

**O DESEQUILÍBRIO INSTITUCIONAL
ENTRE OS PODERES REPUBLICANOS**
ELEMENTOS ESTRUTURAIS, CIRCUNSTANCIAIS E O
FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

*Tibério Celso Gomes dos Santos**

Resumo: O Estado brasileiro atual foi estruturado sob uma ordem constitucional com uma divisão funcional em três órgãos, chamados juridicamente de poderes. A despeito de a organização normativa constitucional buscar reproduzir idealmente o plano teórico da noção de separação de funções e dos mecanismos de “freios e contrapesos” entre os poderes constituídos, observa-se que o equilíbrio de forças entre eles no plano prático da realidade brasileira demonstra que esse esperado equilíbrio não funciona exatamente como pensado abstratamente, sendo frequentes os casos de ciclos de franca hipertrofia de um poder sobre os outros, ou mesmo de desarranjo geral entre todos os poderes constituídos, como ocorreu recentemente no caso do julgamento pelo STF do orçamento secreto, matéria que envolvia o equilíbrio simultâneo de forças entre os três poderes, culminando num cenário que desorganiza sobremaneira o bom funcionamento do Estado brasileiro e das suas instituições. Sob essas premissas teóricas, objetiva-se analisar, mediante uma abordagem jurídico-política, os elementos contributivos para a formação do atual equilíbrio dinâmico de forças que envolve os três poderes republicanos. Em específico, objetiva-se investigar alguns dos fatores institucionais e políticos que potencialmente contribuem para o desequilíbrio de forças entre os poderes, buscando responder se o desequilíbrio de forças entre os poderes possui causalidades circunstanciais, de momento, ou se são decorrentes do mau desenho institucional da separação de poderes, logo de causalidades estruturais. Como metodologia, adota-se a pesquisa bibliográfica básica, com abordagem dos temas com um enfoque de análise jurídico-político, contudo sem pretensão de focar no exame teórico aprofundado das categorias dogmáticas.

Palavras-chave: Separação de poderes; Desequilíbrios; Causas estruturais e circunstanciais.

**THE INSTITUTIONAL IMBALANCE
BETWEEN THE REPUBLICAN POWERS**
STRUCTURAL AND CIRCUMSTANTIAL ELEMENTS AND THE
PHENOMENON OF THE JUDICIALIZATION OF POLITICS

Abstract: The current Brazilian State was structured under a constitutional order with a functional division into three bodies, legally called powers. Despite the fact that the constitutional normative organization seeks to ideally reproduce the theoretical plan of the notion of separation of functions and the mechanisms of “checks and balances” between the constituted powers, it is observed that the balance of forces between them in the practical

* Doutorando em Direito Constitucional, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará – UFC, Brasil. Possui Mestrado em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas UEA. Procurador da Fazenda Nacional, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN, Professor Universitário em Direito. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1653-5021>. Contato: tiberio_ce@yahoo.com.br.

plan of the Brazilian reality demonstrates that this expected balance does not work exactly as abstractly thought, with cases of frank hypertrophy cycles of one power over the others being frequent, or even of general disarray between all the constituted powers, as recently occurred in the case of the judgment by the STF of the secret budget, a matter that involved the simultaneous balance of forces between the three powers, culminating in a scenario that greatly disorganized the proper functioning of the Brazilian State and its institutions. Under these theoretical premises, the objective is to analyze, through a legal-political approach, the contributory elements for the formation of the current dynamic balance of forces that involves the three republican powers. Specifically, the objective is to investigate some of the institutional and political factors that potentially contribute to the imbalance of forces between the powers, seeking to answer whether the imbalance of forces between the powers has circumstantial causalities, at the moment, or if they are due to bad institutional design of the separation of powers, hence of structural causalities. As a methodology, basic bibliographical research is adopted, approaching the themes with a legal-political analysis focus, however without intending to focus on the in-depth theoretical examination of dogmatic categories.

Keywords: Separation of powers; Imbalances; Structural and circumstantial causes.

EL DESEQUILIBRIO INSTITUCIONAL ENTRE LOS PODERES REPUBLICANOS

ELEMENTOS ESTRUCTURALES Y COYUNTURALES Y EL FENÓMENO DE LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA

Resumen: El Estado brasileño actual se estructuró bajo un orden jurídico constitucional a través de una división funcional en tres órganos, legalmente llamados poderes. A pesar de la organización normativa constitucional que busca reproducir idealmente el plan teórico de la noción de separación de funciones y los mecanismos de “frenos y contrapesos” entre los poderes constituidos, se observa que el equilibrio de fuerzas entre ellos en el plan práctico del gobierno brasileño la realidad demuestra que este esperado equilibrio no funciona exactamente como se pensaba en abstracto, con frecuentes casos de ciclos de franca hipertrofia de un poder sobre otros, o incluso de desajuste general entre todos los poderes constituidos, como ocurrió recientemente en el caso de la sentencia del STF sobre el presupuesto secreto, asunto que involucró el equilibrio simultáneo de fuerzas entre los tres poderes del Estado, escenarios que, obviamente, desorganizan en gran medida el buen funcionamiento de el Estado brasileño y sus instituciones. Bajo estas premisas teóricas, el objetivo es analizar, a través de un enfoque jurídico-político, los elementos coadyuvantes para la conformación de la actual dinámica de correlación de fuerzas que involucra a los tres poderes republicanos. Específicamente, pretende indagar algunos de los factores institucionales y políticos que potencialmente contribuyen al desequilibrio de fuerzas entre los poderes, buscando responder si el desequilibrio de fuerzas entre los poderes tiene causalidades circunstanciales, en el momento, o si se deben a mal diseño institucional de la separación de poderes, por lo tanto de causalidades estructurales. Como metodología, se adopta la investigación bibliográfica básica, abordando los temas con un enfoque de análisis jurídico-político, pero sin la intención de centrarse en la profundización teórica de las categorías dogmáticas.

Palabras clave: Separación de poderes; Desequilibrios; Causas estructurales y circunstanciales.

Introdução

O Estado brasileiro atual foi estruturado sob uma ordem jurídica constitucional que organizou sua macroestrutura funcional em três órgãos, chamados juridicamente de poderes, como descrito no artigo 2º da Constituição Federal de 1988. Ou seja, adotou-se o sistema jurídico-político seguido na maioria dos modelos constitucionais ocidentais, mediante a divisão tripartite de poderes, com definição de competências típicas rígidas, temperado por um campo restrito de competências atípicas.

As primeiras concepções de divisão das funções do Estado em três poderes distintos remontam a Aristóteles, em sua obra “A Política”. Na Idade Moderna, a obra de John Locke, intitulada “Segundo Tratado sobre o Governo Civil”, representa mais um desenvolvimento à ideia. Contudo, o modelo de separação de poderes utilizado pelos Estados contemporâneos possui sua principal matriz teórica nos ensinamentos de Montesquieu, em sua obra “O espírito das leis”, na qual, enfim, o Poder Judiciário desponta como um dos três poderes, ao lado do Executivo e Legislativo.

Inicia-se com esse breve marco teórico para explicar que a proposta central desse estudo é a de analisar, sob uma perspectiva jurídico-política, os elementos contributivos para a formação do atual equilíbrio dinâmico de forças que envolve os três poderes republicanos. Logo, o estudo a seguir não tem foco central nos aspectos históricos que contribuíram para a formatação contemporânea da divisão de poderes, tampouco possui como objetivo enveredar pelo estudo das categorias da dogmática jurídica, sendo os dados históricos e recursos dogmáticos eventualmente trabalhados apenas um dos elementos argumentativos disponíveis, não o objeto em si desse estudo.

Em específico, objetiva-se investigar alguns dos fatores institucionais, jurídicos e políticos que potencialmente contribuem para o desequilíbrio de forças entre os poderes, buscando responder se as hipóteses de desequilíbrio de forças entre os poderes possuem causalidades circunstanciais, resultantes das conjunturas de momento, ou se são decorrentes do mau desenho institucional da separação de poderes, ou seja, de causalidades estruturais.

Nesse contexto de desequilíbrio entre os poderes republicanos, o primeiro capítulo dedica-se ao exame da estruturação teórica e normativa do modelo de divisão tripartite dos poderes e o sistema de freio e contrapesos (*Check and balances system*), com estudo focado

na realidade jurídico-política brasileira

No segundo capítulo, examina-se a primeira manifestação de desarranjo entre os poderes, com o estudo dos elementos contributivos para a formação do *presidencialismo de coalizão* e o *fisiologismo político*, investigando suas raízes circunstanciais e estruturais, resultantes no excesso de competências do Poder Executivo, e a subjugação do Poder Legislativo ao controle da agenda legislativa pelo Executivo.

No terceiro capítulo, pesquisa-se o fenômeno do contexto disfuncional existente no protagonismo atual excessivo do Poder Judiciário. Para tanto, concentra-se a análise na investigação das raízes circunstanciais e estruturais contributivas para a ascensão desse poder como solucionador de litígios de grande relevância, até então tradicionalmente resolvidos pelos chamados poderes com legitimação democrática.

Nessa temática, investiga-se dois temas transversais: o fenômeno da judicialização da política e o ativismo judicial.

Como uma das principais hipóteses de trabalho, será estudado o caso bem atual envolvendo os limites e possibilidades de controle jurisdicional sobre atos internos do Poder Legislativo, através do exemplo do recente julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) no qual considerou-se inconstitucional o chamado Orçamento Secreto, como ficaram conhecidas as emendas de relator ao Orçamento Geral da União.

Como metodologia de trabalho, adota-se uma abordagem descritiva e analítica, extraída de pesquisa bibliográfica básica, com um enfoque de análise sob aspectos jurídico-políticos sem a pretensão de exame teórico aprofundado das categorias dogmáticas.

1 A construção jurídica da *pseudo* independência e harmonia constitucional entre os poderes

O constituinte originário não hesitou em logo no artigo 2º da Constituição Federal de 1988¹ estabelecer que os três poderes são poderes independentes e harmônicos entre si, deixando livre de dúvidas que não há qualquer respaldo jurídico para atribuir preponderância hierárquica ou relação de subordinação entre quaisquer dos poderes. Muito ao contrário, com esse mandamento direto e reto, o objetivo subjacente ao conteúdo da norma posta foi o de criar uma norma jurídica pressuposta de vedação a qualquer tentativa de infringência ao quadro de equilíbrio suposto entre poderes.

¹ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

Não satisfeito, o constituinte elevou mais ainda a proteção jurídica da relação de independência e separação entre os poderes estabelecendo-a como uma cláusula pétrea (artigo 60, § 4º, inciso III da Constituição Federal de 1988).² Ou seja, a independência e harmonia entre os poderes consubstancia uma das hipóteses de limite material à alteração do texto constitucional, sendo vedado qualquer ato modificativo tendente à sua abolição ou mesmo que objetive a mera redução de sua força normativa.

Outro exemplo da proteção jurídica constitucional conferida à separação e harmonia esperada entre os poderes, mas agora aplicável ao âmbito estadual, observa-se no dispositivo (artigo 34, IV) que estabelece que qualquer ato sensível tendente a restringir o livre exercício dos poderes nas unidades federadas estaduais desafia o procedimento constitucional de intervenção federal.³

A preocupação com a limitação de poder entre os poderes constituídos do Estado não é tema novo, pois remonta às noções iniciais de contenção do poder em Platão. Perpassa pela teoria da divisão da autoridade estatal por Aristóteles.⁴ Mais à frente, foi objeto dos estudos por John Locke e, principalmente, a teoria tripartite foi consagrada pelo Barão de Montesquieu, através da obra *O espírito das leis*, na qual destacava os perigos do poder do Estado concentrado em suas diversas funções nas mãos de um só soberano ou uma só instituição.⁵

A fundada desconfiança de que o sistema de separação entre os poderes de Montesquieu não seria um sistema perfeitamente autocontrolável (*theory of self-restraint*) contribuiu para o desenvolvimento da teoria denominada *check and balances system*,⁶ especialmente a partir dos estudos produzidos no direito anglo-saxão, com destaque para a obra “Os Federalistas”, de Madison e Hamilton. Na prática, o sistema *check and balances*

² Art. 60. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: III - a separação dos Poderes. *Idem*.

³ Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação. *Idem*.

⁴ Segundo Aristóteles: “Por ‘constituição’ entendo a organização das várias autoridades, e em particular da autoridade suprema, que está acima de todas as outras. Mas é preciso deixar claro que, em todos os casos, o corpo dos cidadãos é soberano; a constituição é a soma total da politeuma”. ARISTÓTELES. Política. In: *Os Pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 2000, p. 221.

⁵ Conforme Montesquieu: “Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar as os crimes ou as demandas dos particulares.” MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. Introdução, trad. e notas de Pedro Vieira Mota. 7ª ed. São Paulo. Saraiva: 2000, p. 67-68.

⁶ Senão tal que os poderes do governo estejam de tal maneira divididos e contrabalanceados entre os diferentes corpos de magistratura que nenhum possa transgredir aos seus limites legais, sem que os outros efetivamente o reprimam e o restrinjam. Tomo II, Os Federalistas) HAMILTON E MADSON. *Os Federalistas*. Tomo II. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. De J. Villeneuve e Comp, 1840, p. 200. Biblioteca digital Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/17661>>. Acesso em 20 jun.2020.

surgiu nos Estados Unidos como uma teoria para atribuição de legitimidade institucional principalmente ao Poder Judiciário para censurar os abusos do Poder Legislativo, então hipertrofiado.

O sistema *check and balances* consiste na lógica de que os poderes devem não somente se limitarem a exercer suas funções precípua, mas devem, também, sopesarem-se constantemente de forma recíproca o equilíbrio ideal de forças, evitando a concentração do poder nas mãos de uma só força institucional. Deste modo, os poderes devem atuar através de um sistema de controles recíprocos no qual cada poder exerce como uma de suas funções secundárias a tarefa de adentrar legitimamente no campo de atuação típica dos outros dois poderes⁷.

Neste contexto, o sistema jurídico norte-americano se destacou não somente pelo contributo da lógica do sistema *check and balances*, como, nessa mesma esteira ideológica, desenvolveu o sistema de controle difuso de constitucionalidade (*judicial review*)⁸. Conforme explica Valentin Cornejo, havia a necessidade de se controlar principalmente a hipertrofia do Legislativo (Parlamento), destacando-se o controle de constitucionalidade como um dos principais instrumentos de freios e contrapesos desenvolvidos na perspectiva de elevar o peso do Poder Judiciário, enquanto ao Poder Executivo elevou-se seu papel como impulsionador das prestações sociais ao encargo do *Estado de Bem-Estar Social*:

El quiebre del orden decimonónico – expression. Del triunfo y consolidación de la burguesía a través de la implantación de un nuevo régimen no intervencionista del Estado legitimado y conservado posteriormente por medio de una interpretación formalista del Derecho - lleva a la assunción del legislador por la aparición de formas de control de constitucionalidade. Al mismo tiempo, la complejidad social balancea el poder hacia el Ejecutivo, que ve así acrecentadas sus funciones normativas y transforma em el motor impulsor del Estado de bienestar.⁹

⁷ Conforme Dirley da Cunha Júnior: “Entretanto, importa deixar bem claro que o que caracteriza a independência entre os órgãos do Poder político não é a exclusividade no exercício das funções que lhes são atribuídas, mas, sim, a *predominância* no seu desempenho. Isso significa que, na clássica tríplice divisão funcional, as funções legislativas, executivas e judiciais são exercidas, *predominantemente*, pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, respectivamente. Ao lado dessas funções predominantes, denominadas de funções “típicas”, há outras, chamadas de funções “atípicas”, que são realizadas, não prioritariamente, mas sim subsidiariamente, por aqueles poderes como meios garantidores de sua própria autonomia e independência.” DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. A Judicialização da Política, a Politização da Justiça e o Papel do Juiz no Estado Constitucional Social e Democrático de Direito. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito*, [S. l.], v. 26, n. 28, 2016.

⁸ Nesse ambiente, vigorava a centralidade da lei e a supremacia do parlamento. BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, [S.l.], n. 21, jun. 2012, p. 4.

⁹ CORNEJO, Valentin Thury. *Juez y división de poderes hoy*. Buenos Aires: Editora Ciudad Argentina, 2002, p. 226.

Examinando a ordem constitucional brasileira, identifica-se no texto constitucional vários exemplos da materialização desse sistema de controle recíproco sob as denominadas funções atípicas do poderes, como observa-se na atribuição de competência ao Poder Legislativo para julgar e aprovar as contas do chefe do Poder Executivo (art. 49, IX), a realização de comissões parlamentares de inquérito – CPI's pelo Poder Legislativo sobre atos praticados pelo Poder Executivo (art. 58, § 3º), na atribuição do chefe do Poder Executivo para indicação e nomeação dos ministros dos tribunais superiores e demais magistrados do Poder Judiciário nos casos estabelecidos (art. 84, XVI), mediante aprovação em sabatina prévia no parlamento, a possibilidade de o chefe do Poder Executivo vetar projeto de lei do Poder Legislativo (art. 84, V), dentre vários outros exemplos que estruturam um sistema de contatos e controles recíprocos entre os poderes constituídos.

Em suma, a despeito de a organização normativa constitucional buscar reproduzir idealmente o plano teórico da noção de separação de funções e dos mecanismos de “freios e contrapesos” entre os poderes constituídos, observa-se que o equilíbrio de forças entre eles no plano prático da realidade político-constitucional brasileira demonstra que esse pseudo equilíbrio não funciona exatamente como pensado abstratamente, sendo frequentes os casos de ciclos de franca hipertrofia de um poder sobre os outros, ou mesmo de desarranjo geral entre todos os poderes constituídos, cenários que, por óbvio, desequilibram sobremaneira o bom funcionamento do Estado brasileiro e suas instituições, tema a ser estudado com mais atenção nos itens seguintes.

2 O desequilíbrio entre poderes como consequência do *Presidencialismo de Coalizão*

Inicialmente, é preciso compreender que o equilíbrio de forças entre os poderes republicanos não é um processo estático, ponderado a priori e medido com perfeição pelo esquadro normativo, mas sim trata-se de um processo complexo, dinâmico e multifacetado. Portanto, como consequência dessa premissa, alerta-se que até a investigação e especulação sobre as causas dos eventuais desequilíbrios devem ser contextualizadas às diversas circunstâncias de cada momento vivenciado, não sendo necessariamente aplicável o diagnóstico de uma época a todo momento, evitando-se o raciocínio do tipo *one size fits all*.

Neste sentido, Piçarra sustenta que, em verdade, o sistema de freios de contrapesos é pendular, logo não impede a predominância ocasional de uma força sobre outra, ao

contrário o autor afirma que “o sistema de freios e contrapesos determinou, afinal, não um equilíbrio permanente entre os poderes separados, mas sim a predominância cíclica de cada um deles.”¹⁰

Algumas hipóteses são defendidas como prováveis causas para o desequilíbrio entre os poderes. Há críticas em sentido mais restrito, de que o desequilíbrio advém de fatores de momento, chamados neste trabalho de causas circunstanciais. Há também fortes críticas com perspectivas mais amplas, aqui chamadas de estruturais, a exemplo das falhas sistêmicas congênitas à origem dos mecanismos de divisão de competências e controle recíprocos de “freios e contrapesos”, observadas no texto constitucional ao estabelecer o sistema de governo presidencialista com uma concentração excessiva de poderes no rol de atribuições do chefe do Poder Executivo, criando uma distopia funcional denominada *hiperpresidencialismo*, fenômeno comum de deturpação do modelo de sistema presidencialista americano observado nos países latino americanos.

Neste mesmo sentido sobre as chamadas falhas estruturais ou falhas de desenho institucional, Bruce Ackerman é um dos estudiosos com mais destaque ao criticar o modelo tradicional de separação de poderes, uma vez que conceitualmente distribuído entre poucas instâncias ou órgãos estatais, como o é no formato tripartite. Ackerman sustenta que tal limitação formal contribui para uma relação simbiótica entre os poderes cada vez mais patológica, ao tempo em que Ackerman conclui questionando se “há ainda alguma boa razão para supor que um governo moderno razoável deve dividir o poder entre somente três ou quatro instâncias”.¹¹

Para esse problema praticamente congênito quanto à estruturação dos poderes, Ackerman contribui sugerindo um novo modelo baseado na participação direta de mais atores institucionais republicanos com viés independentes, tais como o papel dos Tribunais de Contas, das Agências Administrativas e do Ministério Público.¹²

Dentre esses *players* independentes e estranhos aos três poderes tradicionais, a Defensoria Pública e, principalmente, o Ministério Público, ganham relevo posto que possuem competências para atuação em ações individuais ou coletivas em casos sensíveis ao equilíbrio entre os poderes, vez que dotados de competência constitucional para provocar o Poder Judiciário na defesa de standards republicanos, como a ordem jurídica e o regime

¹⁰ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

¹¹ ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação dos Poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 114.

¹² *Ibidem*, p. 6.

democrático.¹³

Ainda nessa sequência lógica sobre desenho institucional, no estudo denominado: *O desenho constitucional hiperpresidencialista na América Latina*, Ronaldo Bastos explica que o chamado *constitucionalismo conservador* seria a razão de ordem histórico-sociológica que justifica a predominância da concentração de poder presidencial na América Latina. No seu estudo, o autor lista pelo menos cinco características típicas de países em que há uma disfuncional concentração de forças para o Poder Executivo.¹⁴

Em pesquisa realizada pelo levantamento chamado: *O desempenho do Congresso no Presidencialismo de Coalizão*, José Álvaro Moises destaca que a preponderância da: “supremacia do executivo sobre o parlamento tem sido tão grande, após a democratização, que acabou por transformá-lo – e não o Congresso Nacional – no grande legislador no Brasil.¹⁵”

Acredita-se que o predomínio de força institucional do Poder Executivo sobre o Legislativo é uma condição com viés muito mais estrutural do que conjuntural (circunstancial), considerando o seu campo de competências hipertrofiado, especialmente em matéria de reservas de iniciativas legislativas e também a possibilidade de edição de medidas provisória. No citado estudo sobre o Congresso, quando inquiridos, os próprios parlamentares reconheceram as limitações às suas atividades impostas pelo controle da pauta pelo Executivo:

Mas tão importante ou mais do que isso, no entanto, é o fato de 81% dos próprios parlamentares brasileiros considerarem alta e muito alta a limitação imposta pelas medidas provisórias para o pleno exercício de suas funções legislativas e nada

¹³ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, cit. Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014).

¹⁴ 1) capacidade do presidente de emitir decretos de conteúdo legislativo sob circunstâncias de extrema urgência que seja impossível seguir os procedimentos legislativos ordinários; e a 2) capacidade de fazer com que alguns projetos de lei devam ser votados pelo Congresso em um tempo limite, o que se costuma chamar de “leis de urgência”. [...] 3) autoridade exclusiva do presidente de apresentar projetos de lei em assuntos econômicos e financeiros importantes; a 4) exclusividade, ainda que com ratificação do Congresso, de estabelecer a proposta orçamentária. [...] 5) submeter a referendo popular a aprovação de projetos de lei; BASTOS, Ronaldo. O desenho constitucional hiperpresidencialista na América Latina. *Revista Direitos Humanos & Sociedade* – PPGD UNESC – n. 2, v. 1, 2019, p. 214-215.

¹⁵ MOISÉS, José Álvaro. O desempenho do Congresso no Presidencialismo de Coalizão. In: MOISÉS, José Álvaro [org.]. *O papel do Congresso Nacional no presidencialismo de coalizão*. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2011, p. 8.

menos que 93,5% deles também classificarem como alta e muito alta a influência do executivo no desempenho da instituição.¹⁶

Ao tempo em que, se por um lado, o excesso de poderes e competências hipertróficas do Chefe do Executivo parece ser uma falha estrutural ou sistêmica, fazendo com que o Executivo praticamente controle a agenda do Legislativo, por outro lado a governabilidade para aprovar suas iniciativas de governo no Congresso Nacional depende invariavelmente das condições circunstanciais, ou seja, da conjuntura de momento, para a aplicação das práticas do *presidencialismo de coalizão*¹⁷ em uma maior ou menor medida. A coalizão é um sistema de conchavos concebido para a formação de uma base política de sustentação parlamentar obtida via de regra mediante práticas de *fisiologismo político* materializadas na celebração de acordos políticos casuísticos, tais como distribuição do comando de ministérios aos aliados políticos, indicações de aliados para cargos públicos estratégicos em empresas estatais, liberação de emendas parlamentares etc., fatores que tornam o postulado da separação e independência dos poderes quase que uma ingênua utopia constitucional.

Conforme levantamento realizado por Limongi em período relativo ao de 20 anos, contados a partir do fim do regime militar, o fisiologismo político verificado através da formação de maiorias parlamentares para sustentação da governabilidade presidencial é um dado incontestável, ante a clareza dos números:

A disciplina média da base do governo — proporção de deputados filiados a partidos que receberam pastas ministeriais que votaram em acordo com a indicação expressa do líder do governo — é de 87,4% nas 842 votações ocorridas no período. A variação entre presidentes é pequena: a menor média foi registrada sob Sarney, com 78,4%, e a maior, 90,7%, no segundo governo de Fernando Henrique. O governo Lula, para dissipar falsas imagens, contou com apoio médio de 89,1% dos deputados da base do governo em 164 votações.¹⁸

Neste contexto, lamentavelmente o resultado dessas deformidades entre as instituições não é positivo. A deturpação do postulado constitucional de “freios e

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ Como afirma Abranches: “Por ser presidencialismo, esse regime de governança reserva à presidência um papel crítico e central, no equilíbrio, gestão e estabilização da coalizão. O presidente precisa cultivar o apoio popular o que requer a eficácia de suas políticas, sobretudo as econômicas para usar a popularidade como pressão sobre sua coalizão; ter uma agenda permanentemente cheia, para mobilizar atenção da maioria parlamentar e evitar sua dispersão; ter uma atitude proativa na coordenação política dessa maioria, para dar-lhe direção e comando.” ABRANCHES, S. H. *Presidencialismo de Coalizão: O Dilema Institucional Brasileiro. Dados*. Rio de Janeiro, IUPERJ, v. 31, n. 1, 1988, p. 5-34.

¹⁸ LIMONGI, Fernando de Magalhães Papaterra. A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *Novos Estudos*, n. 76, p. 17-41, 2006.

contrapesos” gera a formação de relações políticas espúrias via *presidencialismo de coalizão* mantido por práticas consagradas há muito de *fisiologismo político*.

Como consequência, o Estado brasileiro perde estabilidade e se desvia do interesse público, materializando-se essas relações não republicanas por meio de verdadeiros esquemas de corrupção alastrados em todas as esferas governamentais, a exemplo do recentemente deflagrado esquema de corrupção chamado “mensalão”, tramitado no Supremo Tribunal Federal na Ação Penal n.º 470, e, mais recentemente, a operação Lava-Jato, responsável por deflagrar o maior esquema de corrupção já visto na história republicana.

3 Mudança de paradigma sobre o papel do Poder Judiciário na sociedade atual a reboque da crise dos outros poderes

Na sequência, será analisada a mudança de paradigma relacionada ao papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea e os elementos estruturais e circunstanciais, de ordem jurídica e política, que contribuíram para o seu atual protagonismo, verificado através do fenômeno da expansão da *judicialização* expandindo-se sobre temas da seara estritamente política, a chamada *judicialização da política*.

É preciso iniciar a análise dessa temática contextualizando que as transformações sociais baseadas na mudança das relações Estado-sociedade percebidas em decorrência da gradual mudança do Estado Liberal para o Estado Social o *Welfare State* (ou Estado providência – *État providence*), bem como o desenvolvimento normativo dos direitos fundamentais nas ordens jurídicas nacionais, principalmente a partir da segunda metade do século XX¹⁹, são fatores que impulsionaram a sociedade ocidental ao desenvolvimento do chamado *Estado de Direito Constitucional*, assentado basicamente em dois axiomas centrais: (i) a supremacia da Constituição e (ii) o protagonismo do Poder Judiciário, conforme explica Luís Roberto Barroso:

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 vinculante das normas constitucionais.²⁰

¹⁹ CORNEJO, *Juez y división de poderes hoy*, cit., p. 226.

²⁰ Conforme Dirley da Cunha Júnior: “Nesse sentido, exige-se desse também novo Judiciário uma maior e mais intensa participação para a construção da sociedade do bem-estar, haja vista que a efetivação dos novos direitos sociais exige mudanças nas funções clássicas dos juízes, que se tornaram, sem dúvida alguma, co-responsáveis

O papel do até então Estado-Juiz “boca da lei”, expressão cunhada na França após a Revolução Francesa de 1789, que realizava a mera interpretação e aplicação da legislação vigente de forma mecânica foi num processo gradativo sendo substituído por um juiz que enfrenta o cerne de questões extremamente sensíveis para a sociedade²¹ e criando meios para a efetivação de direitos sociais antes negligenciados pelo Estado.

Neste contexto, cita-se o exemplo das decisões judiciais que impõem ao Estado (Poder Executivo) o dever de prestar tratamentos de saúde e fornecer medicamentos, interferindo diretamente em políticas públicas de saúde. Também é possível observar o Poder Judiciário enfrentando temas sensíveis de cunho social, cultural, étnico, assuntos historicamente considerados tabus nos tribunais. Luís Roberto Barroso,²² em seu estudo denominado: *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial*, lista uma série de temas judicializados em ações no STF envolvendo questões polêmicas, como a questão da liberalização do aborto de feto anencefálico, utilização de células-tronco para pesquisas científicas e questões relacionadas ao reconhecimento da união homoafetiva.

Utilizando-se como exemplo a experiência brasileira, pelo menos nos últimos dez anos ou quinze anos, o Poder Judiciário, em especial o STF, ao passar a enfrentar esses temas polêmicos com relativo sucesso, carregou para si uma imagem de “solucionador” de conflitos sociais com uma eficiência maior que a dos outros poderes constituídos, criando um sistema circular de retroalimentação entre a resposta jurisdicional e a elevação do nível de judicialização das pautas sociais. Valentin Cornejo resume esse contexto de causa e efeito entre a ausência de respostas às demandas sociais pelos outros poderes e a busca de respostas concretas no Estado-Juiz:

Ante la falta de respuesta a sus demandas em sede política, acude a los tribunales y encuentra ali una sensación de respuesta concreta a sus problemas, com una celeridade cada vez mayor em la medida que se expanden los procesos de urgência, cuya máxima expression. garantista está constituída por el amparo. Em certo modo, por lo tanto, el juez se convierte em un “canal para la representación política” al confluir sobre el demandas de satisfacción de intereses que no

pela realização das políticas públicas dos outros Poderes.” DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. A Judicialização da Política, a Politização da Justiça e o Papel do Juiz no Estado Constitucional Social e Democrático de Direito. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito*, [S. l.], v. 26, n. 28, 2016.

²¹ “Logicamente, el papel del Poder Judicial ya no puede ser más el de um mero aplicador de la ley, porque em sus manos se encuentra la aplicación de la totalidad del sistema jurídico cuya cumbre es la norma constitucional. El juez – em especil el constitucional, pero no exclusivamente él – se ve obligado a ponderar entre la fuerza normativa de la Constitución y la mediación legislativa, u como resultado de esa ponderacion, asumirá – o no – un papel más activo em la resoluciona del caso.” CORNEJO, *Juez y división de poderes hoy*, cit., p. 253.

²² BARROSO, *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial*, cit., p. 6.

encuentram outro cauce de acesso al sistema institucional.²³

É preciso destacar que, em paralelo aos fatores conjunturais mais amplos contributivos ao movimento de ascensão do Poder Judiciário na sociedade acima analisados, destacam-se também fatores de ordem circunstanciais, ou seja, sob uma perspectiva de cotidiano institucional e político de momento, como se observa da profunda crise de legitimidade democrática sem precedentes que acomete em especial nos últimos dez anos os poderes representativos - Executivo e Legislativo. Assim explica Oscar Vilhena:

A hiper-constitucionalização da vida contemporânea, no entanto, é consequência da desconfiança na democracia e não a sua causa. Porém, uma vez realizada a opção institucional de ampliação do escopo das constituições e de reforço do papel do judiciário, como guardião dos compromissos constitucionais, isto evidentemente contribuirá para o amesquinamento do sistema representativo.²⁴

Enfim, o cenário de paralisia e disfunção se impõe como consequência das crises institucionais vivenciadas pelos dois poderes tipicamente políticos – Executivo e Legislativo, muito em razão da significativa perda de legitimidade²⁵ e poder dessas instituições, que passam a laborar quase que exclusivamente em função da sobrevivência de suas respectivas forças políticas e negligenciando cada vez mais a condução de uma agenda criativa e progressista.²⁶

3.1 Judicialização da política e o ativismo judicial como consequências

Como resultante de todos os fatores acima analisados, que comprometem o equilíbrio idealizado entre os poderes constituídos, uma forma nítida de expressão do desarranjo entre os poderes republicanos constituídos pode ser percebida com o fenômeno da rápida elevação do status institucional do Poder Judiciário,²⁷ até então mero coadjuvante

²³ CORNEJO, *Juez y división de poderes hoy*, cit., p. 258.

²⁴ VILHENA VIEIRA, Oscar. *Supremocracia*. *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 441-464, Jul-Dez 2008, p. 443.

²⁵ “O Congresso Nacional brasileiro é uma instituição impopular, apesar de o seu desempenho ser considerado uma garantia de governabilidade do país. Quase 80% da população brasileira desconfia da instituição e menos de 16% dos brasileiros consideram *ótimo* e *bom* o seu desempenho nas últimas décadas.” MOISÉS, *O desempenho do Congresso no Presidencialismo de Coalizão*, cit., p. 7.

²⁶ Conforme defende o Ministro do STF Luiz Fux: “Entendo que o Parlamento tem que resolver seus próprios conflitos. E ele não o faz, evidentemente, para não assumir nenhuma postura social que desagrade o seu eleitorado” Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,flux-nao-comenta-impeachm>. Acessado em: 20 jun. 2020.

²⁷ “Para muitos constitucionalistas, o deslocamento da autoridade do sistema representativo para o judiciário é, antes de tudo, uma consequência do avanço das constituições rígidas, dotadas de sistemas de controle de constitucionalidade, que tiveram origem nos Estados Unidos. Logo, não é um processo recente. Este processo de expansão da autoridade judicial, contudo, torna-se mais agudo com a adoção de constituições cada vez mais ambiciosas.” VILHENA VIEIRA, *Supremocracia*, cit., p. 443.

aos poderes republicanos dotados de matriz política.²⁸

Examinando especificamente a jurisdição constitucional brasileira, merece destaque o estudo denominado *Supremocracia*, de Oscar Vilhena Vieira, no qual o autor aponta especialmente dois motivos para a expansão do Poder Judiciário, em destaque do papel do STF no cenário institucional republicano:

A hipótese fundamental deste texto é de que este perceptível processo de expansão da autoridade dos tribunais ao redor do mundo ganhou, no Brasil, contornos ainda mais acentuados. A enorme ambição do texto constitucional de 1988, somada à paulatina concentração de poderes na esfera de jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ocorrida ao longo dos últimos vinte anos, aponta para uma mudança no equilíbrio do sistema de separação de poderes no Brasil.²⁹

Analisando agora o objeto de estudo por dentro, acredita-se que um elemento que também contribuiu bastante para a alteração de paradigma e protagonismo sobre o papel do Poder Judiciário decorre da mudança de atitude decisória dos seus membros, com o chamado *ativismo judicial*.³⁰ No ativismo, em síntese, os juízes passam a trabalhar criativamente a interpretação e aplicação do ordenamento jurídico de forma a não se limitar apenas às amarras da letra da lei, atuando com maior espectro decisório ao utilizarem como *ratio decidendi* correntes interpretativas modernas e princípios jurídicos com reconhecido caráter normativo.

Mauro Cappelletti³¹ é um dos autores que aborda diretamente o controle exercido pelo juiz sobre as atividades dos demais poderes, focando a análise da construção jurisprudencial e da possibilidade da criação do direito a partir da atividade interpretativa do magistrado (ativismo). Para o autor, o fenômeno é de excepcional importância, não restrito ao campo do direito judiciário, mas, sim, refletindo amplamente o crescimento da atividade estatal.

Ainda para Cappelletti, a expansão do Judiciário “representa o necessário

²⁸ A coadjuvação do STF em tempos atrás da vida republicana pode ser percebida pela clássica frase atribuída a Rui Barbosa: “O Supremo Tribunal Federal está de vela na cúpula do estado” *Apud*. VILHENA VIEIRA, *Supremocracia*, *cit.*, p. 441.

²⁹ VILHENA VIEIRA, *Supremocracia*, *cit.*

³⁰ “*Ativismo judicial* é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. [...] 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. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.” *Ibidem*, p. 9-10.

³¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993, p. 19.

contrapeso num sistema democrático de *checks and balances* à paralela expansão dos ramos políticos do Estado moderno”.³² O argumento de Cappelletti é no sentido de que a expansão da judicialização também contempla um aspecto importante, que é a demanda por pronunciamento judicial em razão do aumento da atividade do Estado (ou da sua expectativa de atuação), condição que conduz o cidadão a buscar a Justiça para fazer valer seus direitos. Ou seja, quanto mais atividade estatal (ou sua expectativa), mais insatisfação por parte dos cidadãos e, em consequência, mais processos judiciais.

É consistente o argumento de Luís Roberto Barroso ao sustentar que a judicialização é um processo muito mais estrutural, decorrente do desenho institucional, enquanto o ativismo judicial, por sua vez, reflete uma postura proativa particular de cada magistrado, embora seja deva-se advertir que o autor conclua seu raciocínio com a ressalva de que o ativismo possui suas origens nas lacunas institucionais abertas pelos outros poderes:

A judicialização, como demonstrado acima, é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo 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 – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.³³

Em face dessa realidade e dos limites da presente análise, avança-se a problematização para algumas reflexões específicas sobre os limites do controle judicial em matéria de atos do Poder Legislativo. As questões para exame que se colocam são as seguintes: No momento em que os poderes políticos socorrem-se ao Poder Judiciário para resolução de questões sensíveis estritamente atinentes à atividade política, seria cabível a atuação do Poder Judiciário? Sendo cabível essa atuação do Poder Judiciário, quais os limites dessa atuação em relação aos atos políticos e atos não políticos do Poder Legislativo? Seria essa atuação do Poder Judiciário em matéria tipicamente política uma atividade jurisdicional estritamente técnico-jurídica ou teria um cunho político também?

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido da impossibilidade de controle de juridicidade em face de atos do Poder Legislativo considerados *interna corporis*,³⁴ sendo estes atos entendidos como os relacionados aos

³² *Idem.*

³³ BARROSO, Constituição, Democracia e Supremacia Judicial, *cit.*, p. 11.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal - Mandado de Segurança 23.920/DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1922093>. Acessado em: 21 nov. 2016.

procedimentos internos típicos do Poder Legislativo, geralmente atrelados a atuação em sede de processo legislativo regidos por aplicação regimental.

Entretanto, a despeito da jurisprudência consolidada do STF entendendo pela impossibilidade de exercer o controle judicial em face dos atos *interna coporis*, os próprios parlamentares têm buscado por iniciativa própria cada vez mais o Poder Judiciário para solução de questões com caráter tipicamente inerentes à atividade política. Observa-se que a severa crise institucional desse poder, além de gerar um ambiente de acirramento político que inviabiliza as condições para a formação de consensos, também retira a legitimidade decisória até mesmo das maiorias eventualmente formadas no curso das deliberações legislativas.

Não há dúvidas de que o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição assegura em tese a possibilidade de submissão ao Poder Judiciário de toda lesão ou ameaça a direito, podendo ser utilizado como argumento de defesa por um parlamentar ao provocar o Judiciário para a solução de uma matéria tipicamente política. De igual modo, é preciso destacar que tal princípio é um direito fundamental e que deve, portanto, receber a máxima otimização possível dentro das circunstâncias fáticas e jurídicas colocadas no caso concreto³⁵.

Contudo, observando por outro prisma, existem linhas argumentativas mais puristas que sustentam que o postulado da separação entre os poderes recomenda a mínima intervenção possível do Poder Judiciário sobre atos tipicamente políticos do Poder Legislativo, uma vez que a prática de atos da vida política (*interna corporis*) pelos parlamentares representa em essência o núcleo da materialização da competência constitucional típica legitimada democraticamente a este poder. Logo, seria no mínimo incongruente caber a um poder sem legitimidade democrática interferir na atividade política sub-rogando-se em suas funções.

Há entendimentos na literatura que sustentam como necessária a “blindagem democrática”, mesmo em tempos de profunda crise ética e de legitimidade vivenciada pelo Poder Legislativo. Neste sentido, Luís Roberto Barroso analisa as críticas da doutrina constitucional à ausência de legitimidade democrática do Poder Judiciário para enveredar

³⁵ Segundo Alexy: “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.” ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

em decisões políticas, no que faz referência à “*teoria da dificuldade contramajoritária*”:

Essa possibilidade de as instâncias judiciais sobrepujam suas decisões às dos agentes políticos eleitos gera aquilo que em teoria constitucional foi denominado de *dificuldade contramajoritária*. A jurisdição constitucional e a atuação expansiva do Judiciário têm recebido, historicamente, críticas de natureza política, que questionam sua legitimidade democrática e sua suposta maior eficiência na proteção dos direitos fundamentais.³⁶

A crítica a uma impertinente investida do Poder Judiciário sobre matérias afetas aos outros poderes, em especial às matérias de cunho parlamentar, não pode desconsiderar aspectos básicos e antecedentes lógicos, como a inércia judicial.³⁷ Vale dizer, o Poder Judiciário deve sempre ser chamado a atuar, melhor dizendo, só atua quando chamado, portanto, não atua sobre matéria ou lide em relação a qual não foi chamado.³⁸

Além disso, esse estudo analisa esta questão sob uma perspectiva muito mais utilitarista do que pautada por um organicismo puro, baseado na separação rígida das funções. Explica-se em outras palavras. Sendo o povo o titular do poder,³⁹ este tem o direito à efetivação pelo Estado das suas mais variadas demandas venha a satisfação de qual poder vier. É claro, desde que respeitados o devido processo legal e os direitos individuais e coletivos, o importante é de fato a entrega da prestação estatal em benefício do particular, ou seja, mais vale que as instituições funcionem, mesmo que não na ordem tradicional e purista imaginada da separação de poderes.

Em reforço, também é válido destacar o entendimento de autores que utilizam a ausência de representatividade democrática do Poder Judiciário como uma virtude, não como uma fragilidade (negação à chamada *dificuldade contramajoritária*). Neste sentido, para Dworkin⁴⁰: “Os juízes não são eleitos nem reeleitos, e isso é sensato porque as decisões que tomam ao aplicar a legislação tal como se encontra devem ser imunes ao controle popular”.

Com uma explicação mais abrangente ainda, Fábio Konder Comparato considera

³⁶ BARROSO, Constituição, Democracia e Supremacia Judicial, *cit.*, p. 12.

³⁷ Nesse sentido COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 678.

³⁸ Conforme o Ministro do STF Luís Roberto Barroso: “Em última análise, quem é senhor do maior ou menor grau de judicialização é o próprio Congresso, porque na medida em que ele atue, o Supremo não vai atuar”. RODAS, Sérgio. Congresso é responsável pela judicialização da política, afirma Barroso. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-19/congresso-responsavel-judicializacao-politica-barroso>. Acessado em: 21 nov. 2016.

³⁹ Art. 1º, § único: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, *cit.*

⁴⁰ É exatamente o que observa Ronald Dworkin: DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 17.

até mesmo necessária a ausência da representatividade democrática para o Poder Judiciário mais bem exercer seu papel:

O povo não pode atuar, ao mesmo tempo, como acusador e julgador; ele não pode decidir, por exemplo, se a manifestação da sua vontade numa eleição, num referendo ou num plebiscito é conforme ou não à ordem jurídica, pois numa república a ninguém é lícito atuar como juiz em causa própria. É por aí que se deve entender a posição do Judiciário, na organização democrática de poderes. Ele não é nem pode ser representante do povo, mas atua sempre como árbitro de todos os conflitos de interesse, inclusive quando o povo é uma das partes em causa, como demandante ou como demandado. A qualidade essencial do árbitro, escusa lembrá-lo, é a sua imparcialidade.⁴¹

Em suma, filia-se ao entendimento de que a inafastabilidade da jurisdição deve assegurar o controle de juridicidade restrito sobre aspectos da legalidade e proporcionalidade dos atos legislativos, mas o controle do próprio mérito dos atos políticos do Legislativo deve ser ainda considerando um núcleo considerado intangível ao Judiciário.

Contudo, deve-se ressaltar que a concepção, aqui defendida, de não cabimento da intervenção do Poder Judiciário sobre os atos tipicamente políticos não necessariamente refuta por completo o fenômeno da *judicialização da política*, uma vez que, por óbvio, a *judicialização da política* abrange não somente a submissão de atos políticos em sentido estrito ao Poder Judiciário, mas, também, abrange a submissão de questões outras internas ao Poder Legislativo.

A despeito deste estudo não defender a sindicabilidade judicial do mérito dos atos políticos em sentido estrito (*interna corporis*), defende-se como possível um outro viés no sentido de que o STF, como Corte Constitucional, e no exercício da jurisdição constitucional, ao decidir matérias de notável repercussão social, com eficácia jurídica transindividual, a exemplo do controle de constitucionalidade concentrado de lei em tese, pode sim adotar decisões com nítido caráter político-social, não adstrito somente ao caráter subsuntivo e silogístico da interpretação jurídica, uma vez que o faz no livre exercício de sua competência de jurisdição constitucional⁴².

⁴¹ COMPARATO, *Ética*, cit.

⁴² Assim observa Dalmo de Abreu Dallari: “O juiz sempre terá de fazer escolhas, entre normas, argumentos, interpretações e até mesmo entre interesses, quando estes estiverem em conflito e parecer ao juiz que ambos são igualmente protegidos pelo direito. A solução do juiz será política nesse caso, mas também terá conotação política sua decisão de aplicar uma norma ou de lhe negar aplicação, pois em qualquer caso haverá efeitos sociais e alguém será beneficiado ou prejudicado. [...] O reconhecimento da politicidade do direito nada tem a ver com opções partidárias nem tira, por si só, a autenticidade e a legitimidade das decisões judiciais. Bem ao contrário disso, o juiz consciente dessa politicidade fará um esforço a mais para conhecer e interpretar o direito, considerando sua inserção necessária num contexto social, procurando distingui-lo do direito abstrato ou do que é criado artificialmente para garantir privilégio, proporcionar vantagens injustas ou impor sofrimentos a

O exemplo mais atual sobre essa possibilidade de controle jurisdicional sobre atos internos ao Poder Legislativo pode ser claramente percebido através do julgamento pelo plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) no qual julgou inconstitucional o chamado Orçamento Secreto, como ficaram conhecidas as emendas de relator ao Orçamento Geral da União, identificadas pela sigla RP-9. O julgamento das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) 850, 851, 854 e 1014 foi concluído com seis votos pela inconstitucionalidade do instituto.

A polêmica surgida ganhou mais ênfase no acalorado cenário das disputas eleitorais do ano de 2022 para o cargo de presidente da república, decorrente do fato de que o orçamento secreto consiste no uso ampliado e pouco transparente das emendas do relator-geral do orçamento, para efeito de inclusão de novas despesas públicas ou programações no projeto de lei orçamentária anual da União, condição esta de ausência de transparência que naturalmente coloca as relações fisiológicas entre Poder Executivo e Poder Legislativa sob uma preocupante penumbra institucionalizada.

No julgamento proferido no mês de dezembro de 2022⁴³, o Poder Judiciário não adotou posição conservadora, tampouco recuou diante da proposta do Congresso Nacional em aperfeiçoar internamente, e de forma negociada, com o próprio Poder Judiciário o desenho do instituto do orçamento secreto. Ao contrário, o STF, no mérito, adotou postura firme e decidiu que as emendas RP-9 violam os princípios constitucionais da transparência, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade, por serem anônimas, sem identificação do proponente e clareza sobre o destinatário, consagrando-se como mais um substancial exemplo de atuação afirmada do Poder Judiciário sobre atos típicos de outros poderes, em especial em face dos atos internos do Poder Legislativo.

Em suma, as reservas feitas ao fenômeno da *judicialização da política* restringem-se apenas ao chamado núcleo intangível do mérito dos atos políticos, estes sim ainda dotados de uma necessária blindagem democrática, havendo no mais, por consequência, amplas possibilidades do controle de juridicidade sobre os demais atos do Poder Legislativo, como acima demonstrado.

outros com base exclusivamente numa discriminação social”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 89-90.

⁴³ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=499330&ori=1>. Acesso em 14 jan. 2023.

Conclusão

A concepção teórica atualmente prevalecente da separação dos poderes, principalmente com base na teoria da tripartição de poderes de Montesquieu, consubstanciou-se no texto constitucional brasileiro mediante uma série de normas que asseguram a efetiva separação e independência, bem como observou-se que o texto constitucional estatuiu um sistema de zonas de contatos e controles recíprocos entre os poderes, de modo a promover o equilíbrio entre os poderes através da lógica do sistema de “freios e contrapesos” ou *check and balances*.

Entretanto, no plano da realidade política institucional, observa-se que a independência e harmonia postuladas expressamente no artigo 2º da Constituição Federal de 1988 nem sempre se efetiva de modo adequado, em decorrência de uma série de fatores estruturais e circunstanciais, que causam a deturpação política do regramento do sistema de “freios e contrapesos”.

Como hipóteses para os casos de desequilíbrio nas relações com o Poder Executivo, acredita-se que o texto constitucional teria definido uma concentração excessiva de poderes no rol de atribuições do chefe do Poder Executivo, criando uma distopia funcional denominada *hiperpresidencialismo*. Desse modo, sustenta-se, como hipótese, que o predomínio de força institucional do Poder Executivo sobre o Legislativo é uma condição com um viés muito mais estrutural do que conjuntural (circunstancial), considerando o seu campo de competências hipertrofiado, especialmente em matéria de reservas de iniciativas legislativas e através da possibilidade de edição de medidas provisória.

Na exata medida dessa hipertrofia de competências, constata-se que surge a necessidade de buscar mecanismos de governabilidade para aprovar as iniciativas de governo no Congresso Nacional, criando uma conjuntura para a aplicação das práticas do *presidencialismo de coalização e fisiologismo político* em uma maior ou menor medida, conforme as circunstâncias do equilíbrio das forças políticas em cada momento.

Quanto às mudanças no equilíbrio de forças entre os poderes em relação ao Poder Judiciário, defende-se como hipótese que a criação do Estado Constitucional de Direito e a constitucionalização de direitos no Estado de Bem-Estar Social são algumas das razões de ordem estrutural justificadoras desse processo de ascensão do Judiciário. Contudo, acredita-se também que a profunda crise de legitimidade que acomete os poderes democráticos - Executivo e Legislativo, bem como a postura particular de alguns magistrados de *ativismo judicial*, são hipóteses acreditadas também como os fatores circunstanciais para a ascensão

do Poder Judiciário.

Observou-se, ainda, que ao longo dos tempos o Poder Judiciário mudou gradativamente seu papel na sociedade e na relação entre poderes, galgando atualmente uma postura mais criativa como aceção de um maior ativismo judicial, bem como enfrentando, com relativo êxito, temas sociais polêmicos não eficazmente tratados pelos demais poderes, como também temas da atividade política parlamentar, criando o fenômeno da *judicialização da política*.

Sobre a judicialização da política, sustenta-se que representa uma clara forma de exteriorização desse desarranjo e desequilíbrio interno dos poderes políticos – Executivo e Legislativo. Como hipótese, filia-se ao entendimento de que a inafastabilidade da jurisdição deve assegurar o controle de juridicidade restrito sobre aspectos da legalidade e proporcionalidade dos atos legislativos, como o STF o fez recentemente ao adotar postura firme no sentido de que as emendas do orçamento secreto violam os princípios constitucionais da transparência, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade, por serem anônimas, consagrando-se como mais um substancial exemplo de atuação afirmada do Poder Judiciário sobre atos típicos de outros poderes, em especial em face dos atos internos do Poder Legislativo.

Por fim, destacou-se na pesquisa que o equilíbrio de forças entre os poderes republicanos não é um processo estático, ponderado a priori e medido com perfeição pelo esquadro normativo, mas sim trata-se de um processo complexo, dinâmico e multifacetado. Observou-se que as causas dos eventuais desequilíbrios em grande parte decorrem de fatores estruturais, normativos, de mau desenho institucional, a exemplo do excesso de competências atribuídas ao Poder Executivo, mas também se sustenta que os fatores circunstanciais de cada Poder também devem ser contextualizados a cada momento vivenciado, não sendo necessariamente aplicável o diagnóstico de uma época a todo momento, evitando-se o raciocínio do tipo *one size fits all*.

Referências Bibliográficas

- ABRANCHES, S. H. Presidencialismo de Coalizão: O Dilema Institucional Brasileiro. *Dados*. Rio de Janeiro, IUPERJ, v. 31, n. 1, 1988.
- ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação dos Poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARISTÓTELES. Política. In: *Os Pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, [S.l.], n. 21, jun. 2012.
- BASTOS, Ronaldo. O desenho constitucional hiperpresidencialista na América Latina. *Revista Direitos Humanos & Sociedade*, PPGD UNESC, n. 2, v. 1, 2019.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal - Mandado de Segurança 23.920/DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1922093>. Acessado em: 21 nov. 2016.
- CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores?. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- CORNEJO, Valentin Thury. *Juez y división de poderes hoy*. Buenos Aires: Editora Ciudad Argentina, 2002.
- DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. A Judicialização da Política, a Politização da Justiça e o Papel do Juiz no Estado Constitucional Social e Democrático de Direito. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito*, [S. l.], v. 26, n. 28, 2016.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- HAMILTON E MADSON. *Os Federalistas*. Tomo II. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. De J. Villeneuve e Comp, 1840. Biblioteca digital Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/17661>>. Acesso em 20 jun 2020.
- LIMONGI, Fernando de Magalhães Papaterra. A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *Novos Estudos*, n. 76, p. 17-41, 2006.
- MOISÉS, José Álvaro. O desempenho do Congresso no Presidencialismo de Coalizão. In: MOISÉS, José Álvaro [org.]. *O papel do Congresso Nacional no presidencialismo de coalizão*. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2011.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. Introdução, trad. e notas de Pedro Vieira Mota. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.
- RODAS, Sérgio. Congresso é responsável pela judicialização da política, afirma Barroso. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-19/congresso-responsavel-judicializacao-politica-barroso>. Acessado em: 21 jun. 2020.
- VILHENA VIEIRA, Oscar. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 441-464, Jul-Dez 2008.

Como citar este artigo: SANTOS, Tibério Celso Gomes dos. O Desequilíbrio Institucional Entre os Poderes Republicanos; elementos estruturais, circunstanciais e o fenômeno da judicialização da política. *Revista de Ciências do Estado*, Belo Horizonte, v. 8, n. 1, p. 1–23, 2023.

Recebido em 20.07.2022

Publicado em 25.01.2023

