e de determinação dos aspectos necessários e fomentadores de sua incidência, é feita a análise do âmbito pátrio, quanto sua ocorrência no ambiente do Poder Judiciário, bem como no que se refere as questões relativas a legitimidade de referido Poder do Estado porquanto sua atuação em benefício do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Modelo de Controle de Constitucionalidade. Corte ou Tribunal Constitucional. Judicialização da Política. Dimensão Política da Função Jurisdicional no Brasil.

ABSTRACT

The present work's objective is to carry out an ample analysis on the occurrence of the phenomenon of judicialization of politics, typical mainly in present-day democracies, within the Judiciary. To achieve this, however, the aspects related to the constitutionality control mechanisms used in defense of the constitutional diploma before the acts of the public powers, within the scope of diffuse, concentrated, hybrid, or mixed constitutionality control, are analyzed, as well as, for the sake of comparative law, the characteristics and elements present in the Constitutional Courts and Tribunals of several countries, namely South Africa, Germany, Argentina, Austria, Canada, Chile, Colombia, the United States of America, France and Japan, whether they are jurisdictional bodies or not, both in terms of the powers conferred in their activities, along with the composition and means of nomination of their members. From the definition of the aforementioned phenomenon and the determination of the necessary aspects and promoters of its incidence, the analysis of the national scope is made, as regards its occurrence within the Judiciary, as well as with respect to the questions related to the legitimacy of said Power of the State insofar as its acting in favor of the Democratic State under the Rule of Law.

Keywords: Constitutionality Control Model. Constitutional Court or Tribunal. Judicialization of Politics. Political Dimension of the Jurisdictional Function in Brazil.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 DOS MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	12
2.1 Modelo de Controle Difuso de Constitucionalidade.....	13
2.2 Modelo de Controle Concentrado de Constitucionalidade.....	16
2.3 Modelo de Controle Híbrido ou Misto de Constitucionalidade.....	21
3 DAS CORTES E TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS.....	23
3.1 Cortes e Tribunais Constitucionais em Países Estrangeiros.....	23
3.1.1 Corte Constitucional da África do Sul.....	23
3.1.2 Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.....	24
3.1.3 Corte Suprema de Justiça da Argentina.....	27
3.1.4 Tribunal Constitucional da Áustria.....	28
3.1.5 Suprema Corte do Canadá.....	29
3.1.6 Tribunal Constitucional do Chile.....	30
3.1.7 Corte Constitucional da Colômbia.....	31
3.1.8 Suprema Corte dos Estados Unidos da América.....	32
3.1.9 Conselho Constitucional da França.....	33
3.1.10 Suprema Corte do Japão.....	35
4 DA DEFINIÇÃO E ASPECTOS HISTÓRICOS ATINENTES A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....	37
4.1 Definição de Judicialização da Política.....	37
4.1.1 Judicialização e Ativismo Judicial.....	39
4.2 Judicialização da Política no Mundo.....	41
4.3 Advento da Judicialização da Política no Brasil.....	42
5 DO PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A DIMENSÃO POLÍTICA DA FUNÇÃO JURISDICIONAL NO BRASIL.....	47
5.1 Princípio de <i>Trias Política</i>	47

5.2 Função Política do Poder Judiciário.....	49
5.3 Legitimidade de Intervenção do Poder Judiciário.....	50
6 CONCLUSÃO.....	52
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	54

1 INTRODUÇÃO

O reconhecimento da primazia da constituição, considerada pelo mundo contemporâneo, norma fundamental e preceito de validade do ordenamento jurídico pátrio, propiciou o estabelecimento de mecanismos de proteção da sua eficácia e integridade normativa, de modo a prevenir, bem como remediar, qualquer violação pelos Poderes do Estado ao referido diploma.

Mencionados mecanismos, em um primeiro momento, vieram a ser empregados, ao longo da história, de variadas formas e por meio de diversos institutos, entretanto, dentre esses sistemas, um se tornou o mais difundido e considerado o de maior eficiência, aquele denominado jurisdicional, no qual, em breve síntese, ao Poder Judiciário é entregue a guarda da constituição, que se faz por meio do exercício do controle de constitucionalidade dos atos do poder público.

Referida jurisdição constitucional encontra suas origens históricas em dois principais países, quais sejam, os Estados Unidos da América e a Áustria, por meio de dois modelos distintos, respectivamente, o modelo de controle difuso de constitucionalidade e o modelo de controle concentrado de constitucionalidade, que embora aparentemente excludentes, através da aproximação e convergência de suas concepções ao longo do tempo, vieram por ensejar o surgimento de um terceiro modelo, conhecido por modelo de controle de constitucionalidade híbrido ou misto, com combinações de elementos de ambos os modelos básicos.

Conforme o Poder Judiciário, como perpétuo e legítimo defensor do diploma constitucional, adquire, por meio do exercício do controle de constitucionalidade dos atos dos Poderes do Estado, ao longo do século XXI, inegável protagonismo, de modo que as Cortes e Tribunais Constitucionais passam a influir em questões de larga repercussão política ou cultural, tem origem, sobretudo nas democracias modernas, o crescente fenômeno da judicialização da política, que envolve a evidente transferência de poder das instâncias políticas tradicionais, aos juízes, ministros, cortes e tribunais, com alterações profundas e significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

No que tange as particularidades atinentes ao referido fenômeno global, qual seja, o advento da judicialização da política, devemos analisa-las pormenorizadamente,

observando não tão somente seus aspectos até então considerados positivos e benéficos, mas também aqueles que podem surgir a partir de sua deturpação, capazes de colocar em risco a própria existência e preservação do Estado Democrático de Direito.

No primeiro tópico, entretanto, foram realizadas breves observações, de natureza meramente explanadora, no que se refere aos modelos de controle de constitucionalidade, quais sejam, aquele exercido em caráter difuso, construído pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no século XIX, a partir do *leading case* Marbury vs. Madison, aquele exercido em caráter concentrado, pela atuação incisiva das Cortes e Tribunais Constitucionais, que encontra sua origem história na jurisdição constitucional austríaca, possuindo como principal idealizador Hans Kelsen, considerado um dos mais importantes e influentes estudiosos do direito, e aquele exercido em caráter híbrido ou misto, que amalgamou a riqueza e complexidade técnica de ambos os sistemas de controle de constitucionalidade anteriormente mencionados.

Ao passo que se dão como terminadas as breves observações iniciais quanto aos modelos de controle de constitucionalidade, no segundo tópico analisamos as Cortes e Tribunais Constitucionais, sobretudo por um viés de estudo comparado, elencando suas principais características e seus aspectos estruturais, previstos pelas Constituições dos mais diversos países, nos mais diversos continentes, compreendendo os órgãos jurisdicionais da África do Sul, Alemanha, Argentina, Áustria, Canadá, Chile, Colômbia, Estados Unidos da América, França e Japão, adotando esses seja o modelo de controle difuso, concentrado ou híbrido, também conhecido como misto, de constitucionalidade.

Terminada mencionada análise em sede de direito comparado, no terceiro tópico passamos a observar o fenômeno da judicialização da política, não tão somente no âmbito de sua origem, conceituação e aspectos que a diferenciam de outros fenômenos que possuem certa semelhança, como o ativismo judicial, mas também os aspectos pertinentes a sua ocorrência no contexto mundial e nacional, observando os mecanismos e peculiaridades encontrados no ambiente normativo e institucional brasileiro que propiciaram, além de ocorrência do fenômeno da judicialização da política no Brasil, o ganho de amplitude adquirido por esse dentro do cenário pátrio, sobretudo no que se refere a atuação do Supremo Tribunal Federal.

No quarto e, portanto, último tópico, constam considerações finais quanto ao exercício do Poder Judiciário no contexto pertinente ao âmbito das deliberações e decisões de questões relacionadas ao campo de atividade tradicionalmente de competência dos demais Poderes do Estado, em sede de exercício do controle de constitucionalidade, além de breve

análise quanto ao Princípio de *Trias Política* ou Teoria da Separação dos Poderes, de Charles-Louis de Secondat, Barão de Montesquieu, bem como as possíveis implicações quanto a legitimidade do Poder Judiciário na referida atuação.

O presente trabalho utilizou, em sua metodologia de concepção, da leitura de diversas obras doutrinárias, da legislação pátria e estrangeira, artigos científicos e demais publicações atinentes a temática, bem como da análise, em um contexto geral, dos aspectos da atualidade atinentes ao âmbito de atividade do Poder Judiciário, seja no que se refere ao cenário global, bem como nacional, portanto, de um método dedutivo.

2 DOS MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Conforme anteriormente mencionado, o reconhecimento da primazia da constituição, bem como, conseqüentemente, a constatação da mesma como norma fundamental e preceito de validade do ordenamento jurídico pátrio, propiciou o estabelecimento de mecanismos de proteção da sua eficácia e integridade normativa, de modo a prevenir, bem como remediar, qualquer violação pelos Poderes do Estado ao referido diploma.

Referidos mecanismos de proteção e prevenção se encontram estabelecidos, sobretudo, no âmbito da jurisdição constitucional, por meio do exercício do controle de constitucionalidade dos atos do poder público pelo Poder Judiciário, dentre os modelos constituídos e elaborados ao longo da história pelos mais diversos estudiosos do direito, através não tão somente do exercício abstrato dessa ciência, mas também levando em consideração o ambiente empírico jurisdicional, sendo a sua existência e exercício, indispensável a garantia das normas constitucionais.

Nesse sentido, nos esclarece José Joaquim Gomes Canotilho:

O Estado constitucional democrático ficaria incompleto e enfraquecido se não assegurasse um mínimo de garantias e de sanções: garantias da observância, da estabilidade e preservação das normas constitucionais; sanções contra actos dos órgãos de soberania e de outros poderes públicos não conformes a constituição.

[...]

Globalmente consideradas, as garantias de existência da constituição consistem: (1) na vinculação de todos os poderes públicos (designadamente do legislativo, do executivo e do judicial) à constituição; (2) na existência de competências de *controle*, políticas e jurisdicionais, do cumprimento da constituição.¹

Feitas as devidas considerações, passaremos nos subtópicos seguintes a análise dos principais modelos de controle de constitucionalidade empregados no mundo contemporâneo, sobretudo nas democracias, quais sejam o modelo de controle difuso, o modelo de controle concentrado de constitucionalidade e, por fim, o modelo de controle híbrido ou misto de constitucionalidade. Ademais, importante observar a existência de modelos de controle de constitucionalidade distintos dos que serão objeto de análise nesse estudo, como, a

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Editora: Almedina, Coimbra, 2.003. Página(s): 887-888.

título de exemplo, o modelo inglês e francês, entretanto ficaremos restritos aos anteriormente citados.

2.1 Modelo de Controle Difuso de Constitucionalidade

O modelo de controle difuso de constitucionalidade, também denominado concreto ou incidental, encontra sua origem na esfera jurisdicional estadunidense, no século XIX, mais especificamente em 1.803, a partir do *leading case* Marbury vs. Madison, no âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos (*Supreme Court of the United States*), no qual o juiz John Marshall sedimentou o entendimento de que o controle de constitucionalidade dos atos e leis dos Poderes do Estado não seria exercido tão somente pela Suprema Corte, mas por qualquer juiz ou tribunal, independente do seu grau de jurisdição.

No âmbito da origem do referido modelo, brevemente nos elucida Gilmar Ferreira Mendes:

Esse modelo de constitucionalidade desenvolve-se a partir da discussão encetada na Suprema Corte americana, especialmente no caso Marbury vs. Madison, de 1.803. A ruptura que a *judicial review* americana consagra com a tradição inglesa a respeito da soberania do Parlamento vai provocar uma mudança de paradigmas. A simplicidade da forma - reconhecimento da competência para aferir a constitucionalidade ao juiz da causa - vai ser determinante para a sua adoção em diversos países do mundo.²

Nesse sentido, pormenorizadamente no que se refere ao *leading case* Marbury vs. Madison, nos esclarece Ronaldo Polletti:

A ideia de controle de constitucionalidade surgiu na análise de um caso concreto, o caso Marbury vs. Madison. Em 1.803, Adams era o Presidente dos Estados Unidos, perdendo a sucessão presidencial para Thomas Jefferson. Antes de deixar o mandato presidencial, Adams nomeou partidários para vários cargos públicos. Marshall foi um desses nomeados, sendo regularmente empossado como Presidente da Suprema Corte. Alguns nomeados, entretanto, diference de Marshall, não conseguiram ser empossados antes da posse do novo Presidente. Adams deixou os atos de nomeação preparados, faltando apenas a efetiva posse. Marbury foi um dos nomeados que não conseguiram tomar posse, tendo sido designado para o cargo de Juiz de Paz.

² MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. Editora: Saraiva, São Paulo, 2.015. Página(s) 1.050.

O novo Presidente, Jefferson, tomou posse, nomeando James Madison como seu Secretário de Estado. Madison, sob ordens de Jefferson, não entregou o ato de nomeação a Marbury, sob alegação de que esse ato estaria incompleto. Irresignado por não assumir o cargo, Marbury, ingressa com ação perante a Suprema Corte.

Marshall, Presidente da Suprema Corte, decide que Marbury tem direito a assumir o cargo, mas não concede esse direito, pois a ação foi impetrada diretamente na Suprema Corte, como regia a legislação da época, contudo, a competência da Corte estava listada taxativamente na Constituição, e nesse não se encontrava a competência para esse tipo de julgamento. Deste modo, Marshall decide pela inconstitucionalidade do artigo da lei que concedia essa competência à Suprema Corte, pois tal norma era contrária à Constituição. Nasce, assim, o primeiro caso de controle de constitucionalidade.³

Quanto a nomenclatura relativa a referido modelo de constitucionalidade, nos elucidamos Clémerson Merlin Cléve:

Em um primeiro lugar, diz-se que é difuso ou aberto porque todos os juízes e tribunais têm competência para negar a aplicação de uma lei inconstitucional em um caso concreto submetido à sua apreciação, levando em consideração os precedentes vinculantes. E subjetivo ou concreto, porque busca a realização de direitos subjetivos, violados por uma lei inconstitucional, sempre num caso concreto submetido à apreciação judicial. E por via de exceção ou defesa, porque as partes se utilizam da questão constitucional como fundamento de sua pretensão jurídica. A decisão judicial, que declara incidentalmente a inconstitucionalidade da lei, não a expulsa da ordem jurídica, mas afasta a sua incidência naquele caso concreto.⁴

Portanto, no modelo de controle difuso de constitucionalidade, a competência para averiguar a constitucionalidade de uma determinada lei é atribuída a qualquer juiz, independente do grau de sua jurisdição, no âmbito da aplicação da mesma no caso em concreto submetido à apreciação judicial, sendo poder-dever do órgão judicial determinar o afastamento da incidência daquela considerada incompatível com a ordem constitucional, estendendo-se assim a todas as partes do processo a legitimidade para iniciar o exercício de referido controle, conforme nos esclarecem Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

Como o controle de constitucionalidade incidental dá-se no curso de uma ação submetida à apreciação do Poder Judiciário, todos os intervenientes no processo poderão provocar o órgão jurisdicional para que declare a inconstitucionalidade da norma no caso concreto.

³ POLLETTI, Ronaldo. Controle de constitucionalidade das leis. Editora: Forense, Rio de Janeiro, 1.985. Pagina(s) 43.

⁴ CLÉVE, Clémerson Merlin. Direito Constitucional Brasileiro. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2.014. Página(s) 656.

Dessa forma, tem legitimidade para iniciar o controle de constitucionalidade concreto: as partes do processo, os eventuais terceiros admitidos como intervenientes no processo e o representante do Ministério Público que officie no feito, como fiscal da lei (*custos legis*).

Ademais, o juiz ou tribunal, de ofício, independentemente de provocação, poderá declarar a inconstitucionalidade da lei, afastando a sua aplicação ao caso concreto, já que esses têm por poder-dever a defesa da Constituição.

Note-se que a declaração de inconstitucionalidade no caso concreto não está dependente do requerimento das partes ou do representante do Ministério Público. Ainda que estes não suscitem o incidente de inconstitucionalidade, o magistrado poderá, de ofício, afastar a aplicação da lei ao processo, por entendê-la inconstitucional.⁵

No que se refere aos efeitos da decisão exarada pelo órgão judicial, no âmbito do exercício do controle de constitucionalidade, nos elucidam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

A decisão só alcança as partes do processo porque no controle incidental o interessado, no curso de uma ação, requer a declaração da inconstitucionalidade da norma com a única pretensão de afastar a sua aplicação ao caso concreto. Logo, é somente para as partes que integram o caso concreto que o juízo estará decidindo, constituindo a sua decisão uma resposta à pretensão daquele que arguiu a inconstitucionalidade.

Com isso, a pronúncia de inconstitucionalidade não retira a lei do ordenamento jurídico. Em relação a terceiros, não participantes da lide, a lei continuará a ser aplicada, integralmente, ainda que supostamente esses terceiros se encontram em situação jurídica semelhante à das pessoas que foram parte na ação em que foi declarada a inconstitucionalidade.

Assim, a pronúncia de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário na via incidental, proferida em qualquer nível, limita-se ao caso em litígio, no qual foi suscitado o incidente de constitucionalidade, fazendo coisa julgada apenas entre as partes do processo. Quer provenha a decisão dos juízes de primeira instância, quer emane do Supremo Tribunal Federal ou de qualquer outro tribunal do Poder Judiciário, sua eficácia será apenas *inter partes*.⁶

Por consequência, visto que o exercício do controle difuso de constitucionalidade se encontra no ambiente processual atinente a um caso concreto em específico, a decisão de inconstitucionalidade no via incidental limita-se ao referido caso em análise, sendo sua eficácia tão somente *inter partes*, consoante o objetivo de referido controle de constitucionalidade, qual seja, a proteção de direitos subjetivos, conforme nos elucidam Nathalia Masson:

⁵ PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. Editora: Método, Rio de Janeiro, 2.015. Página(s) 814.

⁶ Ibidem. Página(s) 824.

Desta forma, pode-se concluir que no controle difuso o intuito central do processo não é o de tutelar a ordem constitucional objetiva, ao contrário, a finalidade é proteger direitos subjetivos afetados pela norma que se pretende impugnar, é dirimir a controvérsia jurídica exposta na lide na defesa de direitos subjetivos pertencentes às partes da relação jurídica. Por isso é possível afirmar que o sujeito que busca o Judiciário no controle difuso não tem como preocupação inicial a compatibilidade da lei com a Constituição, seu desejo primeiro não é o de proteger a higidez do ordenamento jurídico, evitando que existam na ordem normativa diplomas dissonantes com a Constituição; em verdade, seu objetivo é mais pragmático: tutelar um direito concreto. Só que a tutela desse direito requer a apreciação prévia da constitucionalidade de uma norma⁷

Quanto ao referido controle de constitucionalidade, nos assinala Ivo Dantas:

Na hipótese de controle incidental ou difuso, poderá ele ser exercido em qualquer tipo de ação, ou seja, de natureza cível, penal, trabalhista, tributária, etc., em processos de conhecimento, cautelar ou de execução, sendo de destacar que, ocorrendo a arguição, esta é feita em relação processual onde a lide a resolver-se tem por objeto matéria estranha ao controle, entrando a arguição apenas como incidente, e por isto mesmo, poder ser arguida em qualquer grau ou juízo.⁸

No que se refere ao ordenamento pátrio, conforme nos esclarece Flávia Bahia:

[...] em regra os efeitos desta sentença serão *inter partes*, somente produzirão efeito naquele caso concreto, entre as partes daquele feitos. Excepcionalmente, a CRFB/88 prevê a possibilidade de efeitos *erga omnes*. Ocorrerá quanto um processo chega ao STF por meio de recurso extraordinário ou qualquer outro feito de competência originária, e o STF decide, incidentalmente, que uma lei é inconstitucional. Pelo Regimento Interno do Tribunal (art. 178), o STF tem a obrigação de comunicar o Senado Federal sobre essa decisão. Então o Senado, quando e se quiser (art. 52, X), vai editar resolução, suspendendo a eficácia dessa lei inconstitucional. Se o Senado assim proceder, a execução da lei valerá para todos, a lei será retirada do ordenamento jurídico.⁹

Ademais, o modelo de controle difuso de constitucionalidade, no mundo contemporâneo, encontra-se incidente não tão somente nos Estados Unidos da América, mas em diversos países, seja em caráter único ou em paralela ou conjunta aplicação com o controle concentrado de constitucionalidade, objeto de análise no subtópico que se segue.

⁷ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. Editora: JusPODIVM, Salvador, 2.016. Página(s) 1.075.

⁸ DANTAS, Ivo. Novo processo constitucional brasileiro. Editora: Juruá, Curitiba, 2.010. Página(s) 177.

⁹ BAHIA, Flávia. Direito Constitucional. Editora: Armador, Recife, 2.017. Página(s) 371.

2.2 Modelo de Controle Concentrado de Constitucionalidade

O modelo de controle concentrado de constitucionalidade, também denominado abstrato ou direto, encontra sua origem na Constituição da Primeira República Austríaca, promulgada em 1.920, que determinava a exclusividade para o exercício do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos a um Tribunal Constitucional, pretendendo-se a anulação genérica das leis ou atos normativos incompatíveis com os preceitos constitucionais.

Por mais que a elaboração e o estabelecimento do modelo concentrado de constitucionalidade, no âmbito da Constituição Austríaca, possuísse grande influência dos pensamentos de Hans Kelsen, considerado um dos mais importantes estudiosos do direito, destaca-se que a concepção de referido modelo antecede o século XIX, sendo anteriormente aventado por Emmanuel Joseph Sieyès, no âmbito do cenário francês, conforme nos esclarece Luís Roberto Barroso:

Coube a Sieyès propor ao constituinte de 1.795 a criação de um *jurie constitutionnaire*, composto por 180 membros designados pela Assembleia, ao qual caberia julgar violações à Constituição. A ideia foi rejeitada. Com a Constituição do Ano VII, foi criado o *Sénat Conservateur*, com 80 membros, nomeados por ou sob influência de Napoleão, e que foi um “corpo sem vida” (Raul Machado Horta, Curso de direito constitucional, 2.003, em afirmação baseada em Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et compare*, v.1, 1.921, p. 597). Após a Segunda Guerra Mundial, com a Constituição de 1.946, foi criado o *Comité Constitutionnel*, composto pelos Presidentes da República, da Assembleia Nacional e do Conselho da República, sete membros indicados pela Assembleia Nacional e três pelo Conselho da República. Sua função era dizer se uma lei votada pela Assembleia Nacional exigis uma revisão da Constituição.¹⁰

Devido acontecimentos históricos, sobretudo aqueles relativos a Revolução Francesa de 1.789, havia na Europa o entendimento de prevalência do Princípio da Soberania do Parlamento, segundo o qual, o legislativo, bem como sua produção legislativa, portanto as leis, era soberano, entendimento oposto a aquele existente no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, que atribui referida supremacia as normas constitucionais.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. Editora: Saraiva, São Paulo, 2.009. Página(s) 42.

Conforme nos ressalta Max Möller:

[...] a concessão do governo revolucionário francês, no sentido de que a ‘vontade geral’ do povo soberano pudesse ser revelada através dos representantes reunidos no Poder Legislativo, impede que se encontre nesse modelo uma concepção de constituição tal como hoje concebe o constitucionalismo. Ao contrário, no modelo francês pós-revolucionário, a ‘constituição’ está totalmente absorvida pela ideia de soberania popular manifestada através da lei, onde o legislador, soberano, não é representado como um poder, mas como uma vontade originária. Ao invés de contrapesos, o que se impõe é a primazia do legislador, de modo que não é possível sustentar um modelo claro de separação de poderes, ainda que este estivesse expressamente presente na constituição francesa pós-revolucionária.¹¹

Ademais, em observância, não tão somente a uma concepção rígida quanto ao Princípio de *Trias Política* ou Separação dos Poderes, mas também sua efetiva aplicabilidade, o controle de constitucionalidade das leis não deveria se submeter ao julgo de um dos Poderes do Estado, sendo necessário o estabelecimento de um órgão autônomo e independente em relação a referidos Poderes, surgindo assim a figura dos Tribunais ou Cortes Constitucionais.

Quanto a necessidade de atribuir o controle de constitucionalidade a um órgão externo aos Poderes do Estados, sobretudo em relação ao Poder Legislativo, nos elucida Hans Kelsen:

O órgão legislativo se considera na realidade um livre criador do direito, e não um órgão de aplicação do direito, vinculado pela Constituição, quando teoricamente ele o é sim, embora numa medida relativamente restrita. Portanto não é com o próprio Parlamento que podemos contar para efetuar sua subordinação à Constituição. É um órgão diferente dele, independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarregado da anulação de seus atos inconstitucionais - isto é, uma jurisdição ou um tribunal constitucional.¹²

Em outra passagem, Hans Kelsen reafirma referida relevância quanto a necessidade de existência de um órgão autônomo:

A função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Garantia da Constituição significa a segurança de que tais limites não serão

¹¹ MÖLLER, Max. Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Editora: Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2.011. Página(s) 148.

¹² KELSEN, Hans. A Jurisdição Constitucional. Tradução do alemão: Alexandre Krug. Tradução do italiano: Eduard Brandão. Tradução do francês: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Editora: Martins Fontes, São Paulo, 2.007. Página(s) 150.

ultrapassados. Se algo é indubitável é que nenhuma instância é tão pouco idônea para tal função quanto justamente aquele a quem a Constituição confia - na totalidade ou em parte - o exercício do poder e que portanto possui, primordialmente, a oportunidade jurídica e o estímulo político para vulnerá-la. Lembre-se que nenhum outro princípio técnico-jurídico é tão unânime quanto este: ninguém pode ser juiz em causa própria.¹³

Por mais que tais Tribunais ou Cortes Constitucionais encontrem sua origem teórica antes do estabelecimento da Constituição Austríaca de 1.920, só vieram a alcançar sua efetiva aplicabilidade e funcionamento após a Segunda Guerra Mundial, ao passo que se tornou evidente os acontecimentos e horrores atinentes a expansão e atuação de correntes ideológicas extremistas como o nacional-socialismo e o fascismo.

Nesse sentido, nos esclarece Alexandre de Moraes:

No entanto, a consagração efetiva da necessidade de sujeição da vontade parlamentar às normas constitucionais, com a conseqüente criação dos Tribunais Constitucionais europeus, ocorreu após a constatação de verdadeira crise na democracia representativa e do conseqüente distanciamento entre a vontade popular e as emanações dos órgãos legislativos, duramente sentida durante o período nazista.

A inexistência de um controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e atos normativos e de mecanismos que impedissem a criação de uma ditadura da maioria auxiliou na criação do Estado Totalitário alemão, sem que houvesse quebra da legalidade formal, demonstrando a necessidade da adoção do *judicial review* pela Lei Fundamental alemã de 1.949.¹⁴

Em análise histórica, nos elucida Otto Bachof:

[...] o facto de haver sido justamente um acto do legislativo – a chamada lei de autorização - que desarticulou (*aus den Angeln gehoben hat*) definitivamente, e sob uma aparência de preservação da legalidade, a Constituição da República de Weimar pode ter contribuído para dotar o Tribunal Constitucional Federal, como guarda da Constituição, de poderes extraordinariamente amplos precisamente face ao legislador.¹⁵

A título de complementação, Eduardo García de Enterría relata que:

¹³ Kelsen, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? Tradução do alemão: Alexandre Krug. Tradução do italiano: Eduard Brandão. Tradução do francês: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Editora: Martins Fontes, São Paulo, 2.007. Página(s) 240.

¹⁴ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. Editora: Atlas, São Paulo, 2.016. Página(s): 1.124-1.125.

¹⁵ BACHOF, Otto. Normas constitucionais inconstitucionais? Editora: Almedina, Coimbra, 1.994. Página(s): 12.

[...] o fracasso do sistema weimariano de justiça constitucional (especialmente visível no famoso juízo de 1932, sobre o chamado golpe de Estado do Reich contra a Prússia de Von Papen, legitimado nas Ordenações presidenciais autorizadas pelo famoso artigo 48 da Constituição), levou a República Federal alemã, surgida no segundo pós-guerra, sensibilizada pela perversão do ordenamento jurídico ocorrida no nazismo, a adotar, com algumas variantes importantes, o sistema kelsiano.¹⁶

Nesse sentido, em conclusão da análise histórica, também nos esclarece Gilmar Ferreira Mendes:

Terminado o conflito, a revelação dos horrores do totalitarismo reacendeu o ímpeto pela busca de soluções de preservação da dignidade humana, contra os abusos dos poderes estatais. Os países que saíram do trauma dos regimes ditatoriais buscaram proteger as declarações liberais das suas constituições de modo eficaz. O Parlamento, que se revelara débil diante da escalada de abusos contra os direitos humanos, perdeu a primazia que o marcou até então. A Justiça Constitucional, em que se viam escassos motivos de perigo para a democracia, passou a ser o instrumento de proteção da Constituição - que, agora, logra desfrutar de efetiva força de norma superior do ordenamento jurídico, resguardada por mecanismos jurídicos de censura dos atos que a desrespeitem. A Justiça Constitucional se alastrou pela Europa, na medida em que os seus países de democratizaram.¹⁷

Observa-se, em breve resumo, que, no que se refere ao âmbito do ordenamento jurídico pátrio, o controle concentrado de constitucionalidade atribui seu o exercício de seus mecanismos a um órgão autônomo específico, provocado por meio de ações diretas, quais sejam, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, propostas por legitimados que, em regra, se encontram definidos no texto constitucional, sendo a eficácia das decisões *erga omnes*, conforme nos elucidava Flávia Bahia:

As ações do controle concentrado, anteriormente indicadas, possuem algumas características comuns, ora relacionadas:

- Ausência de lide, já que não há caso concreto a ser decidido pelo judiciário;
- Todas as ações objetivas visam preservar a supremacia da CRFB/88;
- Nenhuma das ações admite desistência, para o ajuizamento;

¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*. Editora: Civitas, Madrid, 1.994. Página(s): 59.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. Editora: Saraiva, São Paulo, 2.015. Página(s) 47-48.

- Não há prazo, prescricional ou decadencial, para o ajuizamento;
- Não se admite intervenção de terceiros;
- O rol de legitimados é restrito (art. 103, I a IX da CRFB/88;

O STF não está preso à congruência, adstrição e correlação. Pode entender pela inconstitucionalidade de dispositivos correlatos aos impugnados, não mencionados expressamente, ou seja, pela teoria da inconstitucionalidade por arrastamento (da adstrição ou da reverberação normativa) é possível declarar a inconstitucionalidade de dispositivos não impugnados na peça inicial mas com eles relacionados;

Todas as decisões do STF produzem efeitos subjetivos *erga omnes*.

Não há verdadeiro contraditório e ampla defesa, já que não importa a opinião do legislador, que editou a lei.

Não cabe recurso ou ajuizamento de ação rescisório.¹⁸

Ademais, destaca-se a adoção de referido modelo não tão somente pela Áustria, mas em diversos países, seja em caráter único ou em paralela ou conjunta aplicação com o controle difuso de constitucionalidade, que por meio da convergência e combinação de seus elementos e particularidades ocasionou o surgimento do modelo de controle híbrido ou misto de constitucionalidade, objeto de análise no subtópico que se segue.

2.3 Modelo de Controle Híbrido ou Misto de Constitucionalidade

O modelo de controle híbrido ou misto de constitucionalidade se originou a partir da congregação das características e particularidades os modelos anteriormente observados, quais sejam o modelo de controle difuso de constitucionalidade e o modelo de controle concentrado de constitucionalidade.

Referida combinação atribui o exercício do controle de constitucionalidade não tão somente a um Tribunal ou Corte Constitucional, provocado, em regra, através das, anteriormente mencionadas, ações diretas, mas ao judiciário como um todo, por meio da atuação de seus órgãos jurisdicionais ordinários no caso em concreto submetido a sua análise.

Nesse sentido nos esclarece Gilmar Ferreira Mendes:

¹⁸ BAHIA, Flávia. Direito Constitucional. Editora: Armador, Recife, 2.017. Página(s) 375.

[...] o controle misto de constitucionalidade congrega os dois sistemas de controle, o de perfil difuso e o de perfil concentrado. Em geral, nos modelos mistos defere-se aos órgãos ordinários do Poder Judiciário o poder-dever de afastar a aplicação da lei nas ações e processos judiciais, mas se reconhece a determinado órgão de cúpula - Tribunal Supremo ou Corte Constitucional - a competência para proferir decisões em determinadas ações de perfil abstrato ou concentrado. Talvez os exemplos mais eminentes desse modelo misto sejam o modelo português, no qual convivem uma Corte Constitucional e os órgãos judiciais ordinários com competência para aferir a legitimidade da lei em face da Constituição, e o modelo brasileiro, em que se conjugam o tradicional modelo difuso de constitucionalidade, adotado desde a República, com as ações diretas de inconstitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e representação interventiva) , da competência do Supremo Tribunal Federal.¹⁹

Ademais, referido modelo de controle de constitucionalidade se encontra consagrado pelo ordenamento pátrio desde 1.891, sendo mantido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988, um dos maiores exemplos e expoentes de sua aplicação.

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. Editora: Saraiva, São Paulo, 2.015. Página(s): 1.049.

3 DAS CORTES E TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

As Cortes e Tribunais Constitucionais constituem, em seus respectivos países, órgãos autônomos de mais alto prestígio entre os Poderes do Estado, possuindo, a depender dos fatores históricos quanto a sua origem e das particularidades relativas a sua estruturação, natureza jurisdicional ou política, sendo-lhes atribuída, em caráter exclusivo ou não, a competência quanto a defesa e proteção do dispositivo constitucional, no âmbito do exercício do controle de constitucionalidade.

3.1 Cortes e Tribunais Constitucionais em Países Estrangeiros

Conforme anteriormente mencionado no texto introdutório, passaremos, no que se refere ao direito comparado, à breve análise das Cortes e Tribunais Constitucionais, que por meio do exercício da jurisdição constitucional, logo, das atividades e mecanismos que lhes foram atribuídos, seja pela atuação do controle de constitucionalidade exercido em caráter difuso, concentrado ou híbrido, também conhecido como misto, resguardam o dispositivo constitucional de qualquer violação, bem como risco de violação, por parte dos atos dos Poderes do Estado.

3.1.1 Corte Constitucional da África do Sul

A Corte Constitucional da África do Sul (*Constitutional Court of South Africa*) constitui o mais alto órgão jurisdicional da República da África do Sul, originada por meio da primeira constituição democrática de seu país, em 1.994, após a superação a segregação racial do regime *Apartheid*, é composta em sua totalidade por onze juízes.²⁰

Quanto a investidura, a mesma se procede após indicação do juiz a ser investido pelo Presidente da República, dentre uma lista de nomes elaborada pela Comissão de Serviço

²⁰ ÁFRICA DO SUL. *Constitutional Court of South Africa*. Disponível em <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/home.htm> (Acesso em 08/07/17).

Judicial (*Judicial Service Commission*), mediante consulta realizada ao Juiz Presidente e aos líderes dos partidos políticos que possuem representação no Parlamento. O juízes investidos exercem mandato não renovável pelo período mínimo de 12 até 15 anos.

Conforme nos esclarece Newton Tavares Filho:

[...] os juízes são nomeados pelo Presidente da República, após consulta ao Juiz Presidente da Corte Constitucional e aos líderes dos partidos políticos representados no Parlamento, a partir de uma lista com três ou mais nomes, elaborada pela Comissão de Serviço Judicial (*Judicial Service Commission*).

Mandato: de 12 a 15 anos, não renovável.

Impedimentos: os juízes não podem ser membros do Parlamento, do Governo ou de partidos políticos.²¹

Referida Corte Constitucional possui competência para a realização do controle de constitucionalidade por via de ação direta, em caráter excepcional, e difuso, no âmbito recursal, desde que observado o devido exame de admissibilidade, além da atuação a título de controle preventivo de constitucionalidade ou *a priori*, atinente aos projetos de lei de âmbito nacional e provincial.

3.1.2 Tribunal Constitucional Federal da Alemanha

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*), estabelecido pela Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) em 1.949, é composto, em sua totalidade, por dezesseis juízes, divididos em duas câmaras, o Primeiro Senado (*Ersten Senats*) e o Segundo Senado (*Zweiten Senats*), sendo uma metade dos juízes eleita mediante escrutínio pelo Parlamento Federal (*Bundestag*) e a outra metade pelo Conselho Federal (*Bundesrat*).²² Conforme sintetiza Newton Tavares Filho:

²¹ FILHO, Newton Tavares. *Tribunais Constitucionais*. Editora: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, Brasília, 2.009. Página(s) 21.

²² ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*. Disponível em <http://www.bverfg.de/index.html> (Acesso em 08/07/17).

[...] dezesseis membros, divididos em dois Senados de mesma hierarquia, com oito integrantes cada.

Investidura: em cada Senado, três juízes serão escolhidos dentre os integrantes dos tribunais federais superiores, que exerçam o cargo há mais de 03 anos, e os demais, livremente. A eleição dos juízes é feita metade pelo Parlamento Federal (*Bundestag*) e metade pelo Conselho Federal (*Bundesrat*), por maioria de dois terços. Não obstante o componente político da escolha, os juízes têm mostrado grande independência ante as autoridades nomeantes.²³

Conforme nos elucidou Louis Favoreu, no que se refere a divisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha em câmaras:

[...] a divisão do Tribunal em duas câmaras é bem marcada. De fato, cada juiz é eleito para ocupar um lugar em uma determinada câmara e não há possibilidade de troca; além disso, cada câmara é presidida pelo Presidente ou Vice-presidente; enfim, a cada uma é atribuída uma função específica (embora haja tendência para atenuar esta especificidade). Tanto isso é verdade que essas duas câmaras ‘formam praticamente dois tribunais distintos’. As atribuições conferidas às seções de três juízes, criadas em 1.985, dentro de cada câmara, tendem a aumentar. O Tribunal Constitucional goza de uma total autonomia no plano administrativo e financeiro. Ele não depende do Ministério da Justiça para seus quadros; seu orçamento é separado dos demais órgãos constitucionais.²⁴

Necessariamente, da totalidade dos juízes, seis, compreendendo três de cada câmara, devem ser juízes federais, exercendo, por no mínimo, 03 anos de atividade nas jurisdições superiores. O mandato possui duração limite de até 12 anos, não havendo qualquer possibilidade de renovação.

Quanto a vinculação das decisões e ordens decretadas pelo Tribunal Constitucional Federal, escreve Luís Afonso Heck:

[...] ele é a instância suprema em questões de direito federal e, com isso, ‘guarda da constituição’ no verdadeiro sentido da palavra.

As decisões do Tribunal Constitucional Federal e as ordens por ele decretadas para a sua execução devem ser vinculativas para todos os tribunais e outras autoridades. Na medida em que constatarem a nulidade de uma lei ou parte dela, as suas decisões possuirão força de lei e serão publicadas tal como a lei.²⁵

²³ FILHO, Newton Tavares. *Tribunais Constitucionais*. Editora: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, Brasília, 2.009. Página(s) 9.

²⁴ FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. Editora: Landy, São Paulo, 2.004. Página(s) 61-62.

²⁵ HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã*. Editora: Fabris, Porto Alegre, 1.995. Página(s) 86-87.

No que se refere a autonomia que lhe é atribuída pela legislação alemã, esclarece Konrad Hesse:

O Tribunal Constitucional Federal é, diante de todos os órgãos constitucionais restantes, um tribunal da federação, autônomo e independente (§1º da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal). A igualdade de hierarquia de sua situação ao lado dos outros órgãos da federação superiores e sua particularidade diante daquela de outros tribunais encontram também expressão nisto, que a administração do Tribunal Constitucional Federal é independentizada e não está subordinada à direção de um ministério, que o Tribunal Constitucional Federal tem um plano individual autônomo no plano orçamentário da federação, que a situação jurídica de seus juízes é regulada desviantemente daquela dos juízes restantes (comparar §3º e seguintes, 98 e seguintes, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, e §69 da Lei sobre o Estatuto da Magistratura Alemã) e que, correspondente à regulação para o Parlamento Federal e Conselho Federal, o presidente do Tribunal Constitucional Federal é autoridade responsável suprema e superior hierárquico dos funcionários e empregados do Tribunal Constitucional Federal.²⁶

Quanto a atuação do Tribunal Constitucional Federal, verifica-se a necessidade de provocação, não havendo possibilidade de que o mesmo tome iniciativa própria, conforme elucidada Gilmar Ferreira Mendes:

O *Bundesverfassungsgericht* somente atua mediante provocação. O princípio do pedido é essencial para a jurisdição constitucional, uma vez que dele depende, em determinada medida, a qualificação de órgão decisório como um Tribunal. A *forma judicial* constitui característica peculiar que permite distinguir a atuação da jurisdição constitucional de outras atividades, de cunho meramente político. Enquanto o Parlamento pode decidir livremente quando uma determinada matéria será disciplinada por lei, ao *Bundesverfassungsgericht* é vedado tomar iniciativas próprias.²⁷

No que se refere a competência atribuída ao Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, é exercido controle de constitucionalidade concentrado *a priori* e *a posteriori*, sendo a última modalidade verificada nas hipóteses de encaminhamento ao Tribunal Constitucional de lei que aprova tratado; quando o Presidente se recusa a promulgar uma lei, sendo o Tribunal Constitucional acionado por outro órgão constitucional contrário a recusa; e no que se refere a

²⁶ HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Editora: Fabris, Porto Alegre, 1.998. Página(s) 487-488.

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. Editora: Saraiva, São Paulo, 1.999. Página(s) 84-85.

prerrogativa do Tribunal Constitucional retardar a entrada em vigor de uma lei, até que seja proferida sentença quanto a constitucionalidade da mesma. Por fim, é possível se verificar a ocorrência do controle difuso em caráter de excepcional, tratando-se de apreciação do chamado recurso constitucional remetido para julgamento do Tribunal Constitucional, atinente a violação de direitos fundamentais.

3.1.3 Corte Suprema de Justiça da Argentina

A Corte Suprema de Justiça da Argentina (*Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*) constitui o órgão máximo do judiciário da República Argentina, sendo composta em sua totalidade por cinco membros, conforme modificação legislativa ocorrida em 2.006, compreendendo juízes renomados que tenham exercido a magistratura pelo período mínimo de 08 anos, sendo a nomeação realizada pelo Presidente da República, sujeita a ratificação por dois terços do Senado (*Senado de la Nación*). Os membros da Corte Suprema de Justiça exercem mandato com duração limite de 05 anos, havendo possibilidade de recondução.²⁸

Conforme nos esclarece Zeno Augusto Bastos Veloso, a Argentina possui um modelo de controle de constitucionalidade difuso *a posterior*, sendo a eficácia da decisão restrita as partes do processo:

[...] o controle de constitucionalidade argentino é judicial e difuso, podendo ser exercido por qualquer juiz ou tribunal, federal ou provincial, tendo a decisão eficácia *inter partes* e não *erga omnes*, podendo a Corte Suprema resolver definitivamente a controvérsia, através de recurso extraordinário, mas a sentença só declara a inconstitucionalidade da lei, e sua respectiva inaplicação, com relação a questão *sub judice*, não tendo efeito geral, nem força vinculante.²⁹

Nesse sentido, a título de complementação, corrobora a obra de Norbert Lusing:

²⁸ ARGENTINA. *Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*. Disponível em <http://www.csjn.gov.ar/> (Acesso em 10/07/17).

²⁹ VELOSO, Zeno Augusto Bastos. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. Editora: CEJUP, Belém, 1.999. Página(s) 41.

*Tanto los demandantes como también los demandados pueden denunciar en cualquier proceso la inconstitucionalidad de una norma, una actuación o una omisión. Si el juez acoge la correspondiente solicitud, podrá declarar la inconstitucionalidad de la correspondiente norma, actuación u omisión y en consecuencia decidir. Esa decisión tendrá entonces efecto inter partes. A pesar de esta posibilidad general de control constitucional en Argentina también existen determinados procesos para el cumplimiento de los derechos fundamentales y para la determinación de la inconstitucionalidad o constitucionalidad de las normas.*³⁰

Logo, observa-se que, no que se refere ao controle de constitucionalidade jurisdicional argentino, o mesmo é descentralizado, não restrito as atividades da Corte Suprema de Justiça, podendo qualquer órgão judiciário se manifestar, de acordo com a contenda *sub judice*, acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada lei.

3.1.4 Tribunal Constitucional da Áustria

O Tribunal Constitucional da Áustria (*Verfassungsgerichtshof Österreich*), com origem na Constituição da Primeira República Austríaca, criada em 1.920, em sua totalidade é composto por quatorze membros e seis suplentes, escolhidos pelo Governo Federal (*Österreichische Bundesregierung*) e pelo Parlamento (*Österreichisches Parlament*).³¹

Quanto as suas atribuições, bem como os efeitos de suas decisões, nos esclarece Newton Tavares Filho:

[...] controle abstrato concentrado de constitucionalidade de leis federais e regionais e de tratados internacionais, mediante provocação dos órgãos estatais constitucionalmente legitimados; guardião das liberdades constitucionais, mediante recurso, interposto por qualquer do povo que afirme ter tido seus direitos individuais lesionados por ato administrativo inconstitucional (controle concreto, com proteção difusa dos direitos fundamentais); excepcionalmente, controle preventivo de constitucionalidade quanto à repartição de competências dos entes federados; competências não ligadas à jurisdição constitucional (julgamento de crimes de

³⁰ “Tanto os demandantes como também os demandados podem denunciar em qualquer processo a inconstitucionalidade de uma norma, uma ação ou uma omissão. Se o juiz acolhe a correspondente solicitação, poderá declarar a inconstitucionalidade da correspondente norma, ação ou omissão e em consequência decidir. Essa decisão terá então efeito *inter partes*. Apesar de esta possibilidade geral de controle de constitucional na Argentina também existem determinados processos para o cumprimento do direitos fundamentais e para a determinação da inconstitucionalidade ou constitucionalidade das normas.” LOSING, Norbert. *La Jurisdiccionalidad Constitucional en Latinoamérica*. Editora: Dykson, Madrid, 2.002. Página(s) 219 (Tradução nossa).

³¹ ÁUSTRIA. *Verfassungsgerichtshof Österreich*. Disponível em <https://www.vfgh.gv.at/index.de.html> (Acesso em 11/07/17).

responsabilidade, conflitos de competência, recursos administrativos, impugnações eleitorais e perda de mandato eletivo).

[...]

Efeitos das decisões: *erga omnes, ex nunc*, repristinatórios e vinculantes para o Judiciário e Executivo. Há entretanto, a possibilidade de retardar por até dezoito meses os efeitos das decisões.³²

Ademais, deve-se destacar a grande influência, quanto a criação e constituição do Tribunal Constitucional da Áustria, dos ensinamentos de Hans Kelsen, considerado um dos mais importantes e influentes estudiosos do direito, que, conforme anteriormente observado, foi um dos principais idealizadores do modelo de controle de constitucionalidade concentrado e, portanto, da jurisdição constitucional exercida pelos Tribunais e Cortes Constitucionais.

3.1.5 Suprema Corte do Canadá

A Suprema Corte do Canadá (*Supreme Court of Canada / Cour Suprême du Canada*) é a mais alta corte do Canadá, estabelecida pelo Ato Constitucional de 1.867 (*The British North America Act*), que originou o Domínio do Canadá. É composta em sua totalidade por nove membros, indicados pelo Gabinete (*Cabinet of Canada / Cabinet du Canada*) e nomeados pelo Governador-geral (*Governor General of Canada / Gouverneur Générale du Canada*), sendo que dentre esses membros, necessariamente, três devem proceder da Província do Québec.³³

Quanto a competência atinente a Suprema Corte do Canadá, nos esclarece Newton Tavares Filho:

[...] controle incidental de constitucionalidade; competência recursal geral quanto às decisões dos tribunais federais e provinciais; competência consultiva quanto às questões de constitucionalidade da legislação federal ou provincial, repartição de competências federativas e entre os Poderes, dentre outras. O recurso à Corte, que é competente tanto para o *common law* das províncias anglófonas, quanto para o sistema

³² FILHO, Newton Tavares. Tribunais Constitucionais. Editora: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, Brasília, 2.009. Página(s) 07-08.

³³ CANADÁ. *Supreme Court of Canada*. Disponível em <http://www.scc-csc.ca/home-accueil/index-eng.aspx> (Acesso em 11/07/17).

romano-germânico adotado no Québec, é sujeito a um juízo de relevância (*leave to appeal*).³⁴

Destaca-se que o sistema utilizado no Canadá possui traços e características atinentes tanto a *common law*, quanto a *civil law*, visto que ao longo de seu desenvolvimento histórico esteve vinculado a França, importando a incidência do *Coutume de Paris*, relativo a *civil law*, e a Grã-Bretanha, que na ocasião da conquista impôs seu direito público aplicável, a *common law*.

3.1.6 Tribunal Constitucional do Chile

O Tribunal Constitucional do Chile (*Tribunal Constitucional de Chile*) é um órgão constitucional judiciário chileno, estabelecido pela Constituição do Chile (*Constitución Política de la República de Chile*), aprovada em 1.980. É composto em sua totalidade por dez ministros, sendo três designados pelo Presidente da República, quatro nomeador pelo Senado, dentre esses, dois são mediante proposta da Câmara dos Deputados e, por fim, três são designados pela Corte Suprema, pela realização de escrutínio secreto.³⁵

Conforme nos esclarece Newton Tavares Filho:

Composição: dez Ministros.

Investidura: três Ministros são de livre designação pelo Presidente da República; quanto são eleitos pelo Congresso, sendo dois nomeados diretamente pelo Senado e dois nomeados pelo Senado mediante proposta da Câmara dos Deputados; três são designados diretamente pela Corte Suprema, em votação secreta.

[...]

Mandato: 09 anos, vedada a recondução, com aposentadoria compulsória aos 75 anos. O Tribunal renova-se parcialmente a cada 03 anos.³⁶

³⁴ FILHO, Newton Tavares. *Tribunais Constitucionais*. Editora: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, Brasília, 2.009. Página(s) 06.

³⁵ CHILE. *Tribunal Constitucional de Chile*. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.cl/> (Acesso em 10/07/17).

³⁶ FILHO, Newton Tavares. Op. Cit. Página(s) 16-17.

Quanto a competência atribuída ao Tribunal Constitucional do Chile, completa Newton Tavares Filho, que o mesmo exerce:

[...] controle concentrado de constitucionalidade preventivo e posterior, abstrato e concreto, de normas legais e regulamentares (decretos e resoluções). O controle repressivo se exerce por via de requerimentos de inaplicabilidade (via incidental e concreta) ou por ações de inconstitucionalidade (via abstrata). O controle preventivo pode ser facultativo, a requerimento das autoridades legitimadas, ou obrigatório, quanto as leis interpretativas da constituição, leis orgânicas constitucionais e tratados internacionais que contenham normas próprias destas últimas. O Tribunal controla preventiva e facultativamente os projetos de reforma constitucional e os tratados internacionais submetidos à apreciação do Congresso. Decide também questões de constitucionalidade relativas aos acordos dos Tribunais Superiores de Justiça (Corte Suprema e Cortes de Apelação) e do Tribunal Qualificador de Eleições. Outras competências: julgamento de conflitos de competências entre autoridades judiciais e políticas ou administrativas; apreciação de inhabilitações, incompatibilidades e causas de cessação de mandatos eletivos; declaração de inconstitucionalidade de organizações, movimentos ou partidos políticos, assim como julgamento das autoridades públicas que deram causa a essa inconstitucionalidade.³⁷

Pode-se concluir, por meio da análise das competências atribuídas ao Tribunal Constitucional do Chile, que o mesmo, quanto a natureza do controle de constitucionalidade, contempla ambos os modelos, quais sejam o difuso e o concentrado, ocasionando, conseqüentemente, a existência de um modelo híbrido ou misto, exercido *a priori* e *a posteriori*, com efeitos derogatórios *erga omnes* ou *inter partes*.

3.1.7 Corte Constitucional da Colômbia

A Corte Constitucional da Colômbia (*Corte Constitucional de Colombia*), que veio a ser estabelecida pela Constituição da Colômbia (*Constitución Política de Colombia*), promulgada em 1.991, é composta em sua totalidade por nove juizes, nomeados pelo Senado, após indicação dos nomes realizada pelo Presidente da República, pela Corte Suprema e pelo Conselho de Estado, para o mandato de 08 anos, não havendo possibilidade de renovação.³⁸

³⁷ FILHO, Newton Tavares. Tribunais Constitucionais. Editora: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, Brasília, 2.009. Página(s) 17.

³⁸ COLÔMBIA. *Corte Constitucional de Colombia*. Disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/> (Acesso em 12/07/17).

Quanto ao modelo de controle de constitucionalidade atribuído a Corte Constitucional da Colômbia, conforme trazido por Newton Tavares Filho, a mesma exerce:

[...] controle concentrado e difuso de constitucionalidade (este último recursal, apenas quanto a direitos constitucionais) de leis, decretos com força de lei e atos legislativos de reforma da constituição; julgamento da constitucionalidade da convocação de referendo ou Assembleia Constituinte para a reforma da constituição, de referendos e plebiscitos nacionais; controle de constitucionalidade dos decretos governamentais durante o estado de exceção; controle preventivo de constitucionalidade de projetos de lei; decisão sobre a exequibilidade de tratados internacionais.³⁹

A Colômbia possui um sistema de controle de constitucionalidade híbrido ou misto, compreendendo os elementos e procedimentos característicos dos controles de constitucionalidade difuso e concentrado.

Por fim, é válido fazer breves considerações quanto a possibilidade de revisão, cassação ou suspensão da decisão da Corte Constitucional, sendo atribuído, a depender do previsto pela legislação, ao Congresso Nacional, após a devolução da matéria, a análise definitiva acerca da constitucionalidade.

3.1.8 Suprema Corte dos Estados Unidos da América

A Suprema Corte dos Estados Unidos (*Supreme Court of the United States*) consiste no mais alto tribunal federal de seu país, sendo estabelecida pela Constituição dos Estados Unidos (*United States Constitution*) de 1.787. Em sua totalidade é composta por nove juízes, escolhido e investidos pelo Presidente da República, após aprovação do Senado (*United States Senate*), que permanecerão no cargo enquanto bem servirem a nação, não havendo qualquer limite temporal.⁴⁰

No que se refere a competência atribuída a Suprema Corte, bem como os efeitos de suas decisões, conforme nos esclarece Newton Tavares Filho:

³⁹ FILHO, Newton Tavares. *Tribunais Constitucionais*. Editora: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, Brasília, 2.009. Página(s) 18.

⁴⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court of the United States*. Disponível em <https://www.supremecourt.gov/index.html> (Acesso em 12/07/17).

[...] competência originaria como tribunal da Federação e em causa envolvendo o corpo diplomático estrangeiro; competência recursal de *judicial review* (controle de constitucionalidade), realizado no modo difuso. Quanto a esta última, apenas uma ínfima parcela dos casos que chegam à Corte são ali aceitos e decididos. A Suprema Corte americana recebe mais de 10.000 causas por ano. Desse total, cerca de 100 são levadas ao julgamento do Plenário, sendo que em apenas 80-90 são prolatadas decisões escritas formais (*plenary review*). Em outras 50-60 causas adicionais, a Corte prolata somente decisões abreviadas (*per curiam*). Para que uma causa seja admitida, é necessário que a Corte conceda o *writ of certiorari* (carta requisitória ao tribunal inferior), mediante aprovação de quatro de seus nove *Justices*, a partir de uma lista de seleção elaborada pelo *Chief Justice*.

[...]

Efeitos da decisão: sendo uma jurisdição de *Common Law*, as decisões da Suprema Corte americana formam precedente (*binding precedente*) e são de obediência obrigatória para todos os tribunais dos Estados Unidos, com fundamento na doutrina *stare decisis*. De outra parte, a Corte permanece fiel à tradição de não modificar sua jurisprudência (*overruling*) senão quanto há sérias e fundadas razões para tanto⁴¹

Logo, podemos concluir quanto ao controle de constitucionalidade exercido nos Estados Unidos da América, conforme anteriormente observado no *leading case* Marbury vs. Madison, que o mesmo é de modelo difuso *a posteriori*, em que seu exercício ocorre posteriormente a criação e entrada em vigor da norma, possuindo assim, caráter repressivo.

3.1.9 Conselho Constitucional da França

O Conselho Constitucional da França (*Conseil Constitutionnel de la République Française*) constitui a mais alta autoridade constitucional da República Francesa, sendo estabelecido em 1.958, pela Constituição da Quinta República (*Cinquième République*). Em sua totalidade é composto por nove membros nomeados, sendo escolhidos pelo Presidente da República, pelo Presidente do Senado (*Sénat*) e pelo Presidente da Assembleia Nacional (*Assemblée Nationale*), com mandato não renovável de 09 anos.⁴²

Conforme nos elucidou Louis Favoreu:

⁴¹ FILHO, Newton Tavares. Tribunais Constitucionais. Editora: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, Brasília, 2.009. Página(s) 05-06.

⁴² FRANÇA. *Conseil Constitutionnel*. Disponível em <http://www.conseil-constitutionnel.fr/> (Acesso em 12/07/17).

Os membros do Conselho Constitucional são nomeados por 09 anos, na proporção de três pelo Presidente da República, três pelo Presidente do Senado e três pelo Presidente da Assembleia Nacional. Sendo um terço de sua composição renovável a cada 03 anos, cada autoridade designa um membro de 03 em 03 anos, o que assegura uma certa continuidade e também diversidade de origens.⁴³

Ademais, além dos membros nomeados, o Conselho Constitucional possui em sua composição membros natos ou de direito, constituídos pelos antigos Presidentes da República, sendo a esses atribuído caráter de vitaliciedade em relação ao posto.

No que se refere a sua natureza, por questões históricas, relacionadas sobretudo com os acontecimentos da Revolução Francesa de 1.789, o Conselho Constitucional possui natureza predominantemente política, devido a adoção de uma concepção rígida quanto ao Princípio de *Trias Política* ou Separação dos Poderes, em uma primeira aplicação do postulado de Charles-Louis de Secondat, Barão de Montesquieu.

Nesse sentido, quanto a natureza predominantemente política do Conselho Constitucional, nos esclarece Mauro Cappelletti:

É suficientemente clara - e, de resto, mais ou menos reconhecida por numerosos estudiosos franceses - a natureza não propriamente jurisdicional da função exercida pelo Conselho Constitucional: e isto não apenas, como escreve um autor, pela natureza antes política, que judiciária do órgão, natureza que se revela quer, na escolha e no *status* dos membros que dele fazem parte, quer, sobretudo, nas diversas competências do próprio órgão e nas modalidades de seu operar, mas também e especialmente pelo caráter necessário, pelo menos no que diz respeito às leis orgânicas, do controle que se desenvolve, portanto sem um verdadeiro recurso ou impugnação de parte, bem como pelo caráter preventivo da função de 'controle' por aquele órgão exercida. Tal função vem, na verdade, a se inserir - necessariamente no que concerne às 'leis orgânicas', e somente à instância de certas autoridades políticas, no que se refere às outras leis - no próprio *iter* da formação da lei na França é, afinal de contas, não um verdadeiro controle da legitimidade constitucional de uma lei para ver se ela é ou não é válida e, por conseguinte, aplicável, mas, antes, um ato que vem a se inserir no próprio processo de formação da lei - e deste processo assume, portanto, a mesma natureza.⁴⁴

Quanto a competência atribuída ao Conselho Constitucional, bem como os efeitos de suas decisões, nos elucidam Newton Tavares Filho:

⁴³ FAVOREU, Louis. As Cortes Constitucionais. Editora: Landy, São Paulo, 2.004. Página(s) 94.

⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. Editora: Fabris, Porto Alegre, 1.999. Página(s) 29.

Competência: controle de constitucionalidade abstrato e preventivo de leis, regulamentos das Assembleias Parlamentares e tratados internacionais; juiz de repartição de competências legislativas, juiz de repartição de competências entre o governo central e as comunidades ultramarinas (Polinésia Francesa, Saint-Barthélemy e Saint-Martin); controle da regularidade das eleições; competência consultiva quanto à instauração de medidas de exceção pelo Presidente da República e em matéria eleitoral.

Efeitos das decisões: *erga omnes* e vinculantes para a Administração e o Judiciário. Entretanto, se o Conselho permite a promulgação de uma lei apenas quanto se dê a esta uma determinada interpretação (interpretação segundo a Constituição), a ausência de controle *a posteriori* pode permitir que os juízes interpretem a norma como quiserem, neutralizando a decisão superior.⁴⁵

Logo, pode-se concluir que no ordenamento francês, o controle de constitucionalidade exercido pela Conselho Constitucional é aquele relativo ao sistema concentrado, em caráter preventivo, cuja análise da constitucionalidade das leis é exercida previamente em relação a aplicação destas.

3.1.10 Suprema Corte do Japão

A Suprema Corte do Japão (*Saikō-Saibansho*) constitui o mais alto órgão judicial no Japão, estabelecida pela Constituição do Japão (*Nihon-Koku Kenpō*), também conhecida por Constituição Pacifista (*Heiwa-Kenpō*), devido a renúncia ao direito de declarar guerra, sendo a lei básica e fundamental do Japão desde 1.947. Em sua totalidade é composta por quinze juízes e se divide em três câmaras. Os juízes são nomeados pelo Gabinete (*Naikaku*), mediante atestação de Sua Majestade, o Imperador (*Tennō*).⁴⁶ Conforme nos esclarece Newton Tavares Filho:

[...] os juízes são nomeados pelo Gabinete, mediante atestação do Imperador. Vale destacar que a nomeação dos magistrados da Suprema Corte é sujeita a referendo popular na primeira eleição geral seguinte à investidura no cargo, repetindo-se a cada 10 anos.

Presidente da Suprema Corte: nomeado pelo Imperador, segundo indicação do Gabinete.

Requisitos capacitários: os juízes devem ser nomeados dentre pessoas com larga experiência jurídica. No mínimo dez juízes são escolhidos dentre aqueles que tenham

⁴⁵ FILHO, Newton Tavares. Tribunais Constitucionais. Editora: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, Brasília, 2.009. Página(s) 09.

⁴⁶ JAPÃO. *Supreme Court of Japan*. Disponível em <http://www.courts.go.jp/english/> (Acesso em 15/07/17).

se distinguido como juízes, promotores, advogados ou professores de Direito; os restantes não necessitam ser juízes.

Idade mínima ou máxima: aposentadoria compulsória aos 70 anos.⁴⁷

No que se refere a competência atribuída a Suprema Corte do Japão, completa Newton Tavares Filho, que a mesma exerce:

[...] controle difuso de constitucionalidade; competência recursal ordinária, como instância final no sistema judicial japonês; julgamento de *impeachment* dos comissários do órgão de administração de pessoal, composto por três comissários nomeados pelo Gabinete, mediante aprovação da Dieta e atestação do Imperador.⁴⁸

Logo, pode-se concluir que a Suprema Corte do Japão exerce controle difuso de constitucionalidade, além de possuir atribuição quanto competência recursal ordinária, constituindo a instancia final no sistema judicial japonês, sendo importante salientar que, por mais que não possua em seu sistema jurídico o reconhecimento de precedentes, *stare decisis*, os tribunais e juízes inferiores tradicionalmente seguem as decisões estabelecidas pela Suprema Corte.

⁴⁷ FILHO, Newton Tavares. Tribunais Constitucionais. Editora: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, Brasília, 2.009. Página(s) 20.

⁴⁸ Ibidem. Página(s) 21.

4 DA DEFINIÇÃO E ASPECTOS HISTÓRICOS ATINENTES A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Ao passo que o Poder Judiciário, na condição de perpétuo e legítimo defensor do diploma constitucional, adquire inegável protagonismo, de modo a influir em questões não tão somente de natureza administrativa, mas também de larga repercussão política e, conseqüentemente, cultural, se torna evidente a crescente expansão do fenômeno da judicialização da política, transferindo assim, o poder inicialmente pertencente as instâncias políticas tradicionais, aos juízes, ministros, cortes e tribunais, com alterações profundas e significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

4.1 Definição de Judicialização da Política

A expressão “judicialização da política” (*Judicialization of Politics*) encontra sua origem no livro “A expansão global do Poder Judiciário” (*The global expansion of Judicial Power*) que veio a ser elaborado por Neal Tate e Torbjörn Vallinder, bem como publicado no ano de 1.995.

Em referido livro, por meio da análise dos contextos jurídicos de diversos países, os autores retratam os elementos e características de um fenômeno global de intensificação da interação entre o campo do direito e o campo da política, conforme nos esclarece Amandino Teixeira Nunes Junior:

A expressão *judicialização da política* entrou para a literatura contemporânea a partir do esforço analítico apresentado de forma coletiva na obra *The global expansion of Judicial Power*, de 1.995, de Neal Tate e Torbjörn Vallinder (1.995).

Nesse livro os autores traçam as características de um fenômeno global de recrudescimento da interação entre Direito e Política. Para chegar a esse entendimento, Neal Tate e Torbjörn Vallinder examinam os contextos jurídicos e políticos dos Estados Unidos, Reino Unido, Austrália, Canadá, Itália, França, Alemanha, Suécia, Holanda, Malta, Israel, Estados pós-comunistas (integrantes da ex-URSS), Filipinas e Namíbia, partindo da ideia de que a expansão global do Poder

Judiciário e as técnicas de controle de constitucionalidade decorriam da maior visibilidade dos Estados Unidos como modelo democrático.⁴⁹

O conceito do fenômeno da judicialização da política, de Neal Tate e Torbjörn Vallinder, veio a ser estabelecido em observância a dois principais aspectos atinentes a sua ocorrência, o primeiro aspecto se refere a transferência das deliberações e da tomada de decisões das esferas administrativa e política, respectivamente atinentes ao Poder Executivo e Legislativo, para a esfera jurídica, no âmbito do Poder Judiciário, enquanto que, conseqüentemente, o segundo aspecto se refere a irradiação dos procedimentos judiciais para os procedimentos administrativos e legislativos:

*[...] Thus the judicialization of politics should normally mean either: (1) the expansion of the province of the courts or the judges at the expense of the politicians and/or the administrators, that is, the transfer of decision-making rights from the legislature, the cabinet, or the civil service to the courts or, at least, (2) the spread of judicial-making methods outside the judicial province proper. In summing up we might say that judicialization essentially involves turning something into a form of judicial process.*⁵⁰

Nesse sentido nos esclarecem Débora Maciel e Andrei Koerner:

*[...] ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas, baseada na constitucionalização de direitos e dos mecanismos de *checks and balance*.*

*[...] introdução ou expansão de *staff* judicial ou de procedimentos judiciais no Executivo (como nos casos de tribunais e/ou juízes administrativos) e no Legislativo (como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito).*⁵¹

⁴⁹ JUNIOR, Amandino Teixeira Nunes. A Constituição de 1.988 e a judicialização da política no Brasil. Revista de Informação Legislativa da Câmara dos Deputados, Brasília, 2.008. Página(s) 158.

⁵⁰ “[...] Assim, a judicialização da política deve normalmente significar: (1) a expansão da jurisdição dos tribunais ou dos juízes a expensas dos políticos e/ou dos administradores, isto é, a transferência de direitos de tomada de decisão da legislatura, do gabinete ou da administração pública para os tribunais, ou, pelo menos, (2) a propagação dos métodos de decisão judiciais fora da jurisdição propriamente dita. Em resumo, podemos dizer que a judicialização envolve essencialmente transformar algo em processo judicial.” TATE, C. Neal. VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion the of Judicial Power*. New York University, New York, 1.995. Página(s) 13 (Tradução nossa).

⁵¹ MACIEL, Débora. KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: duas análises. Editora: Lua Nova, São Paulo, 2.002. Página(s) 114.

Em complementação quanto a conceituação relativa ao mencionado fenômeno, levando em consideração aspectos atinentes ao cenário pátrio, Luís Roberto Barroso relata que:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo - em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.⁵²

Por fim, no que se refere a sua ocorrência, bem como a aproximação entre as esferas da política e do direito, conforme Marcos Faro Castro menciona:

A judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do legislativo e executivo se mostram falhos, insuficientes ou insatisfatórios. Sob tais condições ocorre uma certa aproximação entre direito e política e, em vários casos, torna-se difícil distinguir entre um 'direito' e um 'interesse político'.⁵³

Em suma, em mencionado fenômeno, o que ocorre é a expansão da área de atividade do Poder Judiciário, utilizando-se assim, dos métodos e procedimentos próprios do processo judicial para a resolução de conflitos nas áreas administrativas e políticas, conflitos esses distintos daqueles que tipicamente competem aos tribunais decifrar, tradicionalmente pertencentes a órbita dos Poderes Executivo e Legislativo.

4.1.1 Judicialização e Ativismo Judicial

Deve-se destacar que, por mais que em um primeiro momento haja aparente equiparação entre a definição de judicialização e o conceito de ativismo judicial, esses são fenômenos distintos, tanto no que se refere a sua origem, quanto nos elementos e

⁵² BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Universidade do Estado Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2.008. Página(s) 03.

⁵³ CASTRO, Marcos Faro. *Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, 1.997. Página(s) 34.

particularidades atinentes a sua ocorrência, ao passo que a judicialização da política, no âmbito pátrio, está relacionado sobretudo ao modelo constitucional adotado, o ativismo judicial constitui uma espécie de resposta do Poder Judiciário em decorrência da insuficiência do Poder Legislativo, de maneira a responder e atender as demandas da sociedade.

Nesse sentido nos esclarece Luís Roberto Barroso:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política.

[...]

Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetivas.⁵⁴

Quanto ao ativismo judicial, no que se refere a sua origem histórica, o mesmo se originou no âmbito jurisprudencial dos Estados Unidos da América, conforme menciona Luís Roberto Barroso:

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registra-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadores. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1.857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1.905-1.937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1.927). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1.953-1.969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1.973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1.954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1.966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1.973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1.965) e de interrupção da gestação (*Ro v. Wade*, 1.973).⁵⁵

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Universidade do Estado Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2.008. Página(s) 06.

⁵⁵ *Ibidem*. Página(s) 07.

Ademais, atinente a conceituação de ativismo judicial, bem como as condutas de manifesta postura ativista, prossegue Luís Roberto Barroso:

A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em sua texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.⁵⁶

Observa-se portanto, que o ativismo judicial está relacionada a ampliação e intensificação do Poder Judiciário na concretização dos princípios e valores constantes no dispositivo constitucional, com conseqüente interferência no âmbito de atuação dos demais Poderes do Estado, atendendo assim, as demandas sociais não satisfeitas pela atuação legislativa, extraindo o máximo das potencialidades do texto constitucional.

4.2 Judicialização da Política no Mundo

Consoante ao anteriormente observado, a ascensão institucional do Judiciário, com sua consagração na condição de perpetuo e legítimo protetor do diploma constitucional, bem como a elaboração de mecanismos de controle de constitucionalidade dos atos dos Poderes do Estado, proporcionou à orbita jurisdicional das cortes e tribunais, inegável protagonismo, a medida de sua crescente influência em questões de larga repercussão política e cultura.

Mencionada ascensão institucional do Judiciário, somente veio a ser possível, dentre outros fatores, devido a consolidação do Estado constitucional de direito, que em detrimento ao até então predominante, sobretudo na Europa continental, Estado legislativo de direito, determinou a centralidade da Constituição e propiciou o estabelecimento da supremacia judicial.

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Universidade do Estado Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2.008. Página(s) 06.

Nesse sentido, conforme observa Luís Roberto Barroso:

O Estado constitucional de direito se consolida, na Europa continental, a partir do final da II Guerra Mundial. Até então, vigorava um modelo identificado, por vezes, como Estado legislativo de direito. Nele, a Constituição era compreendida, essencialmente, como um documento político, cujas normas não eram aplicáveis diretamente, ficando na dependência de desenvolvimento pelo legislador ou pelo administrador. Tampouco existia o controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário - ou, onde existia, era tímido e pouco relevante. Nesse ambiente, vigorava a centralidade da lei e a supremacia do parlamento. No Estado constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculantes das normas constitucionais.⁵⁷

A partir de então, o ambiente propício ao surgimento do fenômeno da judicialização da política e sua conseqüente irradiação às democracias contemporânea estava estabelecido, podendo esse ser considerado um resultado natural da consolidação do Estado constitucional de direito.

No que concerne a incidência e irradiação do referido fenômeno aos mais diversos países, exemplifica Luís Roberto Barroso:

Os exemplos são numerosos e inequívocos. No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2.000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento *Bush v. Gore*. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território da palestina. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por *impeachment*.⁵⁸

Sendo assim, constitui a judicialização da política um fenômeno global de inegável incidência nas democracias modernas devido ao fato de que nelas a consolidação do Estado constitucional de direito resultou em um Poder Judiciário autônomo e eficiente, capaz

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, 2.010. Página(s) 07-08.

⁵⁸ *Ibidem*. Página(s) 01-02.

de garantir e defender a supremacia constitucional, através da atuação de suas cortes e tribunais, por meio do exercício dos mecanismo de controle de constitucionalidade, frente aos atos dos demais Poderes do Estado, quais sejam o Executivo e Legislativo.

4.3 Advento da Judicialização da Política no Brasil

No contexto pátrio, a constatação da ocorrência da judicialização da política não tão somente vem se tornando cada vez mais evidente, mas também possui inegável maximização. Entre os diversos fatores que propiciam sua ocorrência no contexto nacional, podemos destacar três principais a serem analisados, quais sejam, a redemocratização, que proporcionou a recuperação e ampliação das garantias da magistratura, a constitucionalização abrangente de matérias, ocasionada com a promulgação da Constituição de 1.988, e, por fim, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, considerado um dos mais abrangentes do mundo.

Conforme anteriormente mencionado, dentre os elencados três principais fatores se encontra a redemocratização do país, por mais que possua, em comparação com os demais fatores, menor primazia, sua relevância reside no fato de ter culminado na restituição e ampliação das garantias da magistratura ao Judiciário, fazendo com que o mesmo perdesse sua condição de tão somente um departamento técnico-especializado, atribuída ao longo do período de regência do Regime Militar, bem como devido à expansão institucional e aumento da relevância de órgãos como o Ministério Público e a Defensoria Pública, fortalecendo e expandindo o Poder Judiciário em consoante ao aumento de demandas por justiça em todo o âmbito da sociedade.

Nesse sentido nos esclarece Luís Roberto Barroso:

Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. No Supremo Tribunal, uma geração de novos Ministros já não deve seu título de investidura ao regime militar. Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em

diferentes partes do Brasil. Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira.⁵⁹

O segundo dentre os fatores está relacionado diretamente à promulgação da Constituição de 1.988, visto que esta, por ser analítica e, conseqüentemente, extensa e prolixa, promoveu uma constitucionalização abrangente de matérias, o que significa retirar determinado tema do debate político e inseri-lo ao âmbito das pretensões judicializáveis, passíveis de incidência do sistema de controle de constitucionalidade, ou seja, transformar o que até então era política em direito.

Por essa acepção também elucidada Luís Roberto Barroso:

[...] foi a *constitucionalização abrangente*, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Essa foi, igualmente, uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1.976) e Espanha (1.978), que foi potencializada entre nós com a Constituição de 1.988. A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão - seja um direito individual, uma pretensão estatal ou um fim público - é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.⁶⁰

Por fim, o terceiro e último fator relacionado ao advento da judicialização da política no âmbito nacional, trata-se do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, considerado um dos mais abrangentes do mundo.

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade pode ser classificado, dentre os modelos tradicionalmente estabelecido, como controle híbrido ou misto de constitucionalidade, que se origina a partir da combinação dos elementos, riquezas e complexidades técnicas dos sistemas de controle de constitucionalidade difuso, construído pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no século XIX, a partir do *leading case* Marbury vs. Madison, e concentrado, pela atuação incisiva das Cortes e Tribunais Constitucionais, que encontra sua origem história na jurisdição constitucional austríaca,

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Universidade do Estado Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2.008. Página(s) 03.

⁶⁰ Ibidem. Página(s) 03-04.

possuindo como principal idealizador Hans Kelsen, considerado um dos mais importantes e influentes estudiosos do direito.

Sendo assim, no âmbito do ordenamento jurídico pátria, o controle de constitucionalidade pode ser exercido tanto em caráter incidental, pela atuação dos tribunais e juízes no caso em concreto, independente do grau de sua jurisdição, quanto pela atividade do Supremo Tribunal Federal, em resposta a impetração de ação direta relativa a análise da constitucionalidade no âmbito de determinadas matérias.

Nesse sentido, a título de complementação, nos esclarece Luís Roberto Barroso:

[...] o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo. Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas - as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais - podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF.⁶¹

Devemos destacar que a combinação dos dois últimos principais fatores não tão somente propiciou a incidência do fenômeno da judicialização da política em âmbito nacional, como também veio a potencializar referida incidência fazendo com que o mesmo viesse a adquirir proporções ainda maiores, em especial quanto relativo ao campo de atividade do Supremo Tribunal Federal, conforme menciona Luís Roberto Barroso:

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

Como consequência, quase todas as questões de relevância política, social ou moral foram discutidas ou já estão postas em sede judicial, especialmente perante o Supremo Tribunal Federal. A enunciação do que se segue, meramente exemplificativa, servo como boa ilustração dos temas judicializados: (i) instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência (ADI 3105/DF); (ii) criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do Judiciário (ADI 3367); pesquisas com células-

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Universidade do Estado Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2.008. Página(s) 04.

tronco embrionárias (ADI 3510/DF); (iv) liberdade de expressão e racismo (HC 82424/RS - caso Ellwanger); (v) interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); (vi) restrição ao uso de algemas (HC 91952/SP e Súmula Vinculante n° 11); (vii) demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388/RR); (viii) legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3330); (ix) vedação ao nepotismo (ADC 12/ DF e Súmula n° 13); (x) não-recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130/DF). A lista poderia prosseguir indefinidamente, com a identificação de casos de grande visibilidade e repercussão, como a extradição do militante italiano Cesare Battisti (Ext 1085/Itália e MS 27875/DF) ou da proibição do uso do amianto (ADI 3937/SP). Merece destaque a realização de diversas audiências públicas, perante o STF, para debater a questão da judicialização de prestação de saúde, notadamente o fornecimento de medicamentos e de tratamentos fora das listas e dos protocolos do Sistema Único de Saúde (SUS).⁶²

Logo, observa-se que, além de se tornar evidente a constância da judicialização da política no âmbito nacional, referido fenômeno se encontra em plena expansão e propagação, intensificando assim, a interferência dos órgãos da esfera jurisdicional em questões tradicionalmente pertencentes ao campo de deliberação administrativo e político, vinculados, respectivamente, aos Poderes Executivo e Legislativo.

⁶² BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, 2.010. Página(s) 09-10.

5 DO PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A DIMENSÃO POLÍTICA DA FUNÇÃO JURISDICIONAL NO BRASIL

Ao passo que o Poder Judiciário, ao longo dos anos, vem adquirindo cada vez maior protagonismo em relação aos demais Poderes do Estado no âmbito nacional, devemos reconhecer o especial destaque atribuído ao Supremo Tribunal Federal, visto esse constituir o mais alto órgão jurisdicional pátrio, com amplo campo de atuação, não tão somente no que se refere ao exercício do controle de constitucionalidade, seja no âmbito de sua competência originária ou em sede de recurso extraordinário, e por suas atribuições penais, relativas ao foro especial por prerrogativa de função, atribuído aos dignitários da República Federativa do Brasil, mas principalmente pelo motivo de que quase todas as questões de relevância política, social ou moral estarem sendo levadas para discussão e conseqüente decisão pelo Supremo Tribunal Federa.

Mencionada interferência do Poder Judiciário, principalmente no que se refere a atuação do Supremo Tribunal Federal, nas decisões e questões administrativas e políticas, tradicionalmente pertencentes aos Poderes Executivo e Legislativo, têm levando questionamentos atinentes não tão somente a separação dos poderes e a preservação e promoção da convivência harmoniosa e equilibrada entre esses, mas também quanto a função política que o Poder Judiciário possui ou possa vir a adquirir, bem como sua legitimidade para atividade no processo deliberatório e decisório relativos as mencionadas questões.

5.1 Princípio de *Trias Política*

Em breve observação, o princípio de *Trias Política* ou Teoria da Separação dos Poderes, cuja a concepção histórica remonta aos filósofos gregos Platão e Aristóteles, veio a ser implementado ao âmbito do constitucionalismo no século XVIII, através do livro “O Espírito das Leis” (*L’Esprit des Lois*) de Charles-Louis de Secondat, Barão de Montesquieu, publicado no ano de 1.748.

Em referido livro, Montesquieu acaba por redefinir o Poder do Estado, anteriormente absoluto e irrestrito, de modo a torna-lo limitado, por meio do estabelecimento de três Poderes, que devem se manter harmônicos e independentes entre si, no que se refere ao

âmbito de suas atuações e competências, quais sejam o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário.

Ademais, referidos Poderes devem possuir suas atribuições bem definidas, além de compartilharem o equilíbrio entre suas funções, sendo exercidos por órgãos estatais distintos e completamente independentes, proporcionando a limitação do poder pelo próprio poder, mérito fundamental da Teoria da Separação dos Poderes.

Nesse sentido esclarece Charles-Louis de Secondat, Barão de Montesquieu:

Quando da mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executar-las tiranicamente.

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse estes três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências do indivíduo.⁶³

Por fim, quanto ao funcionamento do sistema de repartição dos Poderes do Estado, Charles-Louis de Secondat, Barão de Montesquieu elucidada:

O corpo legislativo sendo composto de duas partes, uma paralisara a outra por sua mútua faculdade de impedir. Todas as duas serão paralisadas pelo poder executivo, que o será, por sua vez pelo poder judiciário.

Estes três poderes deveriam formar uma pausa ou inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, eles serão obrigados a caminhar, serão forçados a caminhar de acordo.⁶⁴

Em conclusão, no que se refere a influência mutua e o controle recíproco entre os Poderes, se encontra os mecanismos de freios e contrapesos, no âmbito do controle das funções atribuídas a um determinado Poder do Estado pelos demais, garantindo e promovendo

⁶³ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de. O Espírito das Leis. Editora: Martins Fontes, São Paulo, 2.000. Página(s) 168.

⁶⁴ Ibidem. Página(s) 170.

não são somente o equilíbrio entre esses, mas também o funcionamento e a continuidade dos Poderes do Estado.

5.2 Função Política do Poder Judiciário

Normalmente, em uma concepção primária, compete aos tribunais a função de não somente aplicar o direito, sendo, em caráter excepcional, atribuída uma função que se aproxima a criação do direito, no âmbito deliberatório e decisório quanto a declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou regulamento, bem como no estabelecimento de um precedente a ser aplicado a questões futuras que serão objeto de deliberação.

No que se refere a função atribuída aos tribunais, em que há uma aproximação relativa a competência quanto a criação do direito, pode-se portanto considerar que esta constitui uma função política atribuída aos órgãos jurisdicionais, mesmo que ainda em menor parcela daquela que compete tradicionalmente aos Poderes Executivo e Legislativo, denotando aspectos pertinentes à judicialização da política.

Conforme menciona Cezar Saldanha Souza Júnior:

Na perspectiva funcional material, o poder constituinte originário, pela via da hexapartição de poderes, comissionou o Tribunal Constitucional com uma parcela importantíssima da função política de última instância. Qual seja: a função de defender e concretizar, progressivamente, a Constituição normativa, fulcrada em texto escrito, com vocação de supremacia [...]

Nessa natureza funcional material de última instância podemos arrolar atuações como: (a) renovar continuamente, o consenso política que sustenta a ordem democrática instituída na Constituição; (b) atualizar, incessantemente, o poder constituinte originário, tanto na concreção dos valores supremos do ordenamento, quanto na necessária evolução diante das novas exigências da história e da consciência da civilização; (c) arbitrar, quando envolvida questão constitucional, conflitos entre poderes, tanto na distribuição funcional, quanto na distribuição territorial; e (d) proteger os direitos fundamentais da pessoa, frente ao poder público e à sociedade em geral.⁶⁵

Sendo assim, em síntese, pode-se concluir, quanto da função política atribuída ao Poder Judiciário, que a mesma se encontra concentrada especialmente no âmbito de quatro

⁶⁵ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. O tribunal constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes. Editora: Memória Jurídica, São Paulo, 2.002. Página(s) 42.

temáticas: separação dos poderes, federalismo, proteção dos direitos fundamentais e controle do funcionamento das instituições democráticas.

5.3 Legitimidade de Intervenção do Poder Judiciário

Quanto a legitimidade do Poder Judiciário no âmbito das deliberações e decisões em questões relacionadas ao campo político e, portanto, em um aspecto pertinente a judicialização da política, não constitui esse um ponto pacífico, havendo entendimentos atinentes tanto a ilegitimidade quanto pela legitimidade dos tribunais.

Dentre os diversos argumentos, no que se refere ao âmbito da separação dos poderes, um vem a ser objeto de deliberação compartilhado por ambos os lados, qual seja a questão atinente a Teoria da Separação dos Poderes, anteriormente brevemente observada.

Em que pese o argumento pela ilegitimidade do Poder Judiciário, para deliberações e decisões relacionadas a temas correlatos ao campo político, há a prevalência da adoção de uma concepção rígida quanto ao Princípio de *Trias Política* ou Separação dos Poderes, em uma primeira aplicação do postulado de Charles-Louis de Secondat, Barão de Montesquieu, sendo portanto considerada a atividade jurisdicional no âmbito em questão, uma violação ao referido postulado, colocando em risco, assim, o equilíbrio e a harmonia, tão estimada, entre os Poderes do Estado.

Ao passo que, no que se refere ao argumento pela legitimidade do Poder Judiciário, vêm ao entendimento que não se trata essa de uma violação ao mencionado princípio, mas sim o resultado naturalístico de sua aplicação, atinente a atividade dos mecanismos de freios e contrapesos consagrados pela Teoria da Separação dos Poderes.

Nesse sentido, argumenta Alexander Hamilton:

[...] as cortes foram destinadas a desempenhar o papel de órgão intermediário entre o povo e o Legislativo, a fim de, além de outras funções, manter este último dentro dos limites fixados para sua atuação. O campo de ação próprio e peculiar das cortes se resume na interpretação das leis. Uma constituição é, de fato, a lei básica, e como tal deve ser considerada pelos juizes. Em consequência, cabe-lhes interpretar seus dispositivos, assim como o significado de quaisquer resoluções do Legislativo. Se acontecer uma irreconciliável discrepância entre estas, a que tiver maior hierarquia e

validade deverá, naturalmente, ser a preferida; em outras palavras, a Constituição deve prevalecer sobre a lei ordinária, a intenção do povo sobre a de seus agentes.⁶⁶

Ademais, prossegue Alexandre Hamilton:

Cabe por fim observar que o risco de invasões, por parte do judiciário, na autoridade do Legislativo, tantas vezes mencionado, não passa de uma fantasia. Podem ocorrer de quando em vez interpretações errôneas e violações da intenção do legislador, mas sem atingir um grau capaz de afetar a ordem de sistema política, como pode ser inferido seguramente a natureza geral do Poder Judiciário, dos assuntos a ele referentes, da maneira como exerce, de sua relativa fraqueza e sua total incapacidade de recorrer à força em apoio às suas usurpações.⁶⁷

Sendo assim, ao declarar um determinada norma nula, não está o Poder Judiciário estabelecendo outra em seu lugar, mas tão somente cumprindo seu dever institucional, quanto sua condição de guardião do dispositivo constitucional, garantido a preservação e a proteção do mencionado diploma.

⁶⁶ MADISON, James. HAMILTON, Alexander. JAY, John. Os Artigos Federalistas. Tradução do inglês: Maria Luiza X. de A. Borges. Editora: Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1.993. Página(s) 17.

⁶⁷ Ibidem. Página(s) 18.

6 CONCLUSÃO

A ocorrência e propagação do fenômeno da Judicialização da Política é de inegável reconhecimento nas democracias contemporâneas, resultado, bem como responsável em parte, dentre outros fatores, do constante protagonismo adquirido do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes do Estado, sendo possível afirmar, de forma categórica, ser esta a Era do Judiciário.

Importante ressaltar que referido protagonismo decorre dos próprios dispositivos constitucionais, das atribuições relativas ao exercício do controle de constitucionalidade dos atos dos poderes públicos, sendo assim, da concepção e prevalência do Estado constitucional de direito, não havendo, portanto, qualquer risco ou ilegitimidade em relação aquilo que compreendemos por democracia.

No âmbito nacional, referido fenômeno encontrou o ambiente propício para sua incidência e amplitude, devido a existência de um Poder Judiciário concreto, autônomo e eficiente, constituído após o Regime Militar, as características relativas a Constituição de 1.988, considerada analítica, que veio a promover a constitucionalização de inúmeras matérias, bem como da adoção de amplos mecanismos de controle de constitucionalidade, sendo o Brasil considerado um expoente do controle híbrido ou misto de constitucionalidade.

Quanto ao protagonismo do Poder Judiciário no ambiente pátrio, sobretudo no que se refere ao Supremo Tribunal Federal, deve-se constar que não se trata apenas das questões relativas ao fenômeno da Judicialização da Política e aquelas referentes as atribuições que lhes competem por determinação do diploma constitucional, mas também ao enfraquecimento moral e ético, aos olhos da opinião pública, dos Poderes Executivo e Legislativo, devido, sobretudo, aos desmandos de seus dignitários.

Em suma, na condição de guardião do dispositivo constitucional e de seus preceitos, compete ao Poder Judiciário fazê-lo, em nome dos direitos fundamentais e dos valores, no âmbito dos procedimentos democráticos, inclusive frente aos atos dos demais Poderes do Estado, quais sejam o Executivo e Legislativo.

No ambiente democrático e portanto, no Estado Democrático de Direito, não possui a Judicialização da Política, em sua essência, aspectos negativos, muito pelo contrário, promove está a preservação e proteção do mencionado ambiente democrático, resguardando o

dispositivo constitucional de qualquer violação ou pretensão de violação pelos atos dos Poderes Executivo e Legislativo, por meio do exercício da jurisdição constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁUSTRIA. **Verfassungsgerichtshof Österreich.** Disponível em <https://www.vfgh.gv.at/index.de.html> (Acesso em 11/07/17).

ÁFRICA DO SUL. **Constitutional Court of South Africa.** Disponível em <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/home.htm> (Acesso em 08/07/17).

ALEMANHA. **Bundesverfassungsgericht.** Disponível em <http://www.bverfg.de/index.html> (Acesso em 08/07/17).

ARGENTINA. **Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.** Disponível em <http://www.csjn.gov.ar/> (Acesso em 10/07/17).

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Editora: Almedina, Coimbra, 1.994.

BAHIA, Flávia. **Direito Constitucional.** Editora: Armador, Recife, 2.017.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** Editora: Saraiva, São Paulo, 2.009.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo.** Revista Jurídica da Presidência, Brasília, 2.010. Disponível em <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/230> (Acesso em 10/09/17).

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Universidade do Estado Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2.008. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> (Acesso em 10/09/17).

BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira.** Editora: Renovar, Rio de Janeiro, 2.014.

BOBBIO, Norberto. MATTEUCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** Universidade de Brasília, Brasília, 1.986.

CANADÁ. **Supreme Court of Canada**. Disponível em <http://www.scc-csc.ca/home-accueil/index-eng.aspx> (Acesso em 11/07/17).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Editora: Almedina, Coimbra, 2.003.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Editora: Fabris, Porto Alegre, 1.999.

CASTRO, Marcos Faro. **Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, 1.997.

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. Presidente Prudente, 2.015.

COLÔMBIA. **Corte Constitucional de Colombia**. Disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/> (Acesso em 12/07/17).

CHILE. **Tribunal Constitucional de Chile**. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.cl/> (Acesso em 10/07/17).

CLÉVE, Clémerson Merlin. **Direito Constitucional Brasileiro**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2.014.

DANTAS, Ivo. **Novo processo constitucional brasileiro**. Editora: Juruá, Curitiba, 2.010.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Supreme Court of the United States**. Disponível em <https://www.supremecourt.gov/index.html> (Acesso em 12/07/17).

ELSTER, Jon. **Constitutionalism and Democracy**. Cambridge University Press, Cambridge, 1.988.

FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Editora: Landy, São Paulo, 2.004.

FILHO, Newton Tavares. **Tribunais Constitucionais**. Editora: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, Brasília, 2.009.

FRANÇA. **Conseil Constitutionnel**. Disponível em <http://www.conseil-constitutionnel.fr/> (Acesso em 12/07/17).

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como norma y el tribunal constitucional**. Editora: Civitas, Madrid, 1.994.

HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã**. Editora: Fabris, Porto Alegre, 1.995.

HESSE, Konrad. **Die Normative Kraft Der Verfassung**. Tradução do alemão: Gilmar Ferreira Mendes. Editora: Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre, 1.991.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Editora: Fabris, Porto Alegre, 1.998.

JAPÃO. **Supreme Court of Japan**. Disponível em <http://www.courts.go.jp/english/> (Acesso em 15/07/17).

JUNIOR, Amandino Teixeira Nunes. **A Constituição de 1.988 e a judicialização da política no Brasil**. Revista de Informação Legislativa da Câmara dos Deputados, Brasília, 2.008.

KELSEN, Hans. **A Jurisdição Constitucional**. Tradução do alemão: Alexandre Krug. Tradução do italiano: Eduard Brandão. Tradução do francês: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Editora: Martins Fontes, São Paulo, 2.007.

KELSEN, Hans. **Quem deve ser o guardião da Constituição?** Tradução do alemão: Alexandre Krug. Tradução do italiano: Eduard Brandão. Tradução do francês: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Editora: Martins Fontes, São Paulo, 2.007.

LOSING, Norbert. **La Jurisdiccionalidad Constitucional en Latinoamérica**. Editora: Dykson, Madrid, 2.002.

MACIEL, Débora. KOERNER, Andrei. **Sentidos da Judicialização da Política: duas análises**. Editora: Lua Nova, São Paulo, 2.002.

MADISON, James. HAMILTON, Alexander. JAY, John. **Os Artigos Federalistas**. Tradução do inglês: Maria Luiza X. de A. Borges. Editora: Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1.993.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. Editora: JusPODIVM, Salvador, 2.016.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Editora: Saraiva, São Paulo, 2.015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. Editora: Saraiva, São Paulo, 1.999.

MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Editora: Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2.011.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de. **O Espírito das Leis**. Editora: Martins Fontes, São Paulo, 2.000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Editora: Atlas, São Paulo, 2.016.

NALINI, José Renato. **Constituição e Estado democrático**. Editora: FTD, São Paulo, 1.997.

PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. Editora: Método, Rio de Janeiro, 2.015.

POLLETTI, Ronaldo. **Controle de constitucionalidade das leis**. Editora: Forense, Rio de Janeiro, 1.985.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Editora: Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2.009.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes.** Editora: Memória Jurídica, São Paulo, 2.002.

TATE, C. Neal. VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of Judicial Power.** New York University, New York, 1.995.

VELOSO, Zeno Augusto Bastos. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade.** Editora: CEJUP, Belém, 1.999.