



**FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ
UNIVERSIDADE DE FORTALEZA - UNIFOR
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CONSTITUCIONAL**

**“JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA” E
GOVERNABILIDADE DEMOCRÁTICA NO ÂMBITO DO
PODER LOCAL**

Rômulo Guilherme Leitão

Fortaleza-CE
Setembro, 2008

RÔMULO GUILHERME LEITÃO

**“JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA” E
GOVERNABILIDADE DEMOCRÁTICA NO ÂMBITO DO
PODER LOCAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional, sob a orientação do Prof. Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima

Fortaleza-Ceará
2008

RÔMULO GUILHERME LEITÃO

**“JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA” E
GOVERNABILIDADE DEMOCRÁTICA NO ÂMBITO DO
PODER LOCAL**

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Martonio Mont´Alverne Barreto Lima – Orientador
Universidade de Fortaleza – UNIFOR

Prof. Dr. Francisco Luciano Lima Rodrigues – 1º Examinador
Universidade de Fortaleza – UNIFOR

Prof. Dr. Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz – 2º Examinador
Universidade Federal do Ceará - UFC

Dissertação aprovada em: 12/09/2008

Aos meus pais, Domingos e Helena,
responsáveis maiores pela minha formação e
meus modelos de conduta para a vida;e

à Renata, Rômulo Filho e Clara, por tudo,
amor, alegria, responsabilidade.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Martônio Mont'Alverne Barreto Lima, pela orientação acadêmica, mas, principalmente, por me haver instigado a estudar o tema que ora me proponho dissertar, com suporte na experiência profissional vivenciada por mim.

Aos Professores Doutores Francisco Luciano Lima Rodrigues e Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz que gentilmente aceitaram compor a Banca Examinadora.

Ao Professor Titular Arnaldo Vasconcelos por haver me mostrado o caminho da Ciência do Direito ainda na Faculdade.

Aos professores e colegas do Mestrado, pelos debates e ensinamentos tão importantes.

À Procuradoria Geral do Município de Fortaleza e aos colegas procuradores, que, por intermédio do Fundo de Aperfeiçoamento da PGM, me deram o apoio financeiro que me permitiu realizar o Mestrado em Direito Constitucional.

Aos “Amigos das Sextas-Feiras”, pelos acalorados debates, inclusive sobre temas políticos.

A todos aqueles que direta ou indiretamente vivenciaram o processo de produção deste trabalho, o meu reconhecimento e amizade.

A Constituição fez bem ou mal? Ela fez. Nenhum dos poderes detém o monopólio do saber: os poderes erram e acertam. Felizmente acertam mais do que erram. É humano. E aquele que toma a última decisão, erra ou acerta por último. Contra isso não há remédio. Erro e acerto estarão aqui para sempre. Esta banal verdade não pode ser esquecida. Nem homens nem suas instituições são perfeitas e infalíveis.

Paulo Brossard

RESUMO

Objetiva analisar a crescente interferência do Poder Judiciário nas decisões políticas do Poder Executivo, fenômeno denominado, nos dias de hoje, de Judicialização da Política. Essa análise toma por base os limites impostos pela Constituição Federal na separação dos poderes e na sua coexistência, ressaltando que os órgãos do Poder Judiciário (juízes e tribunais) não são votados, portanto, não aptos a tomar decisões de natureza eminentemente política. A tensão e as conseqüências surgidas dessa invasão de competência constitucional são o objeto da presente análise, cujo modelo é a experiência do Município de Fortaleza/CE, em juízo, entre os anos 2001 e 2004. Aborda-se, de igual modo, o protagonismo de instituições de caráter nacional na utilização dos meios judiciais como o Conselho Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/CE) em questões de natureza tributária (taxa de coleta de resíduos sólidos, taxa de coleta de lixo domiciliar etc.); bem como as freqüentes ações diretas de inconstitucionalidade e ações civis públicas movidas pelos partidos de oposição (Partido dos Trabalhadores - PT, Partido Democrático Trabalhista – PDT e Partido Comunista do Brasil – PC do B) contra obras e serviços de competência do Município de Fortaleza, para se concluir que a judicialização da política está presente no âmbito do Estado brasileiro com a participação cada vez mais ativa do Supremo Tribunal Federal com decisões de natureza política, invadindo competências de outros poderes, bem como, de igual modo, no âmbito local, no período delimitado.

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional. Teoria da Democracia. Judicialização da Política. Questões Políticas. Poder Executivo.

ABSTRACT

The work has for objective to analyze to growing interference of the Judiciary Power in the political decisions of the Executive Power, phenomenon denominated in the days today of Judicialização of the Politics. That analysis takes for base the limits imposed by the Federal Constitution in the separation of the Powers and in his/her coexistence, standing out that the organs of the Judiciary Power (judges and tribunals) they are not voted for, therefore, no capable to make nature decisions eminently politics. The tension and appeared consequences of that invasion of constitutional competence are the object of the present analysis that has as model the experience of the Municipal district of Fortaleza/CE in judgment, among the years 2001 and 2004. To approach, in equal way, the protagonism of institutions of national character in the use of the judicial ways like State Council of the Order of the Lawyers of Brazil (OAB/CE) in subjects of tax nature (it rates of collection solid residues, it rates of collection of home garbage, etc); as well as the frequent direct actions of unconstitutionality and public civil actions moved by the opposition parties (Party of the Workers - PT, Labor Democratic Party - PDT and Communist Party of Brazil - PC of B) against works and services of competence of the Municipal district of Fortaleza to conclude that the judicialização of the politics is more and more present in the extent of the Brazilian State with the participation active of Federal Supreme court with decisions of political nature, invading competences of other powers, as well as, in equal way, in the local extent, in the delimited period.

Word-key: Constitutional Jurisdiction. Theory of the Democracy. Judicialização of the Politics. Political Subjects. Executive Power.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 A DOCTRINA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	14
1.1 Delimitação do conceito.....	14
1.2 Separação dos poderes em John Locke.....	16
1.3 Separação dos poderes em Montesquieu.....	17
1.4 Separação dos poderes na doutrina dos Estados Unidos.....	21
1.4.1 Os federalistas.....	21
1.4.2. O caso Marbury x Madison.....	23
1.5 Poder Judiciário: lugar na Teoria da Separação dos Poderes.....	25
2 AS QUESTÕES POLÍTICAS NA JURISPRUDÊNCIA.....	30
2.1 Delimitação do conceito.....	30
2.2 Questões políticas na jurisprudência.....	33
2.2.1 Suprema Corte dos Estados Unidos.....	34
2.2.2 Supremo Tribunal Federal.....	37
2.3 Questões políticas e o Supremo Tribunal Federal.....	49
3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....	52
3.1 Delimitação do conceito.....	52
3.1.1 A expansão global do poder judicial: C.N. Tate e T. Vallinder	53
3.1.2 O guardião das promessas: Antoine Garapon.....	60
3.1.3 Juízes legisladores: Mauro Cappelletti.....	63
4 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O CASO BRASILEIRO.....	66
4.1 A Judicialização da Política e das relações sociais no Brasil: Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho, Manoel Palá- cios Cunha Melo e Marcelo Bauman Burgos.....	67
4.2 Ministério Público e política no Brasil: Rogério Bastos Arantes...	73
4.3 Judicialização da Política e Poder Legislativo.....	75
5 A JUDICIALIZAÇÃO NO ÂMBITO LOCAL.....	80
5.1 Partidos e parlamentares de oposição.....	82
5.2 Ministério Público estadual e federal.....	86
5.3 Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB/CE.	93

5.4. Grupos de interesse – sindicatos, associações.....	96
CONCLUSÃO.....	99
REFERÊNCIAS.....	104

INTRODUÇÃO

A presente dissertação aborda o tema da Judicialização da Política – que é a crescente expansão dos poderes dos juízes na tomada de decisões de natureza política – tendo como assunto central saber se há legitimidade democrática para os membros do Poder Judiciário decidir em temas de competência do Poder Executivo. Esse fenômeno, da expansão do poder judicial, se verifica em todos os continentes e o texto abordou exemplos de alguns países, mas manteve a preocupação de demonstrar judicialização manifesta da política em âmbito nacional, bem como no contexto local, do Município de Fortaleza, entre os anos 2000 e 2004, mais precisamente.

É comum nos dias de hoje os meios de comunicação abordarem o julgamento de questões de repercussão nacional no plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) ou do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), onde regras sobre eleições e infidelidades são gestadas e passam a balizar, com suporte nesses ambientes judiciais, todo o sistema político brasileiro. São cada vez mais presentes no vocabulário de pessoas sem formação jurídica expressões técnicas como Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN), liminar ou tutela antecipada – o que é salutar para a democracia – mas também demonstra a crescente expansão desse poder judicial a assuntos tradicionalmente discutidos no parlamento ou em debates entre Executivo e Legislativo.

Questões como essas impõem a um trabalho da natureza dessa dissertação que sejam discutidas a separação de Poderes, a doutrina das questões políticas e a Judicialização da Política em âmbito mundial, nacional e local.

Com efeito, o primeiro capítulo cuida da teoria da separação dos poderes com base em uma perspectiva histórica iniciada com John Locke, Montesquieu e a doutrina dos Estados Unidos com os autores federalistas. Ainda nesse segmento, é analisada a decisão da Suprema Corte dos EEUU de 1803, no caso, envolvendo o juiz de paz nomeado William Marbury contra o Secretário de Estado James Madison. Tal julgamento é apontado como aquele que inaugura o controle da

constitucionalidade das leis infraconstitucionais realizado por um órgão jurisdicional.

O capítulo aborda, ainda, a separação entre Direito e Política tendo como ponto de partida a Revolução Francesa, quando o papel do Poder Judiciário ficou relegado a ser a “boca da lei”, ou seja, no estado burguês, houve uma neutralização dos poderes judiciais por conta de uma profunda desconfiança dos revolucionários em relação aos juízes. Desde o advento do Estado do Bem-Estar Social e da conseqüente exigência de prestações positivas a cargo desse novo Ente, o papel do Poder Judiciário assume novo rumo e o controle de constitucionalidade das leis tem papel fundamental nessa nova etapa.

O segundo capítulo trata das questões políticas nas jurisprudências estadunidenses e brasileiras, tema que guarda absoluta sintonia com o objeto do presente estudo, uma vez que se abordam as decisões de natureza política tomadas por membros do Poder Judiciário. O capítulo inicia um esboço histórico desde a decisão *Marbury v. Madison*, já mencionada no capítulo anterior, e, no Brasil, trata das decisões de um Supremo Tribunal Federal que iniciava suas atividades, notadamente o *Habeas Corpus* n.º 300, impetrado pelo advogado Rui Barbosa no ano de 1898. Cuidam-se as questões políticas de tema polêmico que teve na “Águia de Haia” um dos principais autores nacionais a se dedicar com maior profundidade, ao ponto de elaborar um rol de assuntos que seriam de competência exclusiva do soberano e onde o Poder Judiciário não poderia se imiscuir. A parte continua com a análise de precedentes que consolidaram o entendimento do STF sobre questões políticas até a posição atual daquela corte em pontos como a intervenção judicial em comissões parlamentares de inquérito ou no caso Collor.

O terceiro capítulo refere-se à Judicialização da Política com a referência aos autores Tate e Vallinder, organizadores da obra coletiva denominada *The Global Expansion of Judicial Power* que congrega trabalhos de juristas e cientistas políticos de vários países e onde se verifica essa tendência global de aumento do poder judicial em questões de natureza política e até mesmo a presença de decisões judiciais em todos os aspectos cotidianos, o que pode ser denominado de judicialização das relações sociais, como anota Luiz Werneck Vianna. Nos Estados Unidos, país considerado o berço da Judicialização da Política, o capítulo analisa

algumas decisões da Suprema Corte dali, inclusive fazendo referência a Martin Shapiro, outro estudioso da matéria.

A seção discorre, ainda, sobre a visão de Antoine Garapon, autor francês do livro *O Guardador de Promessas – Justiça e Democracia*, onde a realidade do ativismo judicial dos juízes franceses é contraposta à dos julgadores de outros países de tradição da *Common Law*, notadamente os Estados Unidos.

Esse capítulo faz a análise, por fim, da experiência italiana, expressa por Mauro Cappelletti na obra *Juízes Irresponsáveis?* Nesse livro o Autor peninsular expõe seus cuidados com a criação judicial do Direito e faz a ressalva de que autores como Jeremy Bentham (1748/1832) já se ocupavam desse tema há centenas de anos. Essa criação judicial do Direito, na opinião de Cappelletti, é inevitável e ele se propõe encontrar os limites dessa atividade no lugar de negá-la. Apesar de reconhecer limites, o autor é crítico daqueles que enxergam nessa atividade judicial uma ausência de legitimidade democrática, apontando os motivos.

O quarto capítulo trata da Judicialização da Política no âmbito nacional e local, com a referência expressa às decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará e de juízes estaduais. No plano nacional, a obra coletiva de Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho, Manoel Palácios Cunha Melo e Marcelo Bauman Burgos denominada *Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil* analisa as decisões do Supremo Tribunal Federal em ações diretas de inconstitucionalidade movidas pelos principais legitimados, notadamente, Procuradoria Geral da República, governadores, partidos políticos e associações de trabalhadores, profissionais e empresarias. Os autores analisaram as ações diretas de inconstitucionalidade (ADIns) em tramitação entre os anos de 1988 a 1998, para reconhecer a Judicialização da Política, arrimando-se na análise dessas decisões, mas indicam que o STF ainda age de forma tímida, apesar dessa posição se contrapor à posição restritiva adotada antes da Constituição de 1988.

Ainda no capítulo quarto, estuda-se o papel do Ministério Público como agente público que contribui para a Judicialização da Política – representando apenas o Procurador Geral da República 21,9% das ADIs entre os anos 1988-2008. Da abordagem de Rogério Bastos Arantes, na obra *Ministério Público e Política no*

Brasil, extrai-se a visão messiânica que parte considerável dos membros do Ministério Público possui em relação as suas atuações como legitimados ao uso de ações civis públicas ou ações de improbidade administrativa.

O quinto capítulo trata da Judicialização da Política no âmbito do Município de Fortaleza entre os anos 2000 e 2004. Pretende, pois, identificar a Judicialização da Política com origem numa perspectiva local. Para tanto, tomando o modelo apresentado por Tate e Vallinder, no capítulo terceiro, que vê como condições necessárias para o surgimento da Judicialização da Política a presença da democracia; da separação de poderes; da existência de uma política de direitos; da utilização dos tribunais por grupos de interesses; pela oposição; da constatação da ineficiência das instituições majoritárias pela população, e por fim, da delegação aos tribunais de assuntos polêmicos, são apresentados decisões judiciais tomadas em demandas judiciais movidas por partidos ou parlamentares de oposição, Ministério Público Estadual e Federal, Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil/CE e por grupos de interesses contra o Município de Fortaleza/CE.

A conclusão pretende responder ao questionamento central há pouco apresentado, ou seja, a Judicialização da Política é legítima, democrática, compatível com o moderno Estado de Direito? Para oferecer-lhe resposta, restam analisados os cinco capítulos integrantes da dissertação com apresentação de conclusões parciais de cada um.

Segue-se a relação ordenada de obras e autores que apoiaram teórica e empiricamente as conclusões e remates aqui esposados.

1. A DOCTRINA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

1.1 Delimitação do conceito

O objetivo do presente capítulo é analisar o tema da separação dos poderes e as implicações dessa análise em relação ao fenômeno denominado de Judicialização da Política no âmbito do Estado brasileiro.

A unidade de idéias separação dos poderes tem múltiplas acepções e enseja ainda hoje acirrados debates nos estudos político-jurídicos, notadamente no contexto da discussão entre unidade e pluralidade de poderes. O texto adota a terminologia separação e não divisão de poderes por motivos eminentemente históricos.

De igual modo, será abordada a vigorosa expansão do papel do Poder Judiciário na busca da concretização das promessas das constituições dirigentes. Este incremento resulta da pressão da sociedade e descrédito de que os poderes tradicionalmente políticos são alvo, o que institui um estado de tensão entre os Poderes Executivo e Judiciário, com a tomada de decisões políticas por parte deste último, invadindo ou supostamente usurpando competências que lhe eram alheias historicamente o que se convencionou denominar de Judicialização da Política.

Desde a Grécia antiga, a separação ou divisão dos poderes entre grupos distintos é uma fórmula usada para evitar a tirania, na medida em que, se atribuindo funções para cada grupo ou agência de poder, as chances de concentração em pessoa única ou centro de decisão tenderiam a desaparecer. O filósofo Aristóteles já “distingua no Estado três poderes principais: a) o que delibera sobre os negócios do Estado; b) o que compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos; c) o que abrange as tarefas da jurisdição.”¹

Para os fins do presente capítulo, entretanto, interessam mais os pensamentos políticos seiscentista e setecentista que mais inovaram em relação aos precursores, nos quais é possível identificar três sistemas que se ocupam das formas de governo: i) Teoria do Governo Misto; ii) Teoria do Governo Equilibrado e iii) Teoria da

¹ MORAIS FILHO, J.F.; SOUZA NETO, C.P.; LIMA, M.M.B. **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.154.

Separação dos Poderes Pura.

A primeira forma – Teoria do Governo Misto – sugere “que a melhor forma de governo é aquela que combina as diferentes modalidades de governo (monarquia, aristocracia e democracia), com supedâneo na existência de três corpos: do monarca, o dos aristocratas e o do povo.”² Nessa forma de governo, não há separação em funções, pois se acredita que o poder repartido, por si, limita o poder absoluto.

A Teoria do Governo Equilibrado “trouxe a idéia de que os poderes, além de serem repartidos em potências parecidas, deveriam controlar um ao outro”³, mas a divisão ainda se mantinha pela existência das forças politicamente organizadas (monarca, Câmara dos Lordes e Câmara dos Comuns).

A Teoria da Separação de Poderes Pura traz uma inovação no que concerne às duas outras teorias, a de que cada poder deveria possuir uma função específica e que não poderia cada um invadir as atribuições do outro e proibindo uma pessoa (ou pessoas) ocupar cargos em dois dos poderes.

Os autores clássicos que tratam do tema separação ou divisão dos poderes – Locke, Montesquieu e federalistas – partem dessas teorias:

[...] é o amálgama entre as três teorias (separação de poderes, governo misto e governo equilibrado) que proporciona o surgimento, nas figuras de Locke, Montesquieu e dos *Federalistas*, da teoria da separação parcial de poderes, na qual é permitido certo grau de compartilhamento funcional, especialmente na função legislativa, isto é, por exemplo, um outro poder (o Executivo) também dispõe de atribuições legislativas, como o veto. O resultado desse compartilhamento inscreve-se na perspectiva da teoria do governo equilibrado, em que um poder controla o outro. Tal compartilhamento funcional, entretanto, não é principalmente positivo. É enviesado, no sentido de cumprir uma determinação: ser um procedimento de freio e contrapeso.⁴

1.2 Separação dos poderes em John Locke

Nos estudos sobre a Moral e a Política, John Locke reconhece a precedência de Estado de natureza em relação ao Estado civilizado, com regras preestabelecidas

² GROHMANN, Luis Gustavo Mello. A separação de poderes em países presidencialistas: a América Latina em perspectiva comparada. **Revista de Sociologia e Política**, n. 17, p. 75-106, nov. 2001, p. 76.

³ Id. *ibid.* 2001, p. 76.

⁴ Id. *Ibid.* 2001, p. 78.

e onde cada indivíduo abre mão de ser o senhor absoluto “de sua própria pessoa e suas posses”⁵ e passa a submeter-se ao controle de outro poder, constituído em uma sociedade política.

A finalidade da renúncia à total liberdade que deveria reinar no Estado de natureza é justificada por Locke diante da necessidade de conservar a propriedade:

É assim que os homens – não obstante todos os privilégios do estado de natureza –, dada a má condição em que nele vivem, rapidamente são levados a se unirem em sociedade. Donde se segue que raramente vemos um grupo de homens vivendo nesse estado. As inconveniências a que se vêem expostos em razão do exercício irregular e incerto do poder que cada um tem de castigar as transgressões de terceiros impelem-nos a se refugiarem sob as leis estabelecidas de um governo e a nele buscarem a conservação de sua propriedade.⁶

A análise do pensamento de John Locke indica que são três os poderes do Estado: Legislativo, poder supremo de cada Estado, responsável pela elaboração de leis e delegação da execução da justiça; Executivo, cujas atribuições podem ser resumidas em “convocar e estabelecer a duração das reuniões do Legislativo, modificar a base de constituição do corpo Legislativo”, bem como “agir livremente onde a lei não exista” podendo expedir legislação ou atuar “contrariamente à lei vigente, independentemente da aprovação do Legislativo”⁷ e, por fim, o Poder Federativo que tem como atribuição o relacionamento com outras nações, Estados ou pessoas estrangeiras.

Como se verifica da classificação de Locke, não há preocupação com a limitação entre os poderes, pois somente o Executivo detém prerrogativa que se assemelha a um controle entre poderes. Esse privilégio se justifica porque

há muitas coisas que a lei não pode prover de maneira alguma, e essas devem necessariamente ser deixadas ao discernimento daqueles que detém o poder executivo em suas mãos, para ser bem reguladas por ele da forma como o exijam o proveito e bem público.⁸

É importante destacar o momento histórico que permitiu a Locke produzir suas idéias: o liberalismo. O Poder Legislativo - responsável pela elaboração de leis e delegação da execução da justiça – era composto pelos proprietários e não pelos

⁵ LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fonte, 1998. p.494.

⁶ Id. *ibid.* 1998. p.497.

⁷ GROHMANN, Luís Gustavo Mello. *op. cit.* 2001, p. 78.

⁸ LOCKE, John. *op. cit.* 2001, p. 80.

miseráveis que representavam apenas instrumentos de produção. A essa classe de pessoas não era sequer pensada a concessão de direitos políticos. Sobre esse tema, Domenico Losurdo expõe de forma clara a visão dos liberais daquela época:

Que sentido teria conceder direitos políticos àqueles que ‘por causa da natureza e inalterável estado de coisas neste mundo’ estão destinados – é Locke quem se expressa nestes termos – a permanecer no nível de uma ‘besta de carga puxada para frente ou para trás pelo mercado, numa trilha restrita e num caminho sujo’, e que são separados dos homens das classes superiores por uma ‘distância maior do que aquela entre alguns homens e alguns animais’?⁹

A defesa da propriedade privada no pensamento dos liberais, notadamente Locke, é levada ao extremo e o não-proprietário a “besta de carga” não integrava, obviamente, o Parlamento. Um ataque à propriedade privada justificaria

não só medidas excepcionais, mas uma espécie de guerra total, tanto que seus responsáveis merecem ser tratados ‘como qualquer animal feroz ou bruto nocivo com o qual o gênero humano não pode ter relações de sociedade e segurança’.¹⁰

1.3. Separação dos poderes em Montesquieu

O Barão de Montesquieu (Charles-Louis de Secondat, ou simplesmente Charles de *Montesquieu*, senhor de La Brède), dos autores clássicos que trataram do tema da separação dos poderes, foi o que mais fama granjeou e mais influência espalhou, seja entre os próprios franceses, seja entre os estadunidenses ou ingleses, com a publicação da obra *O Espírito das Leis*, em 1748, apesar de aconselhado a não publicar esse livro por causa de defeitos apontados pelo “comitê de amigos cultos” da época.

A classificação de Montesquieu acerca dos poderes do Estado é a seguinte: Legislativo, que fazia as leis; Poder Executivo, das coisas que dependam do Direito das Gentes (paz, guerra, segurança), que é o Poder Executivo do Estado e, por fim, o Poder Executivo, das coisas que dependem do Direito Civil (punição de criminosos, julgamento de conflitos de interesses), a saber, o poder de julgar.

O autor, considerando que é próprio da natureza humana abusar dos poderes de que dispõe, toma por base essa peculiaridade para propor a separação dos

⁹ LOSURDO, Domenico. **Democracia ou bonapartismo**. Tradução de Luiz Sérgio Henriques. Rio de Janeiro: UNESP, 2004. p. 46.

¹⁰ Id.ibid. 2004. p. 109.

poderes, com a idéia de que um poder tem capacidade “de barrar ao outro de modo a forçar um acordo, e vice-versa, criando a moderação nas decisões e gestão do Estado”, o que acabava esse arranjo por forçar os “integrantes dos poderes a caminhar para um acordo, do contrário o resultado poderia ser a paralisia”¹¹ Afinal, Montesquieu “via na divisão dos poderes muito mais um preceito de arte política do que um princípio jurídico”¹²

O autor de *O Espírito das Leis* inova em relação a Locke ao tratar da possibilidade de um poder controlar o outro e esses controles seriam na lição de Luis Gustavo Melo Grohmann: i) o veto do Executivo sobre o Legislativo e ii) a compensar a impossibilidade do veto do Legislativo sobre o Executivo, a capacidade que aquele teria de punir os funcionários deste poder. É importante ressaltar, no entanto, que a doutrina da separação de poderes tem viés liberal, na medida em que se tratava de estratégia para impedir a concentração do poder na pessoa do rei em detrimento dos interesses dos ricos, senhores de propriedades, ou seja, a separação de poderes, assim, não era invocada em nome do povo, mas da elite que se opunha ao Estado. O cidadão a que se refere o Barão de Montesquieu não é a imensa massa sem rosto denominada povo:

A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido 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 os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.¹³

Em verdade, toda a história do Estado Liberal, destaca Bobbio, é a busca incessante da realização do princípio da limitação do poder, uma obsessão liberal.

¹¹ GROHMANN, Luís Gustavo Mello. op. cit. 2001, p.80.

¹² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**. São Paulo. Dossiê Judiciário nº 21, mar/abr/mai de 1994, p. 93.

¹³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1993, Livro XI, capítulo VI.

Esse controle de um poder em relação ao outro remete ao tema da relação entre poder e direito, discussão travada entre dois pontos de vista: de um lado aqueles que admitem a preexistência do poder (soberania, sumo poder) em relação ao direito ou à ordem jurídica, que não existiria sem um poder que a mantivesse viva (Bobbio). Em contraposição a esse ponto de vista, existem aqueles que reduzem o Estado a uma ordem jurídica, ou seja, antes existe o direito e depois há o poder, aquele controlando este, aquele domesticando este último, a teoria normativista de Kelsen. E opina Bobbio sobre o assunto:

Contudo, que se trate apenas de dois pontos de vista distintos, que não eliminam a ligação indissolúvel dos dois conceitos, pode ser provado pelo fato de que o problema fundamental dos teóricos da soberania sempre foi apresentá-la não como um simples poder, como um poder de fato, mas como um poder de direito, isto é, como um poder também ele autorizado e regulado, como os poderes inferiores, por uma norma superior, seja esta de origem divina, seja uma lei natural ou então uma lei fundamental (hoje diríamos constitucional), derivada da tradição ou de direito consuetudinário. O problema fundamental do normativista, ao contrário, é mostrar que um sistema normativo pode ser considerado direito positivo apenas se existirem, em várias instâncias, órgãos dotados de poder capazes de fazer respeitar as normas que o compõem. O poder sem direito é cego, mas o direito sem poder é vazio.¹⁴

O tema da domesticação do poder – ou seja, a submissão da Política ao Direito –, origina-se nas revoluções francesa e estadunidense quando se pretendeu superar a dicotomia entre Estado e sociedade civil, passando o poder a pertencer ao povo e a legitimação a ocorrer na forma da representação. Nesse contexto consolidam-se a Teoria da Separação dos Poderes e a Teoria da Soberania Popular, bem como a forma republicana, o sistema representativo e o regime democrático. Nas palavras de Luiz Moreira, “Essas restrições tinham como propósito limitar o arbítrio estatal, garantindo o fortalecimento das demais esferas de modo a fortalecer a sociedade civil e assegurar legitimidade material e formal às ordenações estatais.”¹⁵

O principal instrumento moderno de domesticação do poder é o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, realizada por um órgão integrante do Poder Judiciário, como sucede no Brasil, ou tribunais constitucionais, como é o modelo europeu. O alemão Carl Schmitt, escrevendo no período entre guerras e referindo-se à situação da República de Weimar, criticou o liberalismo e repudiou o

¹⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**. 12. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 239-240.

¹⁵ MOREIRA, Luiz. **Sobre a reeleição**. Disponível em <www.gomesuchoua.adv.br/publicacoes/Sobre%20a%20reele%C3%A7%C3%A3o.pdf> Acesso em: 15 de maio de 2008.

controle jurisdicional, argumentando que esse tipo de controle jurisdicional caracteriza um Estado Judicialista onde a política fosse submetida ao controle dos tribunais. De acordo com Bercovicci, “muito da resistência de Carl Schmitt ao controle judicial de constitucionalidade está ligado à sua concepção de Constituição. A constituição só é válida, para Schmitt, quando proveniente de um poder constituinte e estabelecida por sua vontade.”¹⁶ Em outras palavras, a essência da Constituição é a vontade política do poder constituinte.

O controle da constitucionalidade realizado pelo Parlamento, de igual modo, recebe crítica de Schmitt, haja vista que a composição fragmentária dos integrantes do Poder Legislativo impede o surgimento de uma força que se ponha acima das forças que debatem no Parlamento. Segundo Bercovicci, referindo-se à Schmitt,

[...] a fé no parlamentarismo é fruto do liberalismo, não da democracia. A característica essencial da democracia, segundo Carl Schmitt, é a homogeneidade do povo. A democracia de massas tenta realizar a identidade entre governantes e governados, provocando o fim do dualismo liberal entre Estado e Sociedade: o Estado passa a ser a auto-organização da sociedade.¹⁷

Essa concepção de Schmitt demonstra sua preferência por um Estado “Decisionista” em contraposição a um Estado “Deliberativista”, porquanto o deliberativismo praticado no Parlamento, onde representantes de parcialidades defenderiam interesses de grupos diferentes, jamais resolveria a crise da Alemanha de Weimar, às vésperas da subida ao poder do Partido Nacional-Socialista Alemão dos Trabalhadores. De outro lado, o decisionismo político seria a exclusão da tomada das decisões de todos os outros agentes sociais - como os partidos políticos -, fruto de uma reflexão antidemocrática, mas necessária, na sua óptica, para manutenção de um Estado forte.

Negado que foi ao Parlamento e ao Judiciário o papel de responsável pelo controle da constitucionalidade, a teoria de Schmitt aponta o presidente do Reich como guardião da Constituição porque eleito diretamente por todo o povo alemão, ou seja, o “Presidente era o centro de um sistema plebiscitário e capaz de fazer frente ao pluralismo dos grupos sociais e econômicos representados no

¹⁶ BERCOVICCI, Gilberto. **Carl Schmitt, o Estado total e o guardião da Constituição**. Revista Brasileira de Direito Constitucional. São Paulo, nº 1, jan./jun. – 2003, p. 196.

¹⁷ Id. *ibid.* p. 197.

Parlamento.”¹⁸ O presidente do Reich era o garante da Constituição e da unidade do povo alemão. Cuida essa teoria (de privilegiar o Poder Presidencial em detrimento do Poder Parlamentar) de uma visão conservadora de Estado que contribuiu para a derrocada do sistema que antecedeu aos horrores do nazismo. Sobre o controle da constitucionalidade e quem deva figurar como guardião da Constituição, é importante mencionar o fato de que mais importante do que saber se o controle deva ser realizado pelo cortes de justiça, membros do Parlamento ou presidentes, é evitar que esse controlador/guardião passe a sentir-se senhor da Constituição e não seu guardião.

1.4 Separação dos poderes na doutrina norte-americana

1.4.1 Os federalistas

Os federalistas¹⁹ foram responsáveis pela instituição do primeiro governo baseado na separação de poderes, quando do movimento que culminou com a primeira Constituição Republicana, nos Estados Unidos, em 1787. É curioso destacar, no entanto, não constar no Texto Constitucional uma explícita separação sistemática das competências legislativa e administrativa porque

a preocupação da Comissão Redatora da Constituição de 1787 foi bem mais genérica, no sentido fundamental de repartir objetiva e taxativamente quais matérias ou temas *in concreto* seriam objeto de competência da União Federal, em oposição às matérias ou temas *in concreto* que seriam objeto de competência dos Estados-Membros.²⁰

Os autores federalistas, notadamente Madison, entendiam necessária a absoluta separação dos poderes em corpos diferenciados, cada qual com suas atribuições e funções, ou seja, na esteira dos demais pensadores que os antecederam; compreendiam que o poder não deveria ser concentrado na mão de uma mesma pessoa²¹, sob pena de se estar caracterizada uma tirania.

¹⁸ BERCOVICCI, Gilberto. op. cit. 2003, p. 198.

¹⁹ Alexander Hamilton (1757-1804), James Madison (1751-1836) e John Jay (1745-1829).

²⁰ RODRIGUES, Itiberê Oliveira. Fundamentos dogmático-jurídicos do sistema de repartição das competências legislativa e administrativa na Constituição Federal de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**. n.15, p. 1-34, Salvador, jan.-mar. 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/pdf/itibere.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2008.

²¹ Madison ainda destaca que para o perfeito funcionamento desse sistema dois elementos eram vitais, ou seja, independência financeira ao poder e remuneração condizente para os exercentes dos cargos.

Nota característica e ponto de inovação do pensamento dos federalistas diz respeito à posição de centralidade que o povo deve exercer na república que nascia, ou seja,

o gênio republicano exige não somente que o poder emane sempre do povo, mas também que aqueles a quem o poder é confiado estejam sempre na dependência do povo, tanto pela curta duração dos seus cargos quanto pelo grande número dos depositários do poder público.²²

A presença da vontade popular na escolha dos representantes dos poderes, no entanto, já naquela época, foi objeto de limitação em relação aos membros do Poder Judiciário, dado o caráter técnico de quem deveria exercê-lo, os magistrados.

A experiência ianque também se distancia do contexto de Montesquieu porque

a sociedade estamental que sustentava a divisão de poderes não estava mais disponível. Ao contrário, a revolução norte-americana havia afirmado o princípio da igualdade perante a lei, abolindo os títulos de nobreza e forjando uma sociedade liberal.²³

Apesar da posição de centralidade que o povo exercia no modelo dos federalistas, na Convenção da Filadélfia, cuidavam-se eles próprios de representantes das colônias com visão conservadora:

[...] a Convenção convocada para a Filadélfia é quase exclusivamente composta “de homens extremamente conservadores”, os quais trabalhando em rigoroso segredo e indo muito além do mandato recebido, que prevê apenas uma obra de reforma dos “Artigos” da Confederação, elaboraram um texto constitucional totalmente novo, reforçando enormemente o poder central.²⁴

Domenico Losurdo aponta o resultado da Convenção da Filadélfia como um *coup d’Etat*, onde, haja vista que houve uma reforma da Constituição sem o consenso dos Estados signatários para sua reforma, os protagonistas

da Convenção da Filadélfia se preocupavam não em “agradar o país, mas salvá-lo”. Isto é: a virada político-constitucional não estava legitimada nem pela ordem jurídica existente, nem pelo apelo à soberania popular, mas pela absoluta necessidade de poupar ao país os ataques à propriedade, o caos e a anarquia que sobre ele pendiam ameaçadoramente.²⁵

²² MORAIS FILHO, J.F.; SOUZA NETO, C.P.; LIMA, M.M.B. . op. cit. 2003, p.157.

²³ MAUES, Antônio Gomes Moreira. **Instrumentos de democracia direta e divisão de poderes no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 63.

²⁴ LOSURDO, Domenico. op. cit. 2004, p. 98.

²⁵ LOSURDO, Domenico. op. cit. 2004, p. 98.

1.4.2 O caso Marbury x Madison

A decisão da Suprema Corte dos EEUU proferida em 1803, no caso envolvendo o juiz de paz nomeado William Marbury contra o secretário de Estado James Madison, é o marco inicial do controle de constitucionalidade das leis infraconstitucionais em face da Constituição, por meio de decisão do Poder Judiciário.

Com efeito, John Adams, presidente federalista, nomeou em 1801, no apagar das luzes de seu governo, vários juizes de paz. Essa nomeação consistia na decisão política do Presidente de nomear após confirmação do Senado e da entrega de diploma, a cargo do Secretário de Estado. Entre a indicação e entrega do diploma do indicado Marbury, assumiu a presidência Thomas Jefferson e este indica James Madison para o cargo de Secretário de Estado, que por sua vez, se nega a entregar o diploma ao indicado pelo presidente John Adams.

O interessado ajuizou um *writ* perante a Suprema Corte, invocando o *Judiciary Act* de 1789, uma lei que estruturou o sistema judiciário federal, inclusive a *Suprem Court* e que reconhecia, dentre outras atribuições, a jurisdição dessa corte para tratar de assuntos relacionados à nomeação de pessoas para cortes judiciais.

A decisão de Marshall, no entanto, foi pela desobrigação da entrega do diploma (*comission*) a William Marbury – indicado, repita-se, para juiz de paz – sob o argumento de que o *Judiciary Act* havia inovado em relação ao artigo III, seção II da Constituição, que só tratava de conceder competência à Suprema Corte quando figuravam como partes embaixadores, cônsules e ministros, do que não se tratava.

A justificar ao Poder Judiciário exercer esse controle de constitucionalidade, Marshall,

ao interpretar a seção II, onde diz “*The Judicial power shall extend to all cases [...] arising under this Constitution*”, define que ela significa que o poder judicial pode ser exercido em todos os casos em que haja uma questão de constitucionalidade.²⁶

²⁶ PAMPLONA, Danielle Anne. **O processo de decisão de questões políticas pelo Supremo Tribunal Federal**: a postura do juiz. Tese. (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006, p.63, mimeo.

Estava criado, com origem em uma causa aparentemente banal, o controle difuso da constitucionalidade.

Do ponto de vista político, o caso *Marbury v. Madison* representa uma reação da Suprema Corte contra o projeto revolucionário de Thomas Jefferson, que possuía visão oposta aos federalistas, ou seja, que o povo deveria ser “protegido de si mesmo, e que, portanto, a constituição existia também contra a vontade popular do momento.”²⁷ Vale ressaltar que o juiz Marshall foi o Secretário de Estado do Presidente John Adams e fora nomeado no final do mandato como *Chief Justice*, o que demonstra a atmosfera hostil em relação ao novo presidente, Jefferson. Para Thomas Jefferson, o povo é responsável por seus atos e o “*rule of law* não pode substituir o princípio republicano do governo da maioria”²⁸ e um Estado de Direito sem vontade popular é considerado tirania dos tribunais.

A decisão do caso *Marbury* fortalece sobremaneira o Poder Judiciário dos EEUU que, a partir daquele momento em diante, também declara a opinião do povo, ou seja, “com a supremacia da Suprema Corte nos Estados Unidos, chega-se ao fenômeno da corte se arrogar ser a representante da opinião do povo”²⁹, afastando ou diminuindo a importância do poder constituinte ou da soberania popular naquelas plagas.

Com esse quadro de fortalecimento da Corte, tem-se o bonapartismo no âmbito do Poder Judiciário, ou seja, além de haver uma desautorização dos dois outros poderes em detrimento da decisão judicial, a Suprema Corte se apresenta como se fosse um Messias que pode conduzir os destinos do país. Nesse contexto, deve-se entender a expressão “bonapartismo” como

forma de governo em que é desautorizado o poder legislativo, ou seja, o Parlamento, que no Estado democrático representativo, criado pela burguesia, constitui normalmente o poder primário, e em que se efetua a subordinação de todo o poder ao executivo, dirigido por um grande personagem carismático, que se apresenta como representante direto da nação, como garante da ordem pública e como árbitro imparcial diante dos interesses contratantes das classes.³⁰

²⁷ BERCOVICCI, Gilberto. **Soberania e constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.179.

²⁸ Id. *ibid.* p. 179.

²⁹ Id. *ibid.* p. 180.

³⁰ BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 4. ed. Brasília: EDUNB, 1992, p. 83.

1.5 Poder Judiciário: lugar na Teoria da Separação dos Poderes

A teoria clássica da Separação dos Poderes foi responsável pela separação entre Política e Direito. O Poder Judiciário que emerge da Revolução Francesa é limitado pelas disposições da Constituição Francesa de 179, ao dispor que o “o poder judiciário não pode ser exercido pelo corpo legislativo, nem pelo rei” e que os “tribunais não podem se imiscuir no exercício do poder legislativo, nem suspender a execução das leis” (artigos 1º, capítulo V e artigo 3º, capítulo 1º), ou seja, o Estado que nasce da Revolução Francesa é responsável pela neutralização do Poder Judiciário.

Essa neutralização é fruto do movimento revolucionário de 1789, como se lê em passagem de um clássico da Revolução Francesa:

A virtude do poder judiciário, quando ele permanece inteiro e forte, está em suprir todos os outros; e a ele, nenhum supre. Ele foi o sustentáculo, o recurso de nossa antiga França, em suas mais terríveis crises. No século XIV e XVI, manteve-se imutável e firme, de modo que, na tempestade, a pátria quase perdida se reconhecia, se reencontrava sempre no santuário inviolável da justiça civil. Não, o povo não pode se fiar no poder judiciário.³¹

O estilo romântico se justifica por se tratar de texto escrito entre 1833 e 1867, mas confere uma dimensão próxima do sentimento do povo em relação ao Poder Judiciário e a justificativa para mantê-lo fraco, neutro, “*la bouche de la loi*”. Com efeito, a “neutralização do Judiciário é uma das peças importantes na caracterização do estado de direito burguês. Ela se torna, no correr do século XIX, a pedra angular dos sistemas políticos desenvolvidos.”³²

É importante anotar que essa neutralização não tem o significado de alheamento, “mas gerar uma indiferença controlada, ou seja, estabelecer uma relação em que a indiferença é garantida contra expectativas de influência.”³³

Com o advento do Estado do Bem-Estar Social, as prestações positivas (sociais) impuseram uma expansão das atribuições do Poder Judiciário uma vez que sua concretização carecia de sua intervenção:

³¹ MICHELET, Jules. **História da Revolução Francesa**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 185.

³² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. op. cit. 1994, p. 22.

³³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. op. cit. 1994, p. 22.

Os direitos sociais, produto típico do estado do bem-estar social, não são, pois, conhecidamente, somente normativos, na forma de um *a priori* formal, mas têm um sentido promocional prospectivo, colocando-se como exigência de implementação. Isto altera a função do Poder Judiciário, ao qual, perante eles ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e, sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza).³⁴

Após a democratização e o fortalecimento do Estado, com a intervenção mais efetiva no campo social e econômico, o papel do Poder Judiciário assume contornos diferentes da posição neutra anteriormente imposta pelo sistema político. Nessa nova realidade, “o principal mecanismo que se afirma para conter o abuso do poder pela maioria governante é o controle de constitucionalidade das leis.”³⁵

Hans Kelsen teve papel fundamental na criação da Corte Constitucional Austríaca, responsável pelo controle de constitucionalidade dos atos do Legislativo e do Executivo. Esse modelo concentrado depois foi seguido por diversas cartas européias (Espanha, Itália) e hoje está presente em grande parte das constituições ocidentais.

É tema de acirradas discussões o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, e merece breve digressão histórica o debate travado entre Hans Kelsen e Carl Schmitt acerca de quem deveria ser o guardião da Constituição, aquele defendendo o controle jurisdicional da Constituição e este último autor apontando para o presidente do Reich Alemão como o único legitimado a desempenhar esse papel de controle da constitucionalidade, por ter sido eleito pela “totalidade do povo”. O contexto onde se desenrola essa polêmica pública foi a República de Weimar (Alemanha), tendo a tese de Schmitt aparecido pela primeira vez em março de 1929 e a resposta de Kelsen publicada pela primeira vez no volume 6 (1930-1930) do periódico denominado *Die Justiz*.

Para o professor de Direito Público Carl Schmitt, o “controle judicial de constitucionalidade só poderia existir em um Estado Judicialista (*Justizstaat* ou *Jurisdiktionsstaat*), em que toda a vida política fosse submetida ao controle dos

³⁴ FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**. São Paulo. Dossiê Judiciário nº 21, mar/abr./mai de 1994.

³⁵ MAUES, Antônio Gomes Moreira. **Instrumentos de democracia direta e divisão de poderes no Brasil**. 1.ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar.2006.p.52.

tribunais”³⁶, ou seja, um Estado regulado em toda a sua extensão por juízes, onde a conseqüência seria não a Judicialização da Política, mas a politização da justiça, alerta Bercovicci. Com efeito, partindo da teoria de Benjamin Constant do *pouvoir neutre, intermediaire e regulateur*, o publicista³⁷ constrói um arcabouço teórico para justificar o presidente do Reich como o guardião da Constituição e concluir:

O fato do Presidente do Reich ser o guardião da Constituição corresponde, porém, apenas também ao princípio democrático, sobre o qual se baseia a Constituição de Weimar. O Presidente do Reich é eleito pela totalidade do povo alemão e seus poderes políticos perante as instâncias legislativas (especialmente dissolução do parlamento do Reich e instituição de um plebiscito) são, pela natureza dos fatos, apenas um “apelo ao povo”. Por tornar o Presidente do Reich o centro de um sistema de instituições e poderes plebiscitários, assim como político-partidariamente neutro, a vigente Constituição do Reich procura formar, justamente a partir dos princípios democráticos, um contrapeso para o pluralismo dos grupos sociais e econômicos de poder e defender a unidade do povo como uma totalidade política.³⁸

O professor Hans Kelsen opôs-se com vigor à concepção de Schmitt e começa criticando a utilização de uma doutrina aplicável a monarquias constitucionais a uma situação completamente diferente, ou seja, o presidente do Reich, um Estado republicano, como a doutrina do poder neutro de Benjamin Constant.

De igual modo, Kelsen levanta uma questão, ao criticar a idéia de Schmitt de que o presidente do Reich seria o legitimado para controlar a Constituição, invocando um princípio jurídico básico, ou seja, ninguém pode ser o juiz da sua própria causa:

[...] caso se deva mesmo criar uma instituição através da qual seja controlada a conformidade à Constituição de certos atos do Estado –

³⁶ BERCOVICCI, Gilberto. op. cit. 2003, p. 196.

³⁷ PODER NEUTRO nas palavras de Carl Schmitt: “As divergências de opinião e diferenças entre os titulares de direitos políticos de decisão e influência não podem ser decididas, no geral, judicialmente, caso não seja exatamente o caso de punições por violações constitucionais abertas. Elas são eliminadas ou por meio de um poder político mais forte situado acima das opiniões divergentes, isto é, por intermédio de um *terceiro superior* - mas isso não seria, então, o guardião da Constituição, e, sim, o senhor soberano do Estado, ou então são conciliadas ou resolvidas por meio de um órgão não em relação de subordinação, mas de coordenação, isto é, por meio de um terceiro neutro - este é o sentido de um poder neutro, de um *pouvoir neutre ET intermédiaire*, localizado não acima, e, sim, ao lado dos outros poderes constitucionais, mas dotado de poderes e possibilidades de ação singulares”. (SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey. 2007 p. 193).

³⁸ Id. ibid. p. 233/234.

particularmente do Parlamento e do Governo –, tal controle não deve ser confiado a um dos órgãos cujos atos devem ser controlados.³⁹

Um ponto omissos da discussão entre os dois publicistas alemães diz respeito ao Judiciário como produtor de conflito, ou seja,

[...] se é verdade que, à época que Kelsen escreveu Quem deve ser..., o exemplo do “*court plucking plan*” de Roosevelt contra a Suprema Corte dos Estados Unidos da América ainda não tinha surgido, tampouco havia se dado em toda a sua intensidade, não há como esquecer, há história, o papel da Suprema Corte na sangrenta luta pela igualdade racial desde 1857, com o julgamento ‘*Dredd Scott v*’ e seu papel de *policy maker*.⁴⁰

Esse ponto pretende demonstrar somente a tensão que surge entre os poderes do Estado após o ingresso do Poder Judiciário no palco das decisões políticas, o que se convencionou modernamente chamar de Judicialização da Política.

Em resumo, a separação dos poderes é tema polêmico que remonta à Grécia antiga, mas se mantém na pauta das discussões até os dias de hoje, tendo havido releituras em John Locke, Montesquieu e nos federalistas.

O papel desempenhado pelo Poder Judiciário com origem na Revolução Francesa até os dias de hoje, passando pela Áustria de Kelsen, vai da neutralidade até o ativismo jurídico dos *petit judges* franceses.

Essa temática da separação dos poderes, com o novo papel desempenhado pelo Poder Judiciário, é denominada de Judicialização da Política, que trata do processo pelo qual os juízes e tribunais influenciam ou determinam as políticas públicas previamente previstas em atos do Poder Legislativo ou Poder Executivo, expresso de outra forma, é uma reação do Judiciário diante da provocação de um terceiro e tem por finalidade revisar a decisão de um poder político, tomando como base a Constituição.⁴¹

Esse fenômeno tem amplitude global e é estudado do ponto de vista do Direito comparado e, individualmente, em cada país onde se verifica sua existência. No

³⁹ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 240.

⁴⁰ BARRETO LIMA, Martonio Mont’Alverne. A guarda da Constituição em Hans Kelsen. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, nº 01, jan./jun. 2003, p. 205.

⁴¹ CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista Sociol. Polit.** [on line], n. 23, p.127-139, nov. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rscop/n23/24626.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2006.

Brasil, há uma visão que reconhece a Judicialização da Política, mas não acredita que o Direito venha a substituir a política, com uma radicalização de dessa posição do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes.

De outro lado, há autores, como Bastos Arantes ⁴², que creditam esse fenômeno da Judicialização da Política ao protagonismo dos membros do Ministério Público que, se estribando em uma premissa falsa – hipossuficiência da população brasileira –, pretendem utilizar o Poder Judiciário na conquista de espaço institucional. A visão dos críticos dessa posição ideológica prefere privilegiar a separação de poderes, a fim de manter o predomínio de decisões políticas tomadas por parte de representantes eleitos pelo povo, com limitação à atuação do Poder Judiciário ante as decisões políticas dos Poderes Executivo e Legislativo.

⁴² ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo: FAPESP/EDUC, 2002.

2 AS QUESTÕES POLÍTICAS NA JURISPRUDÊNCIA

2.1 Delimitação do conceito

O tema das questões políticas guarda conexão com o objeto do presente trabalho ao se pretender demonstrar que o Poder Judiciário não pode invadir esfera de competência privativa do Poder Executivo, notadamente em matéria de natureza política, porque os representantes daquele poder não detêm a legitimidade do voto popular, sendo-lhes vedado fazer escolhas pertencentes à esfera tipicamente da Administração Pública.

A doutrina das questões políticas é objeto naturalmente polêmico e até a terminologia é polissêmica, havendo dificuldades para delimitar até onde a questão é jurídica e, de igual modo, se determinadas questões são políticas ou não. Em verdade, cuida-se a discussão até mais ampla de saber os limites entre o Direito e a Política ou a domesticação do poder pelo Direito.

A doutrina das questões políticas teve início no Direito estadunidense, com a decisão do *Chief Justice* John Marshall no caso *Marbury x Madison*, de 1803, já mencionado no item precedente 2.4.2., onde ficou assentado que, se por um lado, o “Poder Judiciário está autorizado a reconhecer a nulidade de atos da legislatura, quando contrários à Constituição, por outro, não lhe é lícito ingressar no campo da política.”¹

O fundamento da decisão de Marshall proveio do entendimento de que existem alguns atos praticados pelo titular do Poder Executivo que não dizem respeito aos direitos individuais, mas, sim e tão-somente, aos interesses do Estado-Nação, que será em última instância quem julgará seu presidente. Essa razão de decidir vale ressaltar, aplica-se, de igual modo, às ações dos auxiliares do chefe do Executivo,

¹ TEIXEIRA, José Elaeres Marques. **A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2005, p.25.

quando sob suas ordens. O tema será retomado no item específico.

No Brasil, a introdução do tema das questões políticas coube a Rui Barbosa, no alvorecer da República, quando do julgamento do *Habeas corpus* n.º 300, de 1892, que pretendia a libertação de 46 pessoas – senadores, deputados, marechais, coronéis, civis e até o poeta Olavo Bilac – que se opunham a Floriano Peixoto porque este se recusava a convocar eleições presidenciais após a renúncia de Deodoro da Fonseca, como previa o art. 42 da Constituição de 1891, quando se dava a renúncia antes de decorrido o prazo de dois anos do período presidencial. O *Habeas Corpus* n.º 300 e outros casos de igual importância serão apreciados no tópico seguinte, que trata da jurisprudência sobre questões políticas.

Coube a Rui Barbosa, de igual modo, delimitar pela primeira vez em que consistia uma questão política, apresentando uma lista ² das matérias que seriam sujeitas somente à vontade (poder discricionário) dos chefes do Executivo e Legislativo, prática que já foi comum na Argentina e nos Estados Unidos, mas que nos dias de hoje já não tem mais a força que possuía na República Velha, como ensina Teixeira:

Esse expediente de catalogação de assuntos abrangidos pela doutrina das questões políticas, no entanto, gradativamente tem perdido prestígio, na medida em que, como observa Bonavides, não é possível mais demarcar, “numa esfera autônoma”, as questões políticas, para efeito de evitar o controle de constitucionalidade. Com efeito, no Estado social contemporâneo, os direitos individuais se politizaram e as regras que antes serviam para estabelecer a fronteira entre o indivíduo e o Estado “se afrouxaram”.³

Uma visão mais atualizada da doutrina das questões políticas é apresentada

² “1) A declaração da guerra e a celebração da paz. 2. A manutenção e direção das relações diplomáticas. 3. A verificação dos poderes dos representantes dos governos estrangeiros. 4. A celebração e rescisão de tratados. 5. O reconhecimento da independência, soberania e governo de outros países. 6. A fixação das extremas do país com os seus vizinhos. 7. O regime de comércio internacional. 8. O comando e disposição das forças militares. 9. A convocação e mobilização da milícia. 10. O reconhecimento do governo legítimo nos Estados quando contestado entre duas parcialidades. 11. A apreciação nos governos estaduais, da forma republicana, exigida pela Constituição. 12. A fixação das relações entre a União ou os Estados e as tribos indígenas. 13. O regime tributário. 14. A adoção de medidas protecionistas. 15. A distribuição orçamentária da despesa. 16. A admissão de um Estado à União. 17. A declaração da existência do estado de insurreição. 18. O restabelecimento da paz nos Estados insurgentes e reconstrução neles da ordem federal. 19. O provimento dos cargos federais. 20. O exercício da sanção e do veto sobre as resoluções do Congresso. 21. A convocação extraordinária da representação nacional.”

³ BARBOSA, Rui. O direito do Amazonas ao Acre setentrional. In: **Obras completas**. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura. Fundação Casa de Rui Barbosa, v. 37, tomo V, 1983, p. 118/119.

por Cristina Queiroz,

segundo o qual a oportunidade para a incidência da doutrina surge quando: a) não há norma jurídica que possa ser aplicada ao caso concreto; b) a decisão final do tribunal diz respeito ao princípio constitucional da divisão dos poderes em princípio; c) a questão foi reservada, em princípio, ao eleitorado.⁴

Em estudo sobre a questão dos atos políticos e dos direitos sociais, Sérgio Victor Tamer aponta a *political question doctrine* e os *actes de gouvernement* como dois marcos decisivos da história do constitucionalismo, que influenciara a doutrina dos atos políticos para em seguida indagar:

Se cabe, em relação a tais atos, um Poder determinar ao outro o que deve ou não fazer sem violar o princípio clássico da separação? Ou, sob outro ponto de vista, é de perquirir-se: qual o ponto de equilíbrio entre a promoção do controle judicial dos atos políticos, e a autonomia política da Administração? E se os atos políticos ferirem direitos subjetivos, imediatos ou não, que tipo de controle poderá haver sobre eles? E em ferindo a Constituição, o ato político executivo, ou legislativo, poderá ser anulado pelo Poder Judiciário?⁵

Como se verifica, cuida-se de assunto de grande amplitude que, nos limites do presente capítulo, será abordado nos tópicos que seguem.

Com efeito, a doutrina das questões políticas tem estreita ligação com o princípio da separação de poderes e a análise de precedentes jurisprudências assume importância fundamental, como será demonstrado em seguida. É matéria de grande relevância atualmente o estudo das prestações positivas do Estado (saúde, educação, segurança, assistência social) em face da impossibilidade material de atender a esses comandos constitucionais, ou seja, são as “escolhas dramáticas” que têm de um lado a escassez ou ausência de recursos e de outro lado a crescente demanda por serviços públicos, isso tudo num ambiente de alta litigiosidade, em que qualquer cidadão tem hoje maior facilidade de acionar o Poder Judiciário. A passagem de Gustavo Amaral merece transcrição:

Ao nosso ver, deslocar a decisão para o Judiciário em hipóteses que envolvam “escolhas dramáticas”, é querer alargar para aquele Poder competências que não são suas. O Judiciário não está legitimado pelo voto para tomar tais posições. Muito pelo contrário, é a própria Constituição que cerca a magistratura com garantias próprias para que

⁴ QUEIROZ. Cristina M.M. **Os actos políticos no Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 1990, p.113.

⁵ TAMER. Sérgio Victor. **Atos políticos e direitos sociais nas democracias**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2005, p. 109.

possa ela desempenhar seu ofício alheia a pressões de momento.⁶

O entendimento da doutrina brasileira sobre a relação entre ato político e controle jurisdicional é divergente, como de resto na doutrina internacional, ou seja, uma parte sustenta a impossibilidade de controle jurisdicional do ato político, admitindo-o, tão-somente, no caso de afronta a direitos individuais e, de outro lado, os juristas que vêm no princípio da inafastabilidade do controle judicial (CF/88, art. 5º, inciso XXXV) a autorização para o controle dos atos políticos por parte do Poder Judiciário.

2.2 Questões políticas na jurisprudência

A doutrina das questões políticas, como mencionado anteriormente, origina-se da decisão proferida pela Suprema Corte dos EEUU no paradigmático caso *Marbury x Madison* de 1803⁷, que inaugura o tema das questões políticas, ainda que de forma indireta, haja vista que a primeira decisão que tomou como fundamento autônomo a auto-restrição dos poderes judiciais se deu em 1849⁸ no julgamento do caso *Luther x Borden*. Nos dois tópicos seguintes, alguns casos da jurisprudência estadunidense e brasileira serão apresentados e comentados, onde se perceberá a evolução das decisões das cortes de justiça no sentido de cada vez menos restringir sua atuação em questões de natureza política, sempre se tomando por fundamento o Princípio da Supremacia da Constituição.

O papel das cortes de justiça tem fundamental importância no trato das questões políticas, de igual modo, quando se analisam decisões judiciais que obrigam o Estado a prestações positivas (item 3.1.). Com efeito, quando uma decisão judicial invade competência privativa do Poder Executivo e determina onde um posto de saúde deva ser construído porque o direito à saúde é assegurado pela Constituição, tem-se Judicialização da Política, e esse fenômeno acontece exatamente porque o Poder Judiciário não auto-restringe os limites de sua atuação.

A tensão entre os direitos sociais postos na Constituição de 1988 e a impossibilidade material de cumprimento de alguns desses preceitos pelo Estado

⁶ AMARAL, Gustavo. **Teoria dos direitos fundamentais**: interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. Rio de Janeiro: Renovar, 2006a, p.112.

⁷ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Marbury x Madison**, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

⁸ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Luther x Borden**, 7 How. 48. U.S. 1 (1849).

brasileiro são fartamente encontradas nos dissídios jurisprudenciais, notadamente na área de saúde, onde decisões determinando que o Estado responda por tratamentos de grande custo financeiro comprometem parte considerável dos orçamentos públicos em detrimento de prioridades coletivas que alcançam um universo de pessoas carentes.

2.2.1 *Suprema Corte dos Estados Unidos*

A doutrina das questões políticas tem a mesma matriz do controle jurisdicional da constitucionalidade (*judicial review*), pois oriundas ambas da decisão *Marbury x Madison* de 1803. Com efeito, esta decisão registrou o fato de que, se “por um lado, o Poder Judiciário está autorizado a reconhecer a nulidade de atos da legislatura, quando contrários à Constituição, por outro, não lhe é lícito ingressar no campo da política.”⁹ Como expresso a pouco, no entanto, a primeira decisão na qual a doutrina das questões políticas foi invocada como fundamento autônomo, a impor a auto-restrição aos juízes, foi no caso *Luther x Borden*, de 1849. Relata Elaeres que o caso-paradigma se originou de uma ação proposta por *Luther*, que teve sua residência invadida por tropas do governo de Rhode Island. O motivo “teria sido o seu ativo apoio ao governo paralelo que se havia formado naquele Estado, tendo como chefe Thomas W. Dorr.”¹⁰

A revolta liderada por Dorr foi motivada por uma tentativa frustrada de reforma da Constituição daquele Estado, fato que acarretou a votação de nova Constituição e a instituição de outro governo. Com as duas constituições e os dois governos em Rhode Island, a questão foi submetida à Suprema Corte, que evitou se intrometer na disputa por se tratar de questão política e não judicial, e que caberia ao Poder Executivo central deliberar sobre a vexata questio.

A Suprema Corte, nesse caso, elegeu como razão de decidir a interpretação da Cláusula de Garantia (Artigo IV, Seção 4 da Constituição dos EEUU), que assegura aos Estados a manutenção da forma republicana de governo e a defesa, por parte da União, em caso de invasão e na ocorrência de comoção interna que impossibilite a ação dos Poderes Executivo e Legislativo.

⁹ TEIXEIRA, José Elaeres Marques. op. cit. 2005, p. 25.

¹⁰ Id. ibid. p. 27.

Há outros eventos emblemáticos na jurisprudência ianque, aqui enumerados em ordem cronológica: i) *Pacific States Tel. & Tel. Co. x Oregon*, de 1912, que tratava de processo de *referendum* naquele Estado; ii) o caso *Coleman x Miller*, de 1939, restando afirmado que, “para determinar quando uma questão é ou não política, o relevante a se considerar deveria ser a característica de ato final de departamentos públicos e dificuldade em classificá-la como judicial”¹¹; iii) caso *Colegrove x Green*, julgado em 1946, no qual a Suprema Corte se negou a atuar em matéria eleitoral, quando uma lei do Estado de Ilininois, que distribuiu o eleitorado em distritos eleitorais, teve sua constitucionalidade contestada. Nesse caso, a ressalva é feita por Elaeres: “A Corte não afastou a hipótese de se tratar de um caso sujeito à tutela judicial, optando pelo argumento de que a *natureza do conflito* recomendava que se abstinésse de julgar.”¹²

Uma decisão da Suprema Corte que merece destaque, de 1962, é a do caso *Baker x Carr*, cuja discussão concernia ao pleito de alguns cidadãos, dentre eles Baker, acerca da distribuição dos lugares na Assembléia Legislativa, haja vista que desde 1901 era mantida a divisão dos distritos eleitorais, apesar do aumento populacional e da migração no Estado haver modificado a realidade eleitoral. Nesse caso, houve mudança no entendimento da Suprema Corte que conheceu e decidiu que “[...] a Constituição do Tennessee continha disposições que obrigavam a redistribuição de votos de acordo com o número de eleitores, a cada dez anos.”¹³

Essa mudança de paradigma – evolução para alguns – mostra-se clara quando se transcreve trecho da análise dessa decisão:

Expressando o pensamento da maioria da Corte, o juiz Brennan firmou o entendimento segundo o qual o postulado à proteção de um direito político, como o de igual valor do voto, não configurava uma questão política não sujeita ao Judiciário. Rejeitou, por outro lado, o argumento de que casos que envolvessem a legislatura estadual estavam sujeitos à cláusula de garantia da forma republicana de governo, considerada em decisões anteriores como imune à ação judicial.¹⁴

Com efeito, a decisão no caso Baker estabeleceu que, num caso para ser considerada a questão política, deve-se observar o seguinte:

¹¹ PAMPLONA. Danielle Anne. op. cit. 2006, p. 73. mimeo.

¹² TEIXEIRA, José Elaeres Marques. op. cit. 2005, p. 29.

¹³ PAMPLONA. Danielle Anne, op. cit. 2006, p. 73.

¹⁴ TEIXEIRA, José Elaeres Marques. op. cit. 2005, p. 27.

Importante na superfície de qualquer caso que se diga tratar de questão política é encontrar se: (1) um compromisso constitucional textualmente demonstrável com um departamento político coordenado; (2) a falta de padrões que possam ser descobertos e manuseados para resolvê-lo; (3) a impossibilidade de decidir sem uma ordem política inicial não se subsuma à discricção judicial; (4) a impossibilidade de a Corte tomar uma decisão independente sem expressar a falta de respeito para com os outros poderes; (5) uma necessidade incomum de não questionar a aderência a uma decisão política já tomada; (6) a possibilidade de embaraço pelos diferentes pronunciamentos por vários departamentos sobre a mesma questão.¹⁵

Por fim, outro aspecto, apontado por Comparatto¹⁶, em que a decisão inovou foi a que diz respeito às relações entre Judiciário Federal, no caso a Suprema Corte, e os demais poderes da União. Nesse caso, não se aplicaria a exceção de “questão política”, mas sim e tão-somente, nas relações entre o Executivo Federal e os Estados, como no caso do Estado do Tennessee. De igual modo, a decisão do caso Baker assentou a idéia de que a “questão política” diz respeito à garantia da separação de poderes, desde que aplicada em linha horizontal, ou seja, entre Judiciário e Executivo federal.

Entre os autores estadunidenses modernos, merece destaque o posicionamento do professor Mark Tushnet, da *Georgetown University*, que é um crítico mordaz da supremacia judicial da Suprema Corte no controle da constitucionalidade e investe contra o *judicial review*. Ele inicia sua obra indagando o porquê de todos pensarem ser a Supremacia Judicial a melhor forma de entender a Constituição. É porque isso faz o trabalho dos juízes parecer mais interessante e importante, responde com uma indagação mordaz e acrescenta:

[...] *what reason could we have to think that a rule requiring deference to the judgments of five people, who are replaced at random intervals, produces more stability than a rule requiring deference to the judgments of a majority of the House of Representatives and the Senate, ordinarily concurred in by the President?*¹⁷

No capítulo denominado *Against Judicial Review*, o autor imagina um Estado onde não exista mais o controle judicial das leis estaduais ou federais e, indagando se essa situação mudaria a vida e a liberdade dos cidadãos, conclui que os efeitos seriam bem menores do que se pode imaginar e que haveria um retorno do povo

¹⁵ PAMPLONA, Danielle Anne. op. cit. 2006, p. 74.

¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. A questão política nas medidas provisórias: um estudo de caso. **Boletim dos Procuradores da República**. ano III, n. 36, p. 3-9, abril, 2001.

¹⁷ TUSHNET, Mark. **Taking the constitution away from the courts**. New Jersey: Princeton University Press, 2000, p. 29.

politicamente ativo ao centro das decisões, o que permitiria existir apenas uma *populist constitutional law* e não mais apenas uma *populist constitutional law*.¹⁸ Um mundo sem o controle judicial das leis pareceria um Estado stalinista ou se assemelharia mais à Inglaterra, que não possui uma Constituição escrita ou à Holanda, que possui Constituição escrita, mas as cortes não fazem seu controle? E responde o autor:

*The examples of Great Britain and Netherlands show that it is possible to develop systems in which the government has limited powers and individual rights are guaranteed, without having U.S. – style judicial review. Part of the reasons is that we can have legal restraints on government without have constitutional ones. The difference is that legislatures can override legal restrictions but not constitutional ones.*¹⁹

O autor propõe uma *populist constitutional law* que seria uma legislação constitucional inspirada pelos princípios da Declaração da Independência e pelo preâmbulo da Constituição, comprometida com os direitos humanos e a serviço do autogoverno, o que se justificaria porque o poder dos governantes é oriundo do consenso dos governados.²⁰

2.2.2 Supremo Tribunal Federal

A posição do Supremo Tribunal Federal no trato das questões políticas, desde a sua criação até os dias de hoje, oscila entre um absoluto alheamento até manifestações que beiram o ativismo judicial puro e simples. Não comporta os limites do presente trabalho, no entanto, a análise exaustiva dessa trajetória, mas impõe-se tratar de algumas das principais decisões daquela Corte onde o tema das questões políticas foi objeto de análise.

A introdução deste capítulo já fez menção ao *Habeas Corpus* n.º 300, de 1892, cujo pedido, repita-se, consistia na libertação de 46 pessoas – senadores, deputados, marechais, coronéis, civis e até o poeta Olavo Bilac –, que se opunham a Floriano Peixoto porque este se recusava a convocar eleições presidenciais após a renúncia de Deodoro da Fonseca, como previa o art. 42 da Constituição de 1891, quando se dava a renúncia antes de decorrido o prazo de dois anos do período presidencial. O requerente, advogado Rui Barbosa, não conseguiu convencer os ministros do

¹⁸ TUSHNET. Mark .op.cit. 2000, p. 155.

¹⁹ Id. ibid. p. 163.

²⁰ Id. ibid. p. 181.

Superior Tribunal Federal (STF) de que as liberdades individuais não poderiam ser diminuídas pela força ou pela lei e que consistia em argumento sofisticado dizer que, naquele caso posto a julgamento, a natureza política da questão impediria a atuação da jurisdição. Os integrantes do STF de então eram influenciados mais pelo Direito Público francês e pelas Ordenações Filipinas do que pelas novidades ianques, apesar de registros históricos apontarem como fonte de inspiração para o modelo brasileiro de Supremo Tribunal Federal a organização do Supremo Tribunal dos EEUU. Nas palavras de Rui Barbosa (*apud* TEIXEIRA),

Dizem: 'Este assunto é vedado à justiça, pela natureza política das atribuições que envolve'. Não vos enredeis em tal sofisma. Qual é a disposição constitucional, onde se acha essa exceção limitativa à vossa autoridade geral de negar execução às leis inconstitucionais e aos atos inconstitucionais do Poder Executivo? Se a suspensão das garantias envolvesse *unicamente* interesses políticos, se pelos direitos que interessa constituísse um fato de ordem *exclusivamente* política, nesse caso sim. Com os atos de puro governo não têm que ver os tribunais. Mas aqui não. Vós, Tribunais Supremo, fostes instituído para guarda dos direitos individuais, *especialmente contra os abusos políticos*; porque é pelos abusos políticos que esses direitos costumam aparecer.²¹

Apesar dos argumentos trazidos pelo advogado baiano Rui Barbosa, o Acórdão relatado por Joaquim da Costa Barradas não acatou o argumento, como se verifica das seguintes passagens:

Considerando, portanto, que, antes do juízo político do Congresso, não pode o Poder Judicial apreciar o uso que fez o Presidente da República daquela atribuição constitucional, e que, também, não é da índole do Supremo Tribunal Federal envolver-se nas funções políticas do Poder Executivo ou Legislativo.

Considerando que, ainda quando na situação criada pelo estado de sítio, estejam ou possam estar envolvidos alguns direitos individuais, esta circunstância não habilita o Poder Judicial a intervir para nulificar as medidas de segurança decretadas pelo Presidente da República, visto ser impossível isolar esses direitos da questão política, que os envolve e compreende, salvo se unicamente tratar-se de punir os abusos dos agentes subalternos na execução das mesmas medidas, porque a esses agentes não se estende a necessidade do voto político do Congresso.²²

A doutrinação de Rui Barbosa não convenceu os integrantes do Supremo Tribunal Federal - não afeito a envolver-se em questões de natureza política da alçada dos Poderes Executivo e Legislativo - à exceção do voto de Piza e Almeida,

²¹ BARBOSA, Rui. O Estado de Sítio, sua natureza, seus efeitos, seus limites. In: **Obras completas**. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, Fundação Casa de Rui Barbosa, v. 19, tomo 3, 1993, p. 16.

²² BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Acórdão no Habeas Corpus n.º 300**, de 30 de abril de 1892. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 5 abr. 2008.

única voz dissonante naquela Corte que acatou o argumento acerca da cessação das medidas de detenção ou desterro após o final do estado de sítio. Esse julgamento representou um marco histórico em que o Supremo Tribunal Federal criou “sua doutrina das questões políticas, a qual, no entanto, nada tinha a ver com a doutrina forjada por Marshall no caso *Marbury v. Madison*.”²³ Essa tendência apresentada em 1892, no entanto antecipou um julgamento realizado em 1946 na Suprema Corte (*Colegrove v. Grenn*) e onde os juízes se abstiveram de julgar por pretextos similares aos ministros brasileiros do século XIX. Sobre o tema anota Teixeira:

Tal como viria a ocorrer com a Corte norte-americana em *Colegrove v. Grenn*, o Supremo Tribunal Federal, em 1892, fechou os olhos aos direitos individuais para evitar o confronto com o poder político. Lá, ficou sacrificado o direito à igualdade; aqui, o direito à liberdade.²⁴

Questão de igual importância, que demonstrou uma guinada expressiva no posicionamento do STF ocorreu em novembro de 1897, quando da decretação de estado de sítio por Prudente de Moraes, primeiro presidente civil. Com efeito, o estado de exceção foi motivado pela tentativa de assassinato do Presidente por um soldado, fato que ocasionou a morte do Ministro da Guerra, Marechal Carlos Machado Bitencourt, que, ao defender Prudente de Moraes, foi atacado e morto por um punhal, o que teria caracterizado uma conspiração contra o governo. O estado de sítio foi acatado pelo Congresso pelo prazo de 30 (trinta) dias no território do Distrito Federal e Niterói. Esse prazo foi prorrogado até 23 de fevereiro do ano seguinte e o inquérito apontou como co-participantes um senador, cinco deputados e outros civis e militares e “com base nessa apuração, três dos parlamentares e mais três implicados, um militar e dois civis, foram desterrados, por intermédio do Decreto de 21 de janeiro de 1898, para a ilha de Fernando de Noronha.”²⁵

Em março de 1898, novamente o advogado Rui Barbosa apresenta petição de *habeas corpus* pleiteando o reconhecimento do final da pena de desterro para os presos políticos porque o prazo de estado de sítio havia cessado, ou seja, o mesmo argumento apresentado em 1892, quando do estado de sítio solicitado por Floriano Peixoto. Dessa vez, não obstante o julgamento desfavorável no *Habeas corpus* n.º 1.063 de 1898, a pregação encontrou eco na Corte, eis que a nova composição

²³ TEIXEIRA, José Elaeres Marques. op. cit. 2005, p. 75.

²⁴ Id. ibid. p. 75.

²⁵ Id. ibid. p.92.

reconheceu a possibilidade de julgar *Habeas corpus* apresentado contra medida repressiva adotada durante estado de sítio está entre as atribuições do STF, ou seja, “pela primeira vez reconheceu que os direitos individuais não poderiam ficar à mercê de medidas de natureza política; antes, encontravam amparo no Judiciário.”²⁶

A questão teve desfecho favorável quando do julgamento de outro *Habeas corpus*, n.º 1.073, ajuizado vinte dias depois do julgamento do *Habeas corpus* n.º 1.063. Nesse processo, estiveram presentes três ministros ²⁷ que não participaram do primeiro julgamento, e o relator do *Habeas corpus* n.º 1.063, Bernardino Ferreira, mudou de posição, resultando em uma placar de nove votos a favor da tese da liberação dos desterrados contra quatro votos contrários. Segue transcrição de trecho do acórdão onde restam expostas as razões de decidir:

Considerando que com a cessação do estado de sítio cessam todas as medidas de repressão durante ele tomadas pelo Poder Executivo, porquanto:

1º, essa extrema medida, medida de alta polícia repressiva, só pode ser decretada *por tempo determinado* (Const., art. 80) e fora dar-lhe duração indeterminada o prorrogar-lhe os efeitos além do prazo prefixado no decreto que a estabelece;

2º, absurdo seria subsistirem as medidas repressivas, somente autorizadas pelas exigências da segurança da República, que determinam a declaração do sítio, quando tais exigências têm cessado pelo desaparecimento da agressão estrangeira, ou da comoção intestina, que as produziram, pois seria a sobrevivência de um efeito já sem causa, e certo é, na hipótese ocorrente, que a comoção interna, motivo do decreto legislativo de 12 de novembro do ano passado e dos decretos do Poder Executivo que o prorrogaram, desde muito terminou, pois, desde 23 de fevereiro cessou o estado de sítio que a atestava, e, pois, com ele, não podiam deixar de cessar as medidas de exceção que só ela legitimava;

3º, outro e não menor absurdo seria que pudessem durar indefinidamente transitórias medidas de repressão deixadas ao arbítrio do Poder Executivo, quando nas próprias penas impostas pelo Judiciário, com todas as formas tutelares do processo, é requisito substancial a determinação do tempo que hão de durar (Ruy Barbosa, **O estado de sítio**, pág. 178);

4º, já a Constituição do império, no art. 179, § 35, dispunha que nos casos de rebelião ou invasão de inimigo, pedindo a segurança do Estado que se dispensassem por tempo determinado algumas das formalidades que garantiam a liberdade individual, poder-se-ia fazer por ato especial do Poder Legislativo; não se achando, porém, a esse tempo reunida a assembléia, e correndo a pátria perigo iminente, poderia o Governo exercer esta mesma providência, como medida provisória e indispensável, *suspendendo-a imediatamente que cessasse a necessidade urgente que a motivava*. E leis posteriores - a de 22 de setembro de 1835, que suspendeu no Pará por espaço de seis meses, a contar da data de sua publicação

²⁶ TEIXEIRA, José Elaeres Marques. op. cit. 2005, p. 96.

²⁷ Os ministros Lúcio de Mendonça, Américo Lobo e João Barbalho.

naquela província, os §§ 6º a 10º do art. 179 da Constituição, para que pudesse o Governo autorizar o presidente da referida província “para mandar prender sem culpa formada e poder conservar em prisão, sem sujeitar a processo durante o dito espaço de seis meses, os indiciados em qualquer dos crimes de resistência, conspiração, sedição, rebelião e homicídio”, a de 11 de outubro de 1836, prorrogada pela de 12 de outubro de 1837, e o decreto do Poder Executivo de 29 de março de 1841, prorrogado pelo de 14 de maio de 1842, suspendendo as garantias no Rio Grande do Sul, e os de 17 de maio de 1842, suspendendo-as em S. Paulo e Minas Gerais - todos declaram terminantemente que a faculdade que tem o Governo para mandar prender e conservar em prisão um cidadão sem ser sujeito a processo é somente durante o tempo da suspensão de garantias, que deve necessariamente ser fixo e determinado (voto vencido do Sr. Piza e Almeida, no acórdão deste Tribunal de 27 de abril de 1892); 5º, o próprio Regimento Interno do Tribunal, no art. 65, § 3º, consagra esta doutrina, quando dispõe que o Tribunal se declarará incompetente para conceder a ordem de *habeas corpus* se se tratar de medida de repressão autorizada pelo art. 80 da Constituição, *enquanto perdurar o estado de sítio.*”²⁸

A tese defendida pelo causídico nordestino Rui Barbosa finalmente foi vencedora, ou seja, terminado o estado de sítio, a garantia do *Habeas corpus* é restabelecida porque “a restituição do direito individual ofendido no curso da suspensão das garantias constitucionais não poderia esperar o julgamento político do Congresso Nacional.”²⁹

Terceiro caso paradigmático, protagonizado também pelo baiano Rui Barbosa e que merece tópico separado, trata da questão do **Direito do Amazonas ao Acre Setentrional**, obra do autor que expõe detalhes sobre essa contenda que nunca foi efetivamente julgada pelo STF.

Com efeito, no início do século XX, brasileiros e bolivianos se enfrentaram na região ocidental da floresta amazônica em busca de territórios fronteiriços; o que a princípio se cuidava de contenda com coloração local acabou se transformou em incidente internacional. Os brasileiros, na sua maioria nordestinos, foram liderados pelo gaúcho Plácido de Castro que, em momento crucial da disputa, chegou a aprisionar o ministro da Guerra da Bolívia. Até este ponto não havia envolvimento do Governo brasileiro, cuidando-se, ainda, de conflito entre populações que habitavam aquele rincão. Nas palavras de Silvio Augusto de Barros Meira, autor do prefácio-tomo que trata desse assunto:

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Acórdão no Habeas Corpus nº 1.073**, de 30 de março de 1898. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10 abr. 2008.

²⁹ TEIXEIRA, José Elaeres Marques. op. cit. 2005, p. 94.

Havia uma guerra não declarada, não entre nações, mas entre populações movidas por interesses comerciais e patrimoniais. A terra exuberante e rica, embora considerada inóspita pelos bolivianos, habituados aos seus altiplanos, constituía, no entanto, um verdadeiro paraíso para os homens do nordeste, acossados pela seca, pela pobreza e pela necessidade de sobrevivência, se suas áridas plagas natais.³⁰

A intervenção oficial do Governo brasileiro foi liderada pelo Barão do Rio Branco (José Maria da Silva Paranhos Júnior), ministro do Interior, e culminou com a assinatura do Tratado de Petrópolis, em 17 de novembro de 1903, cujas cláusulas em resumo previam transferência de territórios para o domínio brasileiro; pagamento de indenização ao Governo boliviano; nomeação de comissão para demarcar fronteiras; construção de ferrovias para utilização comum das duas nações; conclusão de tratados de comércio e navegação, dentre outras disposições. Esse tratado, no entanto, ocasionou uma questão jurídica das mais famosas. É que o Decreto n.º 5.188, de 07 de abril de 1904, “que organizou o território do Acre”, teria afrontado interesse do Estado do Amazonas, que se julgava com direito às referidas terras. O advogado Rui Barbosa foi contratado pelo Estado do Amazonas e, em 4 de dezembro de 1905, apresentou petição com o objetivo de reivindicar parte da área supostamente apoderada pelo Governo Federal, notadamente aquela que tradicionalmente sempre foi brasileira. A questão jurídica assumiu maiores proporções com as publicações, em jornais, da petição inicial, contestação do Governo Federal, réplicas e outras manifestações, num movimento que antecipou em várias décadas as “midiáticas” disputas judiciais dos dias de hoje, algumas delas acompanhadas pelos televisores e ao vivo.

Para a finalidade do presente tópico, interessa a réplica de Rui Barbosa à primeira preliminar – A incompetência da Justiça Federal para conhecer do pleito intentado – e, mais especificamente, o desdobramento dessa preliminar no tema “Objeção do caso político”. Essa matéria já havia fundamentado o *Habeas corpus* n.º 300, de 1892, e fora retomada a discussão quando dos *Habeant corpora* n.º 1.063 e n.º 1.073, ambos de 1898, como relatado há pouco. Desta feita, Rui Barbosa foi ainda mais enfático e contundente na defesa da tese da possibilidade da reparação judicial dos abusos políticos:

Bordão clássico de todas as ditaduras e de todos os atentados eram favas contadas que a exceção da natureza política do caso nos embargasse logo

³⁰ BARBOSA, Rui. op. cit. 1983, p. XII.

o passo, ao intentar desta ação. Já em 1892, quando, ao primeiro alvorecer da Constituição atual, assumimos a iniciativa de estrear, com o pleito das vítimas da ditadura de abril, a proteção da justiça criada neste regimen contra as usurpações do poder, este foi o subterfúgio, com que se tentou matar, à nascença, a melhor instituição do novo sistema. Daquela feita não vingou o artifício. Nem por isso, entretanto, o repudiaram. Antes, de então a esta parte, a casa invasão de uma das nossas ditaduras do domínio do direito constitucional, a tentativa da reparação judiciária, o primeiro obstáculo onde tropeça, é infalivelmente a razão política, invocada pelos interesses do abuso contra o curso do remédio legal.³¹

As razões finais do Estado do Amazonas visitaram toda a doutrina dos EEUU sobre as difíceis relações entre a Suprema Corte e as questões políticas, acerca do Direito e a Política, para, após a citação de vários autores contemporâneos ou clássicos, concluir pela necessidade de delimitar qual questão não poderia ser submetida ao Judiciário advertindo que “não basta que a questão estreme com a política, ou com ela prenda; que tenha relações políticas, ofereça aspectos políticos, ou seja susceptível de efeitos políticos; que à política interesse, ou sobre ela possa atuar por algumas das suas faces, algumas das suas ligações, alguns dos seus resultados”; e continua: “é mister que seja simplesmente, puramente, meramente política, isto é que pertença ao domínio político totalmente, unicamente, privativamente, exclusivamente, absolutamente. Só então cessa a competência judicial.”³² Em passagem posterior e fechando o raciocínio, o autor inventaria 21 situações nas quais o juízo discricionário afasta o controle jurisdicional.³³

Essa ação foi acompanhada pelo estadista Rui Barbosa até as razões finais, mas seu desfecho foi melancólico, como relata Bastos Meira no prefácio da edição mencionada:

O litígio não chegou a ser decidido pelo Supremo Tribunal Federal. Os autos ficaram decênios, sem solução, até que, em 1934, a Constituição, no art. 5º das ‘Disposições Transitórias’, mandou que a pendência fosse resolvida mediante arbitramento. [...] Somente em 1955, deu entrada o Estado do Amazonas em petição de 28 de abril, solicitando indenização pela ‘desanexação do Acre’, conforme tudo consta do Processo n.º 32.894/55.³⁴

A história do Supremo Tribunal Federal entre 1898 e 1910 é apontada pelos historiadores como de relativa calma, iniciando período conturbado apenas entre 1910 e 1930, quando da decretação de estado de sítio por Hermes da Fonseca e com

³¹ BARBOSA, Rui. op. cit. 1983, p. 95.

³² Id. ibid. p.114.

³³ Conf. nota 17.

³⁴ BARBOSA, Rui. op. cit. 1983, p. LXXXII.

os levantes militares com início em 1922 que culminaram com o movimento de 1930. De acordo com Teixeira, nesse período a

doutrina das questões políticas também foi empregada em casos de: a) verificação de poderes; b) duplicata de governos estaduais e assembleias legislativas; c) cassação de mandato parlamentar e *impeachment* de governantes estaduais, entre outros.³⁵

Nesse período 1910-1930, a tendência do STF foi pela autocontenção, com o não-envolvimento do Judiciário em questões políticas dos demais poderes. Nos parágrafos logo seguintes há um demonstrativo dessa tendência – consolidação da doutrina das questões política –, com suporte em pesquisa levada a efeito por Teixeira:

CONSOLIDAÇÃO DA DOCTRINA DAS QUESTÕES POLÍTICAS

Decretação de Estado de Sítio

- **HC n.º 3.527:** incompetência do Judiciário para julgar o Estado de Sítio (1914).
- **HC n.º 3.558:** o Judiciário não deve ingressar em atribuições de outro poder (1914).
- **HC n.º 3.539:** o Judiciário não aprecia atos políticos não ofensivos a direitos individuais (1914).
- **HC n.º 14.583:** os motivos para o Estado de Sítio têm natureza exclusivamente política (1925).

Decretação de Intervenção Federal

- **HC n.º 3.513 e 3.688:** o Tribunal não podia obrigar o Presidente da República a intervir num Estado por meio de requisição do próprio Governador (Ceará – levante revolucionário de 1914).

Verificação de Poderes

- **RHC n.º 4.003 (Espírito Santo – 1916):** o STF não acatou o recurso contra decisão do Judiciário espírito-santense porque exorbitaria sua funções legais e

³⁵ TEIXEIRA, José Elaeres Marques. op. cit. 2005, p.104.

atentaria, assim, contra o regime federativo.

- **HC n.º 6.880 (Piauí – 1920):** o STF decidiu que a função de verificação de poderes é de competência exclusiva do Senado Federal.
- **Recurso n.º 8.584 (1922):** o STF decidiu que atos exclusivamente políticos são subtraídos ao controle judicial, à revisão do Poder Judiciário.

Duplicata de Poderes

- **HC n.º 4.104 (Amazonas – 1916):** o STF decidiu que o tema dualidade de governador e Congresso Legislativo do Estado do Amazonas é de competência do Congresso Legislativo Federal.

Cassação de Mandato Parlamentar

- **RHC n.º 8.598 (Amazonas – 1922):** o STF decidiu que a cassação é ato exclusivamente político por tratar da organização de um órgão político pertencente a um Estado da Federação e mantida deveria ser a cassação do parlamentar.

Impeachment de Governantes Estaduais

- **Revisão Criminal n.º 104 (Piauí – 1895):** o Tribunal decidiu que *impeachment* tem natureza exclusivamente política de domínio do Poder Legislativo.
- **Revisão Criminal n.º 343 (Sergipe – 1899):** o Tribunal decidiu que contra julgamento político não cabia recurso ao judiciário.

O Caso Conde D’Eu

- **HC n.º 5.491(1919):** o banimento, por configurar pena política, não poderia ser revogado por decisão judicial, cabendo exclusivamente ao Congresso fazê-lo, uma vez que, de acordo com o Decreto n.º 78-A (1889) e o art. 7º das Disposições Transitórias da Constituição de 1891, o banimento continuava em vigor.

Evolução da Doutrina das Questões Políticas

O Caso Raul Fernandes

- **HC nº 8.800 (Rio de Janeiro – 1922):** tratou-se de um caso de duplicidade de assembleias legislativas e Governador, no qual o Tribunal reconheceu a efetiva dualidade e, diante dos títulos líquidos, certos e incontestáveis, a questão política envolvida não poderia ser empecilho ao conhecimento e julgamento da causa, ou seja, “a jurisdição do Tribunal era insuperável e irrevogável por qualquer dos outros poderes, desde que, anexa à questão política estivesse em jogo a liberdade individual.”

Rejeição de Veto a Projeto de Lei

- **Recursos em Mandado de Segurança nº 1.006 (Minas Gerais – 1949):** o relator do RMS nº 1.006 entendeu que a partir da Constituição de 1946, houve uma dilatação da esfera de atribuições do Poder Judiciário, permitindo a análise de atos de natureza política, pois, ainda que não fosse essa competência funcional do STF, deveria o Poder Judiciário Estadual analisar a questão.

Convocação Extraordinária do Congresso Nacional

- **MS nº 1.423 (1951):** o Tribunal acatou os argumentos do impetrante porque a questão – convocação extraordinária do Congresso Nacional para período que ultrapassava a legislatura –, não envolvia aspectos de oportunidade, acerto ou conveniência do ato, hipóteses em que não caberia a apreciação judicial. Esses critérios, oportunidade, acerto e conveniência, foram utilizados pela primeira vez nesse julgamento.

Caso do Inquérito do Banco do Brasil

- **MS nº 1.959 (Rio de Janeiro – 1952):** nesse julgamento, o Tribunal firmou entendimento segundo o qual se é competente para julgar ato do Presidente do STF e da Mesa Diretora de qualquer das casas parlamentares, também o é para apreciar ato de uma das casas parlamentares.

Caso Café Filho

- **MS nº 3.557 (1955):** nesse julgamento, ficou assentado que o STF possui competência para apreciar pedido de mandado de segurança contra resolução legislativa de caráter político, ainda que no caso em exame isso não tenha se

dado porquanto prejudicado o objeto

Posição Atual do Supremo Tribunal Federal

A posição atual da doutrina das questões políticas pode ser demonstrada com a análise de alguns casos paradigmáticos, mas a discussão jurídica advinda da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) – da Reforma da Previdência, de 1995, retrata a posição atual do STF acerca dos limites da investigação judicial em relação aos atos dos demais poderes. A questão jurídica disse respeito ao Mandado de Segurança n.º 22.503-DF movido por deputados do Partido dos Trabalhadores (PT), Partido Comunista do Brasil (PC do B), Partido Democrático Trabalhista (PDT) e Partido Socialista Brasileiro (PSB), que se insurgiram contra a aprovação de uma emenda aglutinativa assinada pelo deputado Michel Temer após a rejeição do substitutivo Euler Ribeiro. Em apertada síntese, a causa de pedir do Mandado de Segurança dizia que a

Emenda Aglutinativa resultara do aproveitamento de dispositivos do “Substitutivo Euler Ribeiro”, anteriormente rejeitado, e que novas disposições haviam sido inseridas, estranhas às emendas objeto da aglutinação, em desrespeito ao processo legislativo e à ordem político-constitucional.³⁶

As informações prestadas pela Câmara dos Deputados invocaram a posição precedente do Mandado de Segurança n.º 20.247-5/DF e que a matéria se resolvia no âmbito do Poder Legislativo. O Mandado de Segurança n.º 22.503-DF foi submetido a julgamento em 08 de maio de 1996 e parcialmente conhecido e indeferido

contra os votos dos Ministros Carlos Velloso e Octávio Gallotti, que se posicionaram pelo não cabimento do mandado de segurança, e dos Ministros Marco Aurélio (Relator), Celso de Mello e Ilmar Galvão, que, ao contrário, conhecerem integralmente da impetração, os Ministros Maurício Corrêa, Francisco Rezek, Sydney Sanches, Neri da Silveira, Moreira Alves e Sepúlveda Pertence entenderem que o conhecimento da ação deveria se limitar à matéria constitucional, ou seja, ao alegado desrespeito ao art. 60, § 5º da Constituição.³⁷

A tese vencedora – de resto já ventilada por Moreira Alves ainda na década de 1980 –, diferenciava a violação de dispositivo constitucional da violação de regra do Regimento, de natureza meramente ordinatória, ou seja, “a observância dessas

³⁶ TEIXEIRA, José Elaeres Marques. op. cit. 2005, p.173.

³⁷ TEIXEIRA, José Elaeres Marques. op.cit. 2005, p.174.

normas regimentais ordinatórias se exaure na esfera do Poder Legislativo, sendo imune à jurisdição desta Corte.”³⁸ Sobre o assunto merece transcrição outra passagem do ex-Ministro Moreira Alves, extraída de voto seu proferido do M.S nº 22.503-DF:

Ato discricionário é aquele em que o Poder Judiciário não pode interferir para a verificação da sua conveniência, oportunidade ou justiça. Questão exclusivamente política é questão de discricionariedade política, também infensa ao controle jurisdicional. Já com referência aos atos *interna corporis*, esta Corte, por vezes, ao meu juízo, tem entendido que são os que dizem respeito a questões relativas à aplicação de normas regimentais, quando não violam direitos subjetivos individuais, quer de terceiros – como foi o caso do *impeachment* do Presidente da República -, quer dos próprios membros do Congresso.³⁹

Além do caso da reforma da previdência, impõem-se referências a outros julgamentos a seguir delineados.

Eleição Para a Mesa da Câmara dos Deputados

- **MS n.º 22.183-6/DF (1995):** nesse julgamento ficou assentado contra o voto do ministro relator Marco Aurélio que a questão central não se enquadrava no art. 58, §1º da Constituição, limitando-se à observância de regras regimentais.

Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) dos Bancos

- **MS n.º 22.494-1 (1996):** ação impetrada por 17 senadores na tentativa de instalar a CPI dos Bancos para apurar a responsabilidade de agentes públicos e privados vinculados ao Sistema Financeiro Nacional. No julgamento desta ação, ficou assentado que não pode o STF anular um ato pelo fundamento constitucional se o mesmo ato sobrevive por outro fundamento, fora do alcance de sua jurisdição.

Caso Sarney

- **MS n.º 20.941 (1989):** ação impetrada contra resolução do Senado Federal, que rejeitou denúncia oferecida em virtude de CPI contra o presidente José Sarney e alguns ministros e o consultor geral da República. O STF entendeu que o ato está sujeito a sua jurisdição, mas indeferiu o pedido.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 20.257**. Rel. Min. Moreira Alves, j. 8-101980.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 22.503-DF**. Rel. p/ Acórdão Min. Maurício Corrêa – j. 08.05.96.

Caso Collor

- **MS n.º 21.564/DF (1992):** confirmou a competência do Judiciário para examinar questões essenciais do processo de *impeachment*.
- **MS n.º 21.689/DF (1993):** reafirmou que a natureza política do *impeachment* não afasta o controle judicial sobre o seu processamento. Nesse julgamento, o último dos cinco mandados de segurança impetrados pelo ex-presidente Collor, o STF “confirmou a sua jurisdição no caso, ingressando no mérito, para decidir que era constitucional a decisão que inabilitou o Presidente Collor de Melo para o exercício, nos oito anos seguintes, de função pública.”⁴⁰

2.3 Questões políticas e o Supremo Tribunal Federal

A história da discussão das questões políticas perante o Supremo Tribunal Federal demonstra que a doutrina que teve início tímido naquela Corte passou por uma fase de consolidação até chegar aos dias atuais como uma doutrina que tende à interferência nos assuntos de natureza política discutidos no âmbito do Poder Legislativo ou do Executivo.

O tema é polêmico haja vista que a discussão de limites é sempre conflituosa. Assim, divisar Política e Direito ou delimitar assunto *interna corporis* de decisão que afronta a Constituição é questão controversa por natureza e só se vislumbram no máximo as tendências. O que se pode em casos dessa natureza, portanto, é apontar linhas gerais para o assunto, considerando a profusão de votos e de membros daquela Corte, muitos deles com entendimentos contraditórios em julgamentos semelhantes no curso da história.

Dessa maneira, a tendência que se vislumbra da análise de algumas questões paradigmáticas em curso ou que tramitaram perante o STF –, e de resto nos julgamentos dos diversos órgãos jurisdicionais no Brasil – é o do alargamento das atribuições judiciais, da invasão de competências políticas dos demais poderes da República sempre em nome da inafastabilidade do controle judicial em questões que digam respeito a afronta à Constituição. Esse alargamento da competência do Poder Judiciário tende a se tornar maior ainda quando se verifica uma crise de

⁴⁰ TEIXEIRA, José Elaeres Marques. op. cit. 2005, p.195.

legitimidade dos representantes populares, um descrédito no Congresso Nacional e sucessivas questões de natureza ética pairando ao lado do Executivo.

O representante do Poder Judiciário no Brasil sente-se tentado a tomar decisões de natureza política em nome da democracia porque os representantes do povo e da política em geral não são capazes de mudar um quadro que parece, aos olhos dos juízes, de afronta à Constituição. Com efeito, essa tendência tem como exemplo a decisão do Tribunal Superior Eleitoral ⁴¹, confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, no caso da fidelidade partidária. Essa decisão, de resto tão aclamada por diversos setores da sociedade, aponta para uma criação de norma geral de competência exclusiva do Parlamento, por mais insólita que se tenha transformado a fidelidade partidária no Brasil. É como se uma tendência messiânica insuflasse os membros do Poder Judiciário a dar um basta em situações que atentem contra a democracia.

Não se verifica, por outro lado, em decisões de qualquer corte brasileira, o exercício da autocontenção (*self-restraint*), que se traduz no reconhecimento de limites à atuação do Poder Judiciário por seus próprios membros. Como expresso há instantes, a tendência é no sentido de cada vez mais alargar o espectro de atuação em nome da inafastabilidade da tutela jurisdicional e, por via de consequência, cada vez mais restringir o exercício da política pelos políticos.

Questão que se impõe nessa altura é como compatibilizar o aparente conflito entre o princípio de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal) dos casos excepcionais onde a matéria é de competência dos Poderes Legislativo ou Executivo. Invocando passagem de Paulo Brossard, referindo a casos de *impeachment*, há uma resposta:

Dir-se-á que esse entendimento conflita com o princípio segundo o qual nenhuma lesão pode ser excluída de apreciação judicial. Esse conflito, porém, não ocorre no caso concreto, pois, a mesma Constituição que enuncia essa regra de ouro, reserva privativamente a uma e outra Casa do Congresso o conhecimento de determinados assuntos, excluindo-os da competência de qualquer outra autoridade. Assim, no que tange ao processo de responsabilidade do primeiro ao último ato, ele se desenvolve no âmbito do Poder Legislativo, Câmara e Senado, e em nenhum momento percorre as instâncias judiciárias. Como foi acentuado, é uma

⁴¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta n.º 1.398**, do Partido da Frente Liberal (PFL).

exceção, mas exceção constitucionalmente aberta, ao monopólio jurisdicional do Poder Judiciário. A lei não poderia dispor assim. A Constituição poderia. E assim o fez.⁴²

O tratamento das questões políticas nos tribunais tem absoluta pertinência e influência sobre o tema da Judicialização da Política, uma vez que o deficit de legitimidade popular dos membros do Poder Judiciário não permite a discussão de questões que por sua natureza pertencem aos Poderes Legislativo e Executivo.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n.º 20.941-DF**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 13 maio 2008.

3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

3.1 Delimitação do conceito

O tema da judicialização tem estreita ligação com a separação dos Poderes, das questões políticas, do federalismo e da democracia e cuida-se de marca presente na maioria dos Estados democráticos. No projeto de pesquisa de C.N. Tate e T. Vallinder “*The Global Expansion of Judicial Power*” (1995), a expressão Judicialização da Política passou a compor o cenário das Ciências Jurídicas e Sociais em diversos países, não obstante se tratar de assunto que existe desde a discussão sobre a natureza política ou jurídica de uma constituição.

O conceito de Judicialização da Política é posto por Tate e Vallinder como o processo por intermédio do qual juízes e tribunais passam a influenciar ou determinar as políticas públicas previamente previstas em atos do Poder Legislativo ou do Poder Executivo¹. De igual modo, é possível definir o fenômeno da expansão do poder judicial como “[...] a reação do Judiciário frente à provocação de um terceiro e tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomando como base a Constituição.”²

Para Castro,³

A Judicialização da Política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do legislativo e do executivo se mostra falhos, insuficientes ou insatisfatórios. Sob tais condições ocorre uma aproximação entre “Direito e Política” e, em vários casos, torna-se difícil distinguir entre um “direito” e um “interesse político”.

Nas décadas que seguiram à promulgação da Constituição de 1988, assistiu-se

¹ No original: [...] *The process by which courts and judges come to make or increasingly to dominate the making of public policies that had previously been made (or, it is widely believed, ought to be made) by other government agencies, especially legislatures and executives* [...] em TATE. C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York and London: New York University Press, 1995, p. 28.

² CARVALHO, Ernani Rodrigues. op. cit. 2004, p. 128.

³ CASTRO, Marcos Faro. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo n. 34, 1997, p. 148.

cada vez mais ao debate de questões de natureza política no âmbito do Poder Judiciário, bem como a elevada utilização de instrumentos como a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), perante o Supremo Tribunal Federal, por diversos agentes integrantes da comunidade política ou empresarial, sejam partidos políticos, associações com representação em âmbito nacional, Ministério Público e governadores. Temas de grande relevância nacional como o caso Collor (MS nº 21.564/DF – 1992 e MS nº 21.689/DF - 1993), discussões sobre a liberdade de expressão, no caso do editor que publicou obra com certa conotação nazista (HC nº 82424 / RS - 2003), pesquisa com células-tronco (ADI nº 3.510-0/DF – 2008, ainda pendente de julgamento) acabaram desaguaram nos tribunais, notadamente o Supremo Tribunal Federal. Esses fatos, no entanto, não querem apontar que só exista Judicialização da Política quando da atuação do Poder Judiciário em sede de controle de constitucionalidade. O presente estudo pretende demonstrar no capítulo 5 que há manifestação desse fenômeno também no âmbito local em decisões tomadas por juízes de primeira instância e em assuntos municipais, mas é imperioso reconhecer que a carga de dramaticidade de julgamentos como os mencionados é maior e tem repercussão nacional.

O conceito nesse item delimitado pretende, assim, examinar a Judicialização da Política arrimada na visão dos pesquisadores Tate e Vallinder, Antoine Garapon e Mauro Cappelletti. Essa análise foi primeiramente empreendida por Vanessa Oliveira e Ernani Carvalho em artigo intitulado *Judicialização da Política: um tema em aberto*.

3.1.1 A expansão global do poder judicial: C.N. Tate e T. Vallinder

A obra *The Global Expansion of Judicial Power*⁴ congrega trabalhos de estudiosos que se preocupam em demonstrar a Judicialização da Política em diversos países da América do Norte, Europa, Ásia, Oceania e até mesmo da África. Os textos são precedidos por introdução dos editores que vislumbram nesse fenômeno uma das mais significativas tendências dos sistemas políticos nos finais do século XX e início do século XXI. Os autores apontam, ainda, que nem todos os analistas ou ensaístas que se ocupam com a Judicialização da Política são entusiastas desse rumo, havendo, por parte de alguns, uma suspeita acerca dos

⁴ TATE, C.Neal; VALLINDER, Torbjörn. op. cit., 2006.

juízos políticos realizados por parte de representantes não eleitos da elite social, econômica e política, em detrimento da ação/juízo de instituições políticas (*majoritarian political institutions*).

As causas necessárias para o surgimento da Judicialização da Política, na visão de Vallinder e Tate, dizem respeito ao declínio do império soviético e à manutenção dos Estados Unidos como superpotência mundial, livre para expandir a revisão judicial (*judicial review*) a sua zona de influência. Não é à toa que – em se tratando de direito ianque, Tocqueville, ainda no século XIX, assevera não existir questão política que não seja encarada e decidida por uma corte judiciária: “Não há, por assim dizer acontecimento político em que não ouça invocar a autoridade do juiz; e daí conclui naturalmente que nos Estados Unidos o juiz é uma das primeiras forças políticas.”⁵

A par dessas causas, anota Castro, comentando a obra de Tate e Vallinder, que a Judicialização também resulta do “desenvolvimento histórico de instituições nacionais e internacionais e de renovação conceitual em disciplinas acadêmicas”⁶. O autor aponta, ainda, que

[...] a reação democrática em favor da proteção de direitos e contra as práticas populistas e totalitárias da II Guerra Mundial na Europa, que deu origem, por exemplo, à adoção de uma ampla carta de direitos na *Grundgesetz* alemã; a preocupação das esquerdas com a defesa de “direitos” contra “oligopolistas e oligarcas”, como no caso do trabalhismo inglês (anos 50) ou sueco (anos 70); o resgate intelectual e acadêmico de teorias de “direitos liberais”, presente em autores como Kant, Locke, Rawls e Dworkin e o concomitante desprestígio de autores como Hume e Bentham; a influência da atuação da Suprema Corte americana (especialmente a chamada Warren Court, nos anos 50-60); a tradição europeia (kelseniana) de controle da constitucionalidade das leis; os esforços de organizações internacionais de proteção de direitos humanos, sobretudo a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948 - todos esses fatores, segundo Vallinder (1995), contribuíram para o desenvolvimento da Judicialização da Política.⁷

Como se verifica ao se analisar as causas necessárias para o surgimento da Judicialização da Política, cuida-se de realidade complexa que entremostra uma conspiração dos fatos em favor do fortalecimento da expansão do poder judicial,

⁵ TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 111.

⁶ CASTRO, Marcos Faro. op. cit. 1997, p. 148.

⁷ Id. ibid. p. 149.

cada vez mais chamado a decidir sobre questões de natureza política em contraposição ao “majoritarismo”, que é a valorização das decisões tomadas pela maioria, notadamente parlamentar, em detrimento das decisões judiciais.

Além das causas, Tate e Vallinder apontam as condições políticas que propiciam o surgimento da Judicialização: a) democracia; b) separação de poderes; c) política de direitos; d) utilização dos tribunais por grupos de interesse; e) utilização dos tribunais pela oposição; f) inefetividade das instituições majoritárias; g) percepção das instituições políticas; e h) delegação de assuntos pelas instituições majoritárias.

Os autores põem a democracia como condição necessária, mas não suficiente, para o surgimento da Judicialização, e mencionam não imaginar um ditador convivendo com juízes independentes e tomando decisões de natureza política em um Estado não democrático. O que parece um paradoxo se justifica em algumas situações, como a que se vê no Egito, onde convivem regime autoritário e controle de constitucionalidade. O professor Tamir Moustafa, em estudo sobre o tema, justifica que a Judicialização da Política no Egito acontece em função de exigências do mercado, na busca de atrair investimentos estrangeiros. No original,

[...] I examine the economic and political forces driving the judicialization of politics in Egypt, despite its authoritarian political structure. First, I contend that the establishment of an independent constitutional court was primarily motivated by the regime's pressing need to attract investment during Egypt's shift from a closed, command economy to a market-driven economy in desperate need of global capita.⁸

A “separação de poderes” aparece como a segunda condição política para a judicialização e, nesse ponto, impõe-se destacar que a obra de Montesquieu influenciou vários ramos do conhecimento, como a Sociologia, o Direito e a Ciência Política. Nesse último ramo, o desenvolvimento da Teoria dos Três Poderes ou da Separação dos Poderes permanece até os dias atuais como a base do funcionamento do Estado de Direito.

Apesar de integrante da nobreza em decadência e com uma visão liberal do

⁸ MOUSTAFA, Tamir. *Law versus the State: the judicialization of politics in Egypt*. **Law and Social Inquiry**, 28:4, p.883-930, 2003. Disponível em: <<http://www.blackwell-synergy.com/doi/abs/10.1111/j.1747-4469.2003.tb00826.x?journalCode=lsi>>. Acesso em: 13 mar. 2008.

Estado, Montesquieu não teve como

objeto de reflexão política a restauração do poder de sua classe, mas sim como tirar partido de certas características do poder nos regimes monárquicos, para dotar de maior estabilidade os regimes que viriam a resultas das revoluções democráticas.⁹

A Teoria dos Três Poderes objetiva a manutenção do poder, ocupando-se de entender como as instituições políticas funcionam e se relacionam. Dessa forma, no estudo das instituições, Montesquieu preocupa-se com duas dimensões, a saber: a natureza (quem detém o poder) e o princípio de governo (paixão que o move). Em relação à natureza do governo, apresenta-os da seguinte forma:

Há três espécies de governo: o republicano, o monárquico e o despótico. Para descobrir-lhes a natureza, basta a idéia que deles têm os homens menos instruídos. Suponho três definições ou, antes, três fatos: um, que o governo republicano é aquele em que todo o povo, ou apenas uma parte do povo, tem o poder soberano; o monárquico, aquele em que uma só pessoa governa, mas por meio de leis fixas estabelecidas; enquanto no despótico, uma só pessoa, sem lei e sem regra, tudo conduz, por sua vontade e por seus caprichos.¹⁰

No que tange ao princípio do governo, o autor aponta que o princípio da monarquia é a honra pois, “ela corresponde a um sentimento de classe, a paixão da desigualdade, o amor aos privilégios e prerrogativas que caracterizam a nobreza.”¹¹ O princípio da república é a virtude, que nada mais é do que “o espírito cívico, a supremacia do bem público sobre os interesses particulares.”¹² E, no despotismo, o princípio é o medo, que por esse motivo o situa no limite entre regime político e estado de natureza.¹³

A Teoria dos Poderes é normalmente difundida como um sistema no qual três poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – exercem suas funções separados e cada um detentor de igual poder. Essa “equipotência, ou equivalência entre os Poderes também é refutada implicitamente por Montesquieu, quando afirma que o Judiciário é um poder nulo, ‘os juízes são a boca que pronuncia as palavras da lei’.”¹⁴ Assim, a Teoria dos Poderes prevê uma “imbricação e interdependência

⁹ ALBUQUERQUE. J.A. Guilhon. Montesquieu: sociedade e poder. In: WEFFORT, Francisco (org.). **Os clássicos da política**. 13. ed. São Paulo: Ática, 2002, p. 113.

¹⁰ MONTESQUIEU, Charls de Secondat, Baron de. op. cit. 1993.

¹¹ ALBUQUERQUE. J.A. Guilhon. op. cit. 2002, p. 117.

¹² Id. ibid. p. 117.

¹³ Id. ibid. p. 117.

¹⁴ ALBUQUERQUE. J.A. Guilhon. op. cit. 2002, p. 119.

entre o executivo, o legislativo e o judiciário”¹⁵, nas quais cada poder tem a capacidade de contrariar outro poder:

Isto é, trata-se de encontrar uma instância independente capaz de moderar o poder do rei (do executivo). É um problema político, de correlação de forças, e não um problema jurídico-administrativo de organização de funções.¹⁶

Outra relevante condição é a existência de uma “política de direitos” previstos formalmente na Constituição e que, por via de consequência, enseja o reconhecimento do direito da minoria em face do direito da maioria.

A utilização dos tribunais por grupos de interesse e pela oposição propicia a expansão do Poderes Judiciais, uma vez que os interesses sociais, econômicos e políticos vislumbraram nas cortes judiciais uma possibilidade concreta de consecução de seus objetivos. Os partidos de oposição, de igual modo, se utilizam desse caminho, na tentativa de se contrapor às decisões tomadas por maioria de votos em sede parlamentar. Dados estatísticos do Supremo Tribunal Federal apontam que das 3.379 ADI’s em curso perante aquela Corte (dados de 2005), 45,34% procedem de propostas de partidos políticos (19,77%) e Confederação Sindical ou entidade de classe (25,57%), o que confirma a tese posta nesse item.

É realidade facilmente identificável a dificuldade dos Estados modernos, notadamente dos países periféricos, em desenvolver políticas públicas com partidos políticos frágeis e problemas na manutenção das maiorias parlamentares. Esse quadro de inefetividade das instituições majoritárias propicia a expansão do poder judicial e da Judicialização da Política.

A percepção das instituições políticas

surge quando não existe acordo que propicie a governabilidade na cúpula e uma insatisfação generalizada na base - seria, portanto, uma espécie de crise aguda do item anterior. A tendência é que prevaleça a legitimidade e o maior respeito que todos têm pelo Judiciário, que certamente não estariam gozando os políticos.¹⁷

Por fim, há que se reconhecer uma delegação de assuntos pelas instituições ao

¹⁵ Id. *ibid.* p. 119.

¹⁶ Id. *ibid.* p. 119.

¹⁷ Tate e Vallinder (*apud* CARVALHO, Ernani; OLIVEIRA, Vanessa. A judicialização da política: um tema em aberto. In: **XXVI Encontro Anual da ANPOCS**, 2002. Disponível em: <<http://www.politicahoje.com/ojs/viewartiche.php?id=101>>. Acesso em: 15 mar. 2008, p. 7.

Poder Judiciário. Questões de grande polêmica onde não há interesse do Legislativo e Executivo opinarem podem vir a ser “delegadas” ao controle jurisdicional haja vista o custo político-eleitoral que a tomada de posição nesses assuntos pode acarretar.

No artigo “*Judicialização da Política: um tema em aberto*”, Ernani Carvalho e Vanessa Oliveira analisam as condições apresentadas por Tate e Vallinder e apontam que os autores reconhecem “o apriorismo de que *not to decide is to decide*, ou seja, não decidir pode significar uma atitude política: não se decidir ou não alterar uma política pública não significa a ausência de decisão por parte dos tribunais.”¹⁸ Esses autores criticam o funcionalismo encontrado na obra de Tate e Vallinder, considerando que

fatores causais apresentados são em sua maioria macro-fatores (globalização, fim do comunismo, hegemonia americana etc.). A junção destes macro-fatores globais com algumas características institucionais de um país (democracia, separação dos poderes, direitos políticos etc.) tem como resultante um processo de expansão do modelo judicial americano.¹⁹

Apesar da importância da obra – apontada como um marco no moderno estudo do tema *power of judges* –, não resta claro como os macro fatores “políticos e institucionais operam em conjunto e, dessa forma, como podemos considerá-los fatores determinantes do fenômeno da Judicialização.”²⁰ E finalizam os autores brasileiros, indicando que as generalizações se tornem perigosas, por conta da imprecisão.

No caso da Judicialização da Política nos Estados Unidos, é importante destacar o artigo de Martin Shapiro, da Universidade da Califórnia, Berkeley. Esse autor aponta que os EUA são a casa da Judicialização da Política e isso remonta às origens, quando da organização das colônias e da posição de centralidade da Suprema Corte nas decisões das principais questões políticas. Ao lado dos aspectos históricos, Shapiro aponta o modo de seleção dos juizes americanos como fator importante e até crucial para a judicialização: *The American judge typically comes to the bench after a life of deep and direct involvement in the private sector and of representing private clients against government rather than vice versa.* Para

¹⁸ Id. *ibid.* 2002, p. 8.

¹⁹ Id. *ibid.* 2002, p.8.

²⁰ Id. *ibid.* 2002, p. 8.

concluir: *Thus they have both the knowledge needed and the inclination to intervene in affairs of state to a far greater degree than do European judges.*²¹

A principal causa da expansão do poder judicial, no entanto, é a *judicial review* exercida pela Suprema Corte, mas essa expansão do poder judicial dos EEUU sempre foi contestada em diversos períodos da história, sejam os partidários de Thomas Jefferson contra Marshall, os abolicionistas, populistas ou ainda quando do *New Deal* na década de 1930, sem mencionar caso mais recente, em 2000, quando da eleição de George Bush contra Al Gore quando, pela primeira vez na história, a Suprema Corte decidiu ou teve decisiva influência sobre a eleição presidencial. Essa decisão, segundo autores estadunidenses como Alan Dershowitz, foi a mais equivocada dessa Corte, porquanto em erros históricos do passado (*Dred Scott v. Sandford*, *Plessy v. Ferguson* e *Bradwell v. State*) os juízes acreditavam julgar de acordo com a Constituição, e seus argumentos guardavam coerência com pretextos do passado, mas, nesse caso, a maioria deliberadamente violou seus próprios precedentes.

Em relação aos motivos da expansão do poder judicial nos Estados Unidos, Shapiro garante que em todo sistema em que há divisão de poderes, cada ramo de poder pratica atividade de legislação, administração e julgamento, haja vista, o fato de o veto presidencial ser atividade legislativa, bem como a interpretação da legislação realizada pelas cortes. E indaga: *If the legislative analysis has been done already, why should do it again? Perhaps because three heads are better than two;* e continua: *Judges may not be better than other governors, but they are slightly different.*²² E o juiz, participando dessa atividade – a terceira cabeça –, daria, na opinião do autor, mais qualidade nas decisões políticas dos governantes.

Por fim, o autor aponta que o povo dos Estados Unidos abandonou a cabine de votação em busca da sala do juiz, fortalecendo a expansão do poder judicial. Esse fenômeno, no entanto, não quer significar que o eleitor/jurisdicionado veja a Justiça como substituto do Legislativo ou Executivo; encara-se a via judicial como alternativa, mas a arena da discussão muda de acordo com as circunstâncias.

²¹ SHAPIRO, Martin. “The United States” In: VALLINDER, Torbjorn; TATE, Neal, **The global expansion of judicial power: the judicialization of politics**. New York and London: New York University Press, 1995, p. 45.

²² Id. *ibid.* p. 62.

A título de desfecho, impõe-se breve nota acerca de uma tendência verificada em obras publicadas nos Estados Unidos, notadamente que poderia ser denominada de “descritivismo”, ou seja, uma atitude que se limita a descrever a realidade sem qualquer preocupação crítica. O descritivismo afasta-se das questões reais da política e em nada contribui para o aperfeiçoamento do constitucionalismo ou da democracia. Essas atitudes meramente descritivas da realidade de sociedades complexas consolidam-se e a análise coordenada por Tate e Vallinder - acerca da expansão global do Poder Judiciário - não foge à regra geral.

3.1.2 O guardião de promessas: Antoine Garapon

Em obra com viés político, mais do que acadêmico, esse autor francês analisa a justiça e a democracia na sociedade francesa, ocasionalmente tomando como referência o direito anglo-saxônico, e reconhece o aumento do poder judicial em detrimento do poder político, atribuindo esse fato a uma transformação da democracia:

Quanto mais a democracia se emancipar, na sua forma dupla de organização política e de sociedade, mais ela procurará na justiça uma espécie de proteção: eis a unidade profunda do fenômeno da vigorosa ascensão da justiça.²³

Antoine Garapon vislumbra, além do final da guerra fria, que reforça o entendimento de Vallinder e Tate, outras causas para o surgimento da Judicialização da Política, dentre elas a apatia popular e a inércia ou incapacidade do poder político diante das demandas sociais. O Poder Judiciário torna-se, com efeito, na crise das democracias atuais, uma salvaguarda para as frustrações dos jurisdicionados, um refúgio de um ideal desencantado.

O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o ‘déficit democrático’ de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos.²⁴

Como se verifica, uma situação de controle sobre os demais poderes decorre mais de um processo político do que de uma luta da magistratura por mais poderes,

²³ GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 23.

²⁴ GARAPON, Antoine. op. cit. 1998, p. 48.

apesar de reconhecer-se que há juízes ativistas por motivos políticos. Nesse sentido assim se expressam autores nacionais referindo-se à obra do Juiz francês:

[...] a interferência judiciária é um fenômeno possibilitado, na prática, pelos políticos. O ato de legislar sofreu um processo de inflação e isto tem um rebatimento imediato no judiciário, já que aumenta a área de atuação do mundo jurídico. Ou seja, a judicialização tem como uma de suas causas a judicialização das relações sociais efetuada, em boa medida, pelo mundo político.²⁵

No caso dos Estados Unidos, essa tendência, pioneiramente apresentada por Alexis de Tocqueville²⁶, das questões políticas desaguardem no Poder Judiciário – aborto, drogas, racismo –, ainda pode ser explicada pela forma como os integrantes desse poder são selecionados. O professor Martin Shapiro²⁷ aponta a forma como os magistrados são selecionados como fator importante na expansão do poder judicial, como expresso no item precedente, haja vista que o juiz estadunidense típico é egresso de setores que têm interesses conflitantes com o governo.

Apesar do tom crítico na obra de Garapon, e da dúvida que ele próprio lança sobre as conseqüências desse fortalecimento do poder dos juízes em detrimento da fragilização dos demais poderes tradicionais (Executivo e Legislativo), vê o autor como positiva essa transformação, mas alerta: “A justiça não nos livrará nunca da perturbação de ter de fazer política, mas convida a inventar uma nova cultura política.”²⁸

Esse desafio político, no entanto, não pode significar a substituição da forma tradicional de se fazer política por um governo de juízes, haja vista que

a justiça não pode regular todos os problemas e dizer, simultaneamente, a verdade científica histórica, definir o bem político e responsabilizar-se pela salvação das pessoas. Ela não o pode nem o deve, sob pena de nos fazer afundar a todos num inferno processual frustrante, estéril e destruidor que não é desejável por ninguém.²⁹

É de se destacar dois capítulos da obra de Garapon que merecem ser tratados como pontos principais: o que analisa o inédito poder dos juízes na atualidade e aquele que trata do novo papel desses agentes políticos, sempre de uma perspectiva francesa.

²⁵ CARVALHO, Ernani; OLIVEIRA, Vanessa. op. cit. 2002, p.4.

²⁶ TOCQUEVILLE, Alexis. op. cit. 2005.

²⁷ SHAPIRO, Martin. op. cit. 1995.

²⁸ GARAPON, Antoine. op. cit. p. 283.

²⁹ GARAPON, Antoine. op. cit. p. 283.

O poder inédito que os juízes detêm na atualidade pode ser justificado por conta da atitude de guardião da virtude pública atribuída aos juristas nos dias de hoje; decorre desse poder o ativismo judicial praticado por alguns dos integrantes da magistratura francesa, entendendo-se por ativismo a escolha, dentre opções possíveis, daquela que vai acelerar ou travar a mudança social. Constitui esse entendimento, no entanto, uma simplificação do assunto, pois o avanço social por decisão judicial – construção de escolas, postos de saúde ou leitos de hospital – ,nem sempre é possível ante a reserva do possível.

O Autor francês aponta a forma de seleção dos juízes como um dos fatores que mais contribuem para o ativismo judicial, fato que lhes fortalece a aura de guardiões da sociedade, dividindo em duas formas o acesso - aristocrático e burocrático. Naquele, o modelo aristocrático, o recrutamento dos juízes ocorre entre advogados com reconhecida capacidade e respeitabilidade no meio e é mais comum nos países que adotam a *Common Law*. No modelo burocrático, a seleção acontece por concurso público. Uma particularidade interessante é apontada por Garapon, quando coteja os dois modelos e suas relações com a política:

Nos países de *Common Law*, o recrutamento dos juízes é político, como nos Estados Unidos (temos ainda presente a dificuldade de alguns presidentes americanos em obter o aval do congresso após ter sondado um juiz), ou antidemocrático, como na Inglaterra, mas o poder político perde, de seguida, qualquer tipo de controle sobre a carreira. No modelo burocrático, como em França, é o contrário que se produz: o recrutamento dos juízes por concurso é absolutamente democrático, mas a carreira é política.³⁰

Ainda sobre o ativismo judicial, o autor o vê como um fator de desagregação da magistratura, que mais se assemelha a uma soma de individualidades do que a um poder coeso diante dessa prática. A falta de perspectiva de promoção é um motivo que relaxa a pressão hierárquica e, por consequência, deixa alguns magistrados tentados a enveredar por uma prática ativista, principalmente quando os meios de comunicação estão prontos para dar repercussão a qualquer decisão judicial que implique o aumento do número de jornais vendidos. Essa tentação populista é criticada por Garapon ante a irresponsabilidade política dos juízes, que não sofrem qualquer sorte de cobrança política, e mais, uma política “que não é

³⁰ GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 61.

sancionada através da contestação periódica do seu poder”³¹, e assim, não é uma política democrática.

Com relação ao novo papel que o Autor espera dos juízes, impõe-se primeiramente condenar a infalibilidade atribuída às decisões judiciais, consubstanciando essa prática uma ingenuidade semelhante à sacralização dos positivistas em relação à regra jurídica. O juiz – o autor refere-se à realidade francesa –, não pode mais ser encarado como um terceiro que se encontre absolutamente fora do sistema e que por conta disso seja capaz de apontar a solução mais justa nas questões; isso é ilusão e é imperativo que o juiz seja um terceiro incluído, ou seja, sempre responsável por suas decisões perante a comunidade política. Para isso impõe-se uma reformulação do sistema (francês), que passará até pela necessidade de repensar os arranjos institucionais que hoje definem os limites de cada poder.

3.1.3 Juízes legisladores: Mauro Cappelletti

A pergunta central de Cappelletti, na obra *Juízes Legisladores*, é saber se o juiz é apenas intérprete do Direito ou se sua atividade tem cunho criativo, de criação do Direito. Essa “criatividade jurisprudencial” é fenômeno que surgiu no século XX – tem absoluta correlação com o ativismo judicial de Antoine Garapon – e é fruto do crescimento das atribuições do Estado e da “necessidade de um aparelho administrativo mais complexo, com o objetivo de integrar e dar atuação às novas intervenções legislativas.”³²

O Autor ressalta que o tema da criatividade do juiz ou a expressão “direito judiciário” remonta a Jeremy Bentham, que um século e meio antes já condenara a liberdade dos juízes ingleses e lutava por uma codificação do Direito na busca de um instrumento que assegurasse às partes maior grau de certeza.

Para Cappelletti, no entanto, o grande problema não é precisamente a disputa entre intérprete e criador, mas, admitindo sempre a presença de criatividade do juiz quando da prolação de decisões, determinar o “grau de criatividade e dos modos,

³¹ GARAPON, Antoine. op. cit. 1998, p. 73.

³² CARVALHO, Ernani; OLIVEIRA, Vanessa. op. cit. 2002, p. 9.

limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciários.”³³ Esse grau de discricionariedade não é absoluto, livre de qualquer limite - alerta.

Um alto grau de criatividade ou ativismo se daria, defendem alguns, porque os juízes são constantemente chamados a decidir, principalmente em uma sociedade onde as relações sociais e políticas estão cada vez mais judicializadas, mas esse argumento é combatido por Cappelletti:

Efetivamente, eles são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar *ex novo* o direito. Isto não significa, porém, que sejam legisladores. Existe realmente, como me proponho agora demonstrar, essencial diferença entre os processos legislativo e jurisdicional.³⁴

Essa diferença é a posição de terceiro desinteressado no processo judicial, livre de qualquer pressão das partes, bem como a regra histórica da impossibilidade de iniciar-se o processo de ofício, sem provocação das partes, essas todas características que Cappelletti denomina de “virtudes passivas”.

Outro tema de fundamental importância, abordado por Mauro Cappelletti, diz respeito à legitimação democrática do Direito jurisprudencial, que constitui a mais grave objeção contra essa prática, ou seja, que a atividade das cortes, criando direitos, consubstancia prática antidemocrática. Isso ocorre porque, com a crescente independência dos juízes, cada vez menos contas são prestadas à sociedade por esses agentes políticos. Invoca passagem do juiz inglês Lord Devlin, que diz ser grande a

tentação de reconhecer o judiciário como uma elite capaz de se desviar dos trechos demasiadamente embaraçados da estrada do processo democrático. Tratar-se, contudo, de desviação só aparentemente provisória; em realidade, seria ela a entrada de uma via incapaz de ser reunir à estrada principal, conduzindo inevitavelmente, por mais longo e tortuoso que seja o caminho, ao estado totalitário.³⁵

A fim de se contrapor à crítica da carência de legitimidade do ativismo judicial ou dos excessos criativos de alguns juízes, Cappelletti aponta alguns argumentos. O primeiro é o de que a classe política – nos Poderes Legislativo e Executivo –, nunca foi um paradigma perfeito de democracia representativa, mas

³³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 21.

³⁴ Id. *ibid.* p. 21.

³⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *op. cit.* 1998, p. 91.

sim representante de grupos de interesses. O segundo argumento contra o deficit de legitimidade das cortes é a afirmação de que o próprio Poder Judiciário não é “inteiramente desprovido de representatividade”. Esse ponto de vista já foi objeto de estudo de Robert Dahl, que tratando da Suprema Corte, indicou que, a cada vinte meses seria substituído um juiz, o que consubstanciaria rotatividade e renovação. O terceiro argumento é a chance dada a grupos (marginais), que não tem chances de obter apoio político, de obtê-lo por intermédio do processo judicial em que as duas partes se mantêm em igualdade até a decisão. Um quarto argumento é o de que o processo judicial é mais participativo do que o legislativo, haja vista que se desenvolve em direta conexão com as partes, ao contrário das rotinas e manobras de um processo legislativo. Esse argumento se contrapõe, inclusive, à crítica de que os juízes não têm ligação com a realidade social, haja vista que o contato diário com problemas reais dos jurisdicionados, os deixaria mais afinados ainda com a realidade. E, por fim, o quinto argumento que ataca a noção de democracia como majoritarismo, no qual um

judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *check and balances*, em face do crescimento dos poderes políticos.³⁶

³⁶ Id. *ibid.* p. 107.

4 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O CASO BRASILEIRO

O objetivo do presente capítulo é tratar do tema da Judicialização da Política sob uma perspectiva do caso brasileiro, com ênfase nas relações entre o Poder Executivo municipal e o Poder Judiciário. A análise da expansão do Poder judicial no Brasil sempre toma por base as decisões judiciais tomadas em ações direta de inconstitucionalidade, notadamente a produção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, não se considerando ou não se analisando as decisões de juízes de primeiro grau de jurisdição em matérias de interesse local.

A Judicialização da Política, como se sabe, apesar de se tratar de um fenômeno com repercussões globais tem um forte componente local que deve ser considerado. No caso brasileiro, ao se analisar as condições políticas para o surgimento da Judicialização da Política, a saber, democracia, separação de poderes, política de direitos, a utilização dos tribunais por grupos de interesse, a uso dos tribunais pela oposição, inefetividade das instituições majoritárias, percepção das instituições políticas e delegação de assuntos pelas instituições majoritárias (classificação de Neal Tate), constata-se que todas elas estão presentes, ainda que em diferentes graus.

A esse propósito, Ernani Rodrigues de Carvalho utilizou-se dessa classificação e fez a aplicação desse quadro condicional ao caso brasileiro, concluindo que

o mapeamento das condições políticas em torno do fenômeno da expansão do poder judicial permite dizer que quase todas as condições estão presentes no caso brasileiro, embora, algumas condições, apesar de formalmente estabelecidas, não se tenham mostrado realidades factíveis.¹

¹ CARVALHO, Ernani Rodrigues. op. cit. 2004, p.130.

4.1 A Judicialização da Política e das relações sociais no Brasil: Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho, Manoel Palácios Cunha Melo e Marcelo Bauman Burgos

Com o objetivo de delimitar o assunto, no entanto, somente alguns autores nacionais serão objeto de registro, tomando-se por base a qualidade da produção e/ou o ineditismo da abordagem. Assim, merece destaque a obra *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*, ensaio desenvolvido por Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho, Manuel Palácios Cunha Melo e Marcelo Baumann Borges que analisa o panorama da Judicialização da Política e das relações sociais sob o ângulo das ações diretas de inconstitucionalidades dos governadores, da Procuradoria-Geral da República, dos partidos políticos, das associações de trabalhadores, profissionais e empresarias e, por fim, da Ordem dos Advogados do Brasil, isso no que diz sobre a Judicialização da Política, adotando análise diferente em relação à judicialização das relações sociais.

Os dados estatísticos expostos ao longo do trabalho demonstram uma tendência – na visão dos autores –, à Judicialização da Política no caso brasileiro, mas, segundo ele, essa tendência não aponta para uma radicalização da posição do Poder Judiciário em relação aos demais poderes constituídos, tanto que,

o Judiciário, assim, não substituiria à política, mas preencheria um vazio, que, nas sociedades de massa com intensa mobilização social (como a brasileira), poderia vir a conceder consistência democrática a [um] excedente de soberania popular que escapa à expressão do sufrágio.²

Os autores apontam que o modelo de controle abstrato de constitucionalidade das leis adotado pela Constituição de 1988 na qual uma “comunidade de intérpretes” detém legitimidade para submeter a questão ao Poder Judiciário, é causa da Judicialização da Política, ao contrário do que aconteceu em outros países, como a França e o Conselho Constitucional (1958) ou nos Estados Unidos, onde instituições assumiram novos papéis e foram responsáveis, em larga medida, pela expansão do Poder judicial. Nesse último país, inclusive, era vontade dos fundadores das instituições republicanas.

² VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p.258.

É importante acrescentar a esse fato – da comunidade de intérpretes –, que, após 1988 todos os governos, à exceção do breve período Collor, tiveram ampla maioria no Parlamento e abusaram na edição de medidas provisórias. E arrematam:

Foi esse o contexto que veio a favorecer a concretização dos partidos e dos sindicatos no exercício de intérpretes da Constituição, convocando o Poder Judiciário ao desempenho do papel de *tertius* capaz de exercer funções de *check and balances* no interior do sistema político, a fim de compensar a tirania da maioria, sempre latente na fórmula brasileira de presidencialismo de coalizão.³

Essa realidade apontada pelos autores, de que existe um processo de Judicialização da Política em curso no Brasil, mas de forma branda ou não radicalizada, merece reparo ou atualização, uma vez que os dados estatísticos utilizados naquela pesquisa limitaram-se, por tratar-se de publicação de 1999, ao período compreendido entre 1988 e 1998. O STF, cuja posição foi historicamente defensiva ou restritiva, passou a atuar ativamente em questões de natureza política após esse período, seja em decisões envolvendo a limitação dos poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito ou influenciando diretamente as políticas de saúde pública ou educação, para mencionar apenas temas de grande repercussão nos meios de comunicação.

Essa mudança de rumo, é bem verdade, não significa necessariamente uma radicalização, mas antecipa uma tendência bem clara dessa judicialização, a partir de 2000 até os dias de hoje, como se pode ver a tabela⁴ a seguir:

76% das decisões limitaram a competência dos Estados
67% das decisões ampliaram direitos individuais
64% das decisões limitaram a competência do Executivo
59% das decisões foram alinhadas com teses do governo
54% das decisões implicaram em aumento de tributos
50% das decisões ampliaram direitos de empresas
46% das decisões implicaram em redução de tributos
35% das decisões implicaram ampliação de direitos de servidores
Revista Análise Jurídica

Como se verifica nos dados há patente participação do Poder Judiciário, nesse

³ VIANNA, Luiz Werneck, *et al.* op. cit. 1999, p. 51.

⁴ CHAER, Márcio. A suprema guinada. **Revista Análise Justiça**. Análise Editorial, Supremo Tribunal Federal, n. 02. 2006, p.1.

particular, do STF, na condução das principais questões federativas, nas de direitos fundamentais e nas questões de tributação, apesar da tendência, nesse último tema, da majoração dos tributos (54%) em face da diminuição (46%).

De igual modo, não restam dúvidas de que o modelo de controle abstrato de constitucionalidade e a comunidade de intérpretes são os grandes responsáveis pela Judicialização da Política, como expresso há pouco, na medida em que levam ao Judiciário demandas dos mais variados matizes na forma de ações diretas/declaratórias de inconstitucionalidade/constitucionalidade. Esses intérpretes, consoantes os dados estatísticos apontam, em grande percentual são agentes do mundo político (governadores e partidos políticos), o que indica também uma situação aparentemente paradoxal, porquanto reclamam da Judicialização da Política, mas contribuíram em larga escala pela atuação do Poder Judiciário, haja vista a tendência atual dos juízes e tribunais brasileiros de não auto-restringirem as condutas às suas competências historicamente reservadas e se tornarem cada vez mais agentes políticos (ativismo judicial).

Os partidos políticos - notadamente os de esquerda -, e os sindicatos contribuíram muito com o aumento de ações diretas de inconstitucionalidade perante o STF, apesar da participação ativa dos governadores de Estado e do Ministério Público, ambos, de igual modo, objeto de comentários a seguir. As estatísticas fornecidas pelo Supremo Tribunal Federal indicam isso, quando, de 4.101 ADI'S (1988/ junho. 2008), 39,3% foram interpostas pelos partidos políticos e confederação sindical/entidade de classe. A seguir o quadro completo:

LEGITIMADOS	QUANT.	%
Presidente da República	6	0,1
Mesa do Senado Federal	1	0,0
Mesa da Câmara dos Deputados	0	0,0
Mesa da Assembléia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal	43	1,0
Governador de Estado ou do Distrito Federal	1.044	25,5
Procurador-Geral da República	891	21,7
Conselho Federal da OAB	166	4,0
Partido Político com representação no Congresso Nacional	734	17,9
Confederação Sindical e Entidade de Classe de Âmbito Nacional	876	21,4
Mais de 1 legitimado **	3	0,1
Outros (legitimados)	337	8,2
Total	4.101	100,0

Fonte: **Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Legitimado - 1988 a 2008***.

* Dados de 2008 atualizados até junho.

** confederação sindical e partido político.

Como se verifica, e mencionado há pouco, somadas as participações dos governadores e dos partidos políticos, chega-se à impressionante marca de 43,4% do total de ADI's desde 1988. Os autores da pesquisa apontam, no entanto, que esses agentes políticos se valem da Judicialização da Política na

defesa da governabilidade e da racionalização da administração pública, ameaçadas, de forma aguda no início dos anos 90, à época da elaboração das Constituições estaduais, e, de modo permanente, após a promulgação delas, em razão da capacidade de apropriação de uma parcela da representação política por interesses corporativos.⁵

Cenário mais grave apresenta-se na tramitação da Reclamação nº 4.335-AC, ainda não julgada em definitivo pelo STF, cujo desfecho pode vir a pôr fim ao papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade pela via difusa. A Reclamação 4.335-5/AC, cujo julgamento ainda se encontra pendente⁶, foi acatada pelos votos do relator, ministro Gilmar Mendes, e do ministro Eros Grau, e se insurge contra decisão do Juízo da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco (AC), que indeferiu pedido de progressão de regime em favor de Odilon Antônio da Silva Lopes e outras nove pessoas que estão cumprindo penas de reclusão em regime integralmente fechado, em decorrência da prática de crimes hediondos.

Os argumentos postos na Reclamação foram aceitos pelos dois ministros citados. O ministro Sepúlveda Pertence negou seguimento ao pedido, mas concedeu *Habeas corpus* de ofício, o que foi acompanhado pelo ministro Joaquim Barbosa, que não conheceu da reclamação.

Apesar da pendência do julgamento, o tema se reveste de importância, eis que, em sendo confirmada a posição do Ministro Relator, o Supremo Tribunal Federal

⁵ VIANNA, Luiz Werneck, *et al.* op. cit. 1999, p.73.

⁶ Tramitação da Reclamação 4.335-5/AC: Após o voto-vista do Senhor Ministro Eros Grau, que julgava procedente a reclamação, acompanhando o Relator; do voto do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, julgando-a improcedente, mas concedendo *habeas corpus* de ofício para que o juiz examine os demais requisitos para deferimento da progressão, e do voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, que não conhecia da reclamação, mas igualmente concedia o *habeas corpus*, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 19.04.2007.

extinguirá a atribuição prevista no art. 52, X, da Constituição Federal:

[...] suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”, ou seja, o julgamento em curso pode ser o réquiem do controle difuso no âmbito da Teoria Constitucional brasileira, haja vista que reconhece o cabimento de reclamações que comprovem “prejuízo resultante de decisões contrárias às teses do STF, em reconhecimento à eficácia vinculante *erga omnes* das decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado.⁷

O voto do ministro Relator, ao tornar desnecessária a intervenção prevista no inciso X, art. 52, CF/88, nesse particular, transforma o Senado Federal em órgão de publicidade das decisões do STF. Em trabalho publicado logo após o voto do ministro Eros Grau e consubstanciando autêntica reação à tendência da votação da Reclamação 4.335-AC, Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima enfrentam o tema objeto do presente texto de forma incisiva, já na abertura:

A recente polêmica que vem sendo travada no Supremo Tribunal Federal a partir da Reclamação 4335-5/AC, cujo relator é o Ministro Gilmar Mendes, não fará da decisão que vier a ser tomada, com certeza, apenas mais um importante julgado.¹ Mais que isso: ao final dos debates entre os ministros daquela Corte, pode-se chegar, de acordo com o rumo que a votação tem prometido até o momento, a uma nova concepção, não somente do controle da constitucionalidade no Brasil, mas também de poder constituinte, de equilíbrio entre os poderes da república e de sistema federativo.⁸

Esse tema – o desfecho da Reclamação n.º 4.335-AC – trazido a título de ilustração para os limites do presente texto, pode vir a representar uma circunstância de invasão de competência constitucional do Poder Judiciário sobre uma competência privativa do Senado Federal prevista expressamente na Constituição Federal (inciso X, art. 52) e fruto da vontade do Poder Constituinte originário, o que se mostra mais grave até do que a Judicialização da Política.

Além do aspecto atinente à participação do Senado Federal no peculiar modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, outras questões, de igual importância, devem ser atingidas, mantida que seja a tendência manifesta nos votos dos

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n.º 1.880**, 23.05.2002. Relator Ministro Marco Aurélio.

⁸ STRECK, Lenio Luiz; CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. **Mutações na corte: a nova perspectiva do STF sobre controle difuso**. **Revista Consultor Jurídico**, 3 ago. 2007. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/static/text/58199,1>> Acesso em: 21 fev. 2008, p.1.

ministros Gilmar Mendes e Eros Grau. Assim, também contraria a Constituição invadir competência de outro Poder e estender ao controle difuso os mesmos efeitos do controle abstrato. De igual modo, a decisão da Reclamação n.º 4.335-AC pode determinar a substituição do poder constituinte (originário) pelo Poder Judiciário, fator que afronta diretamente o sistema federativo e, em última análise, a democracia.

Com efeito, a questão da vontade do poder constituinte originário ser desprezada parece ser a principal e mais grave conseqüência da decisão que se entremostra com o voto do ministro Gilmar Mendes, ou seja, “em determinadas situações, mutação constitucional pode significar, equivocadamente, a substituição do poder constituinte pelo Poder Judiciário. E com isso soçobra a democracia.”⁹ E continuam os autores citados,

[...] a tese da mutação constitucional advoga em última análise uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes. Ora, um tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode “inventar” o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia.¹⁰

4.2. Ministério Público e política no Brasil: Rogério Bastos Arantes

O papel desempenhado pelo Ministério Público brasileiro após a Constituição de 1988 no sentido de contribuir diretamente com a Judicialização da Política é bem claro, como se verifica das estatísticas apresentadas, ou seja, entre 1988 e 2008, o procurador geral da República foi responsável por 21,9% das Ações Diretas de Inconstitucionalidade perante o STF.

A análise da participação desse agente no cenário da Judicialização da Política é tema do estudo de Rogério Bastos Arantes, denominado *Ministério Público e Política no Brasil* onde resta analisada a reconstrução institucional do Ministério Público, iniciada com o advento do Código de Processo Civil de 1973 e consolidada com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Apesar de tratar o problema da justiça sobre outro ângulo – participação do Ministério Público e Judicialização

⁹ Id. *ibid.* p.2.

¹⁰ Id. *ibid.* p. 2.

da Política –, a opinião do autor sobre a origem da expansão do Poder judicial é semelhante ao ponto de vista de Werneck Vianna, ou seja,

que o problema da justiça tem suas raízes mais profundas na natureza das novas funções assumidas pelo sistema judicial, muito além, portanto, dos aspectos estruturais e processuais que têm sido normalmente apontados.¹¹

Logo na introdução do livro, no entanto, o autor já deixa antever sua opinião sobre o fenômeno da judicialização, ou, mais genericamente, da relação entre poder e direito:

No final, o que se percebe é que estamos diante de um mesmo e antigo paradoxo: a democracia política deficitária dá chance à emergência de um poder externo, pretensamente neutro ou apolítico, no qual são depositadas velhas e novas esperanças. Passada a euforia inicial de sua chegada, logo se percebe que um poder assim independente não pode seguir sem controle. No momento dessa descoberta, o problema da representação se coloca e a política toma o seu lugar novamente.¹²

O autor aponta de forma incisiva para um voluntarismo dos membros do Ministério Público, orientados ideologicamente em busca da auto-afirmação do papel político da instituição, mas com base em premissa no mínimo discutível ou simplista - a da hipossuficiência da sociedade brasileira, ou seja,

84% dos entrevistados (membros do Ministério Público) concordaram total ou parcialmente com a afirmação de que a sociedade brasileira é hipossuficiente, isto é, incapaz de defender autonomamente os seus interesses e direitos, e que, por isso as instituições da Justiça devem atuar afirmativamente para protegê-la.¹³

Trata-se de uma visão messiânica do papel do Ministério Público que vem a ser corroborada ou justificada por outro dado: 80% dos entrevistados apontam o Congresso Nacional como o responsável pela crise da Justiça brasileira, ou seja, causas externas ao sistema judicial. Sobre essa visão é importante destacar, o fato de que

A decepção com o funcionamento do regime representativo, nos marcos de uma sociedade civil supostamente frágil, conduz a tentativas de contornar a esfera política em busca de efetividade dos direitos. Esse é um dos elementos que compõem o universo ideológico do voluntarismo político de promotores e procuradores de hoje, embora também remonte a

¹¹ ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo: EDUC/Fapesp, 2002, p. 13.

¹² Id. *ibid.* p. 17.

¹³ ARANTES, Rogério Bastos. *op. cit.* p. 128.

uma antiga tradição de pensamento político.¹⁴

Essa antiga tradição é apontada por Bastos Arantes, ao se referir à criação da Justiça Eleitoral e da Justiça do Trabalho ainda entre 1930-1940, quadra da história republicana quando se teria conhecido a primeira onda de Judicialização da Política, o que já demonstrava a “inclinação brasileira no sentido de adotar o método judicial de resolução de conflitos.”¹⁵

Aspecto importante para a análise do papel do Ministério Público na Judicialização da Política diz respeito ao resultado da pesquisa *O Ministério Público e a Justiça no Brasil*, desenvolvida entre 1996 e 1996 pelo Instituto de Desenvolvimento Econômico-Social (IDESP) e referida por Bastos Arantes. Naquele estudo,

87% dos entrevistados concordavam total ou parcialmente com a afirmação de que “cabe obrigatoriamente ao Ministério Público exigir da administração pública que assegure os direitos previstos na Constituição Federal, nas leis e nas promessas de campanha eleitoral. Quando houver lei garantindo os direitos não há discricionariedade administrativa”. Apenas 11% discordaram e 2% não tinham opinião a respeito. Ou seja, a alegação de restrição orçamentária, ou outros motivos normalmente invocados para sustentar decisões sobre políticas públicas em situação de escassez, não podem afastar da apreciação judicial a conduta política do administrador público, segundo opinião de integrantes do Ministério Público.¹⁶

Acerca do assunto, as escolhas dramáticas da Administração Pública e decisões judiciais que determinam o cumprimento das prestações positivas, independentemente de qualquer restrição orçamentária, é importante mencionar passagem de Gustavo Amaral:

Ao nosso ver, deslocar a decisão para o Judiciário em hipóteses que envolvam ‘escolhas dramáticas’, é querer alargar para aquele Poder competências que não são suas. O Judiciário não está legitimado pelo voto para tomar tais opções. Muito pelo contrário, é a própria Constituição que cerca a magistratura com garantias próprias para que possa ela desempenhar seu ofício alheia a pressões de momento.¹⁷

Por fim, sobre o discurso de Bastos Arantes na obra em comento, Débora Alves Maciel e André Koerner sintetizam suas opiniões nas seguintes palavras:

¹⁴ Id. *ibid.* p. 130.

¹⁵ Id. *ibid.* p.131.

¹⁶ Id. *ibid.* 134.

¹⁷ AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: MELLO, Celso de Albuquerque *et al.* **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 112.

Na abordagem de Arantes, o modelo de uma república constitucional com marcada separação dos poderes, cujo equilíbrio mantém o predomínio das instâncias eleitorais-majoritárias de representação. O modelo da Constituição é o liberal e o do Judiciário, de órgãos técnicos voltados predominantemente à aplicação da lei aos casos individuais e com limitada interferência nas decisões legislativas e governamentais.¹⁸

E sobre a obra de Werneck Viana, apontam o seguinte traço característico:

Werneck Vianna toma como modelo uma república constitucional, em que há cooperação e complementaridade entre os poderes na produção de decisões políticas, para as quais concorrem formas de representação eleitorais e funcionais. As dimensões da participação política e a deliberação pública são enfatizadas. O modelo da Constituição é o democrático-comunitário, no qual o Judiciário tem o papel de formular, segundo determinados procedimentos de que participa a comunidade de intérpretes, os valores compartilhados, bem como o de servir de canal de expressão para grupos que demandem a promoção dos objetivos comuns expressos pelos direitos fundamentais. Assim, amplia-se o escopo, a visibilidade e as ocasiões em que os seus agentes atuam em relação às autoridades governamentais, à burocracia e outros espaços sociais.¹⁹

4.3 Judicialização da Política e Poder Legislativo

A Judicialização da Política, como fenômeno, manifesta-se principalmente no Poder Executivo, mais especificamente, quando da tomada de decisões judiciais com a conformação política que deveriam ficar a cargo dos administradores públicos. A expansão dos poderes judiciais, no entanto, também se verifica em face de decisões do Poder Legislativo, como será demonstrado neste tópico.

As principais cortes brasileiras (TSE e STF), no ano de 2007, decidiram que perderiam o mandato os parlamentares eleitos pelo sistema proporcional (deputados federais, estaduais, distritais e vereadores) que houvessem mudado de partido no curso da legislatura, configurando essas decisões verdadeira reforma no panorama das regras do processo político, e como legislador positivo. A depender do entendimento dos juízes brasileiros – pelo menos a cúpula –, a reforma política, que é tema eminentemente político, deve ficar a cargo do Poder Judiciário.²⁰

¹⁸ MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 57, 2002.

¹⁹ Id. *ibid.*

²⁰ No endereço eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral (<<http://www.tse.gov.br>>) consta o texto seguinte orientando como os partidos devem proceder em caso de infidelidade partidária: Fidelidade Partidária. O Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução - TSE n.º 22.610, de 25.10.2007, alterada pela Resolução - TSE n.º 22.733, de 11.03.2008, que disciplina o processo de

A questão se iniciou com a Consulta n.º 1398 (1997) do Partido da Frente Liberal – PFL perante o Tribunal Superior Eleitoral, onde restou indagado o seguinte: “Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?”. Em resposta à Consulta, o Pleno do Tribunal Superior Eleitoral disciplinou a matéria por meio da Resolução n.º 22.610, matéria relatada pelo ministro César Peluso, onde restou respondido que o parlamentar perderá o mandato, a menos que o pedido de cancelamento ou transferência tenha se dado por justa causa, na íntegra:

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

§ 1º - Considera-se justa causa:

I) incorporação ou fusão do partido;

II) criação de novo partido;

III) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;

IV) grave discriminação pessoal.

§ 2º - Quando o partido político não formular o pedido dentro de 30 (trinta) dias da desfiliação, pode fazê-lo, em nome próprio, nos 30 (trinta) subseqüentes, quem tenha interesse jurídico ou o Ministério Público eleitoral.

§ 3º - O mandatário que se desfilou ou pretenda desfiliar-se pode pedir a declaração da existência de justa causa, fazendo citar o partido, na forma desta Resolução.²¹

Após a Resolução do TSE, foram impetrados mandados de segurança perante o Supremo Tribunal Federal, tombados sob os números 26.602, 26.603 e 26.604, onde os dois primeiros foram indeferidos e o último deferido parcialmente. O STF confirmou o entendimento apresentado pelo TSE no sentido de determinar que os parlamentares eleitos proporcionalmente deveriam perder seus mandatos em caso de cancelamento ou transferência de partido sem justa causa.

perda de cargo eletivo e justificção de desfiliação partidária. De acordo com a Resolução, o partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa. Conforme § 1º, do art. 1º, considera-se justa causa a incorporação ou fusão do partido, a criação de novo partido, a mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário e grave discriminação pessoal. Podem formular o pedido de decretação de perda do cargo eletivo o partido interessado, o Ministério Público Eleitoral e aqueles que tiverem interesse jurídico, de acordo com a norma. O TSE é competente para processar e julgar pedido relativo a mandato federal. Nos demais casos, é competente o Tribunal Eleitoral do respectivo Estado. Leia, na íntegra, a Resolução - TSE n.º 22.610/2007, com redação dada pela Resolução - TSE n.º 22.733/2008.

²¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 22.610** (2007).

Houve votos vencidos dos ministros Eros Grau e Joaquim Barbosa em relação à possibilidade da perda dos mandatos, com a seguinte fundamentação:

a) a inexistência de previsão Constitucional de perda de mandato eletivo em caso de cancelamento de filiação ou troca de legenda; b) a retirada expressa pela Constituição de 1988 da norma prevista na Constituição pretérita que consagrava da fidelidade partidária significa que o rol taxativo do art. 55 não comporta a inserção de tal hipótese; c) a criação de nova hipótese de perda de mandato transformaria o Poder Judiciário em Poder Constituinte derivado e afrontaria os valores fundamentais do Estado de Direito; d) o titular do poder é o povo e, portanto, a fonte de legitimidade do exercício do mandato não poderia residir somente nos partidos políticos.²²

O STF, ao julgar o mandado de segurança e confirmar o entendimento do TSE, ainda entendeu em fixar o marco temporal a partir de quando as mudanças partidárias gerariam a perda do mandato. Optou a maioria dos ministros pela data da resposta à Consulta pelo TSE, ou seja, 27/03/07.

Sobre o tema reforma política e partidos, há alguns consensos, dir-se-ia até unanimidades, no pensamento político nacional, ou seja, é fundamental para a democracia que os partidos políticos tenham força, coesão, discurso; que sejam capazes de fazer triagem ética nos seus candidatos e ter representatividade popular. A dança de partidos, tão comum a considerável extrato de parlamentares – que às vezes mudam de partido antes de tomar posse no Parlamento –, é prática nefasta e deve ser combatida. Não se pretende fazer apologia do fisiologismo político ou do sistema político desorganizado ou ainda das distorções verificadas no Estado brasileiro.

O que não parece razoável e democrático é um órgão do Poder Judiciário, ainda que a cúpula desse Poder empreenda uma reforma política com apoio em um pedido de consulta perante o TSE, definindo quando o parlamentar deva perder seu mandato, as exceções admissíveis, o período a partir de quando essa “regra” passa a vigorar, como se o Congresso Nacional houvesse disciplinado a matéria após exaustivo debate nas comissões parlamentares e plenário das duas casas legislativas. Nesse sentido, a crítica bem ponderada de Letícia Pimenta Madeira Santos:

²² SANTOS, Letícia Pimenta Madeira. A regulamentação da fidelidade partidária à luz do ativismo judiciário. **Jus Navegandi**. Teresina, ano 12, n. 1748, 14 maio 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11156>>. Acesso em: 19 jun. 2008.

Todavia, não há como se sustentar em bases jurídicas a disciplina de dois processos de perda de mandato eletivo até então inexistentes no ordenamento pelo TSE, pois isto implicou na disposição sobre direito eleitoral e processual, invadindo a competência privativa da União para legislar sobre referidas matérias, em flagrante contrariedade ao art. 22, I da CF/88.

De fato, a leitura da Resolução TSE nº 22.610/07 não deixa dúvidas de que esta traz normas gerais, abstratas, inovadoras e imperativas em matéria de direito eleitoral (fixa hipóteses de justa causa para manutenção do mandato) e processual (cria hipótese de revelia, estipula os legitimados ativos, prazos de manifestação das partes e julgamento, estabelece irrecorribilidade das decisões, etc.) sem, contudo, serem validamente editadas pelo poder competente.²³

Fato que merece destaque a título de desfecho desse tópico é a reação da denominada opinião pública em relação a temas como tratado pelo TSE na Resolução n.º 22.610/07, ou seja, verifica-se ampla aceitação dos rumos apontados pelo Poder Judiciário pela maioria da população que cada vez mais se desilude com a classe política e com as instituições políticas de um modo geral. Essa opinião da população – favorável a tudo o que combata a corrupção política -, contribui e aguça a disposição dos juízes para eles próprios empreenderem reformas que deveriam ficar a cargo do Parlamento.

Em pesquisa divulgada pelo Senado Federal, realizada em maio de 2007 com 1.094 eleitores de 27 capitais brasileiras, chegou-se à seguinte conclusão no que concerne à fidelidade partidária:

Fidelidade partidária

Para 61% dos eleitores ouvidos sobre o tema, os parlamentares devem ser obrigados a ficar pelo menos três anos no partido pelo qual se elegeram. Outros 29% entendem que o político devolva o cargo para a legenda pela qual se elegeu, caso queira trocar de partido. Apenas 7% acham que os parlamentares podem continuar trocando de partido quantas vezes quiserem.

Na análise do segmento por renda familiar, os eleitores que ganham até dois salários mínimos são os que mais defendem a fidelidade partidária. Para 65% desse grupo, os parlamentares devem ficar pelo menos três anos no mesmo partido. Quanto ao gênero, as mulheres são as que mais defendem a fidelidade partidária - 68% das mulheres contra 53% dos homens ouvidos são favoráveis à permanência dos parlamentares na mesma legenda durante três anos.²⁴

²³ SANTOS, Letícia Pimenta Madeira. op. cit. 2007 [on line].

²⁴ BRASIL. Senado Federal. **O eleitor e a reforma política**, jul./2007. Secretaria de Pesquisa e Opinião Pública. DataSenado. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/senado/centralderelacionamento/sepop/pdf/Relat%C3%B3rio%20Reforma%20Pol%C3%ADtica.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2008.

5 A JUDICIALIZAÇÃO NO ÂMBITO LOCAL

O presente capítulo aborda a Judicialização da Política considerando os limites locais, ou seja, no âmbito municipal, especificamente em Fortaleza, entre os anos 2000 e 2004. Os estudos nacionais sobre Judicialização da Política analisam a questão com a partir de decisões em controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos realizado pelo Supremo Tribunal Federal. Ainda há autores que se ocupam da perspectiva local relativamente à judicialização das relações sociais, comose verifica da obra já mencionada em capítulo anterior *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*²⁵, onde é analisada a atuação dos juizados especiais no Estado do Rio de Janeiro, e notadamente em Niterói.

O núcleo central de indagações deste capítulo é o seguinte: a Judicialização da Política pode ser estudada sob a perspectiva local? São identificáveis os elementos que caracterizariam a Judicialização da Política no Município? Esse fenômeno visto sob o prisma local é mais dramático do que do ponto de vista nacional?

As respostas que se pretende buscar partem de uma adaptação do modelo apresentado inicialmente por C. Neal Tate no capítulo 3, da obra *The Global Expansion of Judicial Power*, onde são postas dentre as condições que favorecem a expansão dos poderes judiciais: i) democracia; ii) a separação de poderes; iii) existência de uma política de direitos (*bill of writs*); iv) utilização dos tribunais por grupos de interesses; v) utilização dos tribunais pela oposição; vi) ineficácia das instituições majoritárias e percepção dessa deficiência pela população em geral; e vii) delegação, por parte das instituições majoritárias, aos tribunais, de assuntos polêmicos do ponto de vista da opinião pública.

Os elementos democracia, separação dos poderes e a presença de uma política de direitos são de fácil verificação no atual estágio de desenvolvimento do Estado

²⁵ VIANNA, Luiz Werneck, *et al.* op. cit. 1999.

brasileiro, principalmente após o advento da Constituição Federal de 1988 e da esteira de avanços que surgiram após esse marco político. Além do mais, a Constituição Federal impõe aos demais entes - e Estados, Distrito Federal e municípios -, a observância de parâmetros como a democracia, a separação e harmonia entre os poderes e um rol de direitos fundamentais.

Os demais elementos, por sua vez, têm relação mais direta com o objeto do presente capítulo, uma vez que, no nível local, é de fácil constatação a utilização do Poder Judiciário por grupos de interesses e partidos políticos de oposição, tudo isso tendo como agravante a ineficiência das instituições majoritárias. Acresça-se a esse elemento a ação do Ministério Público e da Ordem dos Advogados do Brasil, seção Ceará, como agentes importantes na Judicialização da Política no plano local. No que respeita à delegação de assuntos polêmicos para a opinião pública aos tribunais, não se verifica essa prática no espaço municipal; daí não ser abordado esse item.

Assim, o presente capítulo, tomando as condutas de quatro agentes com amplo poder de articulação e influência na cena local, tentará responder aos questionamentos feitos. Os agentes são os seguintes: i) parlamentares e partidos de oposição; ii) Ministério Público Estadual e Federal; iii) Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/CE); e iv) grupos de interesse, como sindicatos e associações de classe. Com base em casos judiciais restará demonstrado como o Poder Judiciário influenciou as decisões de natureza políticas no período delimitado na introdução, a saber, 2000 a 2004.

Uma questão que merece ser destacada e respeitante aos casos concretos trazidos ao presente capítulo é a de que não se pretende discutir o acerto da decisão do ponto de vista da Dogmática Jurídica, apesar de mencionados alguns erros procedimentais, mas sim demonstrar a predisposição dos membros do Poder Judiciário de interferir em temas afeitos exclusivamente ao Poder Executivo, com origem na provocação dos agentes ou atores selecionados, jamais exercendo a auto-contenção de sua atividade.

5.1 Partidos e parlamentares de oposição

Os partidos de oposição têm significativa parcela de responsabilidade na expansão do Poder judicial no âmbito municipal, na medida em que protagonizaram diversas ações judiciais contra legislações aprovadas pela maioria dos parlamentos, notadamente nas áreas tributária e econômica. No período compreendido entre 2000 e 2004, o Município de Fortaleza foi governado por Juraci Vieira de Magalhães, do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), que exerceu o cargo de prefeito pela terceira vez – os mandatos anteriores foram exercidos entre os anos 1991/1992 e 1997/2000. Do ponto de vista político, teve como principais partidos de oposição o Partido dos Trabalhadores (PT), o Partido Democrático Trabalhista (PDT) e o Partido Comunista do Brasil (PC do B).

Com auxílio da imprensa, vereadores integrantes do denominado centro-esquerda, utilizaram-se com frequência das ações populares e ações diretas de inconstitucionalidade insurgindo-se contra leis que trataram de criar, majorar ou modificar tributos.

É paradigmática a tentativa das últimas administrações municipais de Fortaleza em tornar oneroso o serviço de coleta de lixo domiciliar, e, nesse particular, não está em pauta o mérito das ações propostas; não se discute se as leis eram ou não inconstitucionais. A abordagem diz respeito, tão-somente, à utilização desse mecanismo (ação judicial) por minorias parlamentares derrotadas no voto em plenário. As ações, em regra, eram precedidas de farta cobertura jornalísticas com viés claramente político, não precisando dizer que medidas judiciais suspensivas de exações tributárias granjeiam farta simpatia da população e dos meios de comunicação em geral.

Essa constatação, a de que os partidos e parlamentares utilizaram a via judicial com objetivos políticos, enseja reflexões e celeumas nacionais. O episódio das CPI's dos Correios, onde todo informante ou testemunha depunha munido de *Habeas corpus* preventivo, malgrado o acerto da maioria das decisões concedidas pelo STF, produzem indignadas críticas dos deputados e senadores da República. Os mesmos parlamentares que tanto utilizaram a via judicial hoje vociferam por verem suas atribuições tolhidas por ordens judiciais.

Em levantamento apresentado pelo STF, os partidos políticos foram responsáveis por 668 (seiscentos e sessenta e oito) ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas desde 1988, o que representa 19,77% das ADI's apresentadas. Indica esse número uma ativa participação, levando-se em conta o fato de que a Constituição Federal faculta legitimidade a 10 pessoas jurídicas e entidades (art. 103, CF/88).

Fica evidenciado, portanto, o fato de que os atores políticos – vereadores, deputados e partidos políticos – vêm contribuindo de forma ativa na Judicialização da Política ao deliberadamente lançar mão da via judicial para discutir a constitucionalidade dos projetos de lei aprovados pela maioria dos parlamentos.

No período compreendido entre 2000 e 2004 os partidos políticos ou parlamentares de oposição interpuseram diversas ações populares, ações civis públicas e até mesmo ações ordinárias contra atos do Poder Público. A título de exemplo enumeramos algumas delas.

- Ação Popular de Francisco Lopes da Silva (Vereador Chico Lopes), na 4ª Vara da Fazenda Pública (Processo n.º 2003.02.62769-3): contra a implantação da concessão do sistema de limpeza urbana.
- Ação Ordinária com pedido de tutela proposta pelo PDT, na 6ª Vara da Fazenda Pública, (Processo n.º 2003.02.35934-6): contra a implantação da concessão do sistema de limpeza urbana.
- Ação Popular dos vereadores Luis Carlos Andrade Moraes (Lula Moraes), Francisco Pinheiro, José Maria Pontes, Durval Ferraz; Rogério Pinheiro, José Airton Cirilo, Paulo Mindelo, Paulo César Feitosa, Iraguassu Teixeira, Luis Arruda, Elpídio Nogueira, Martins Nogueira, Armando Barroso de Farias, na 4ª Vara da Fazenda Pública (Processo n.º 2003.02.40390-6): contra a implantação da concessão do sistema de limpeza urbana.
- Ação Popular do vereador Heitor Correia Férrer, na 1ª Vara da Fazenda Pública (Processo n.º 2004.02.71482-2: contra a licitação para contratação dos serviços de coleta do lixo indivisível (varrição, poda, entulho – não

compreendidos na concessão)

- Ação Popular do vereador José Maria Pontes, na 6ª Vara da Fazenda Pública (Processo n.º 2003.02.63572-5): contra a implantação do Cartão Saúde.
- Ação Popular dos vereadores Inácio Arruda, Francisco Lopes, Lula Morais e Heitor Ferrer, na 5ª Vara da Fazenda Pública (Processo n.º 2000.0120.8719-0): contra a implantação do pedágio da Ponte sobre o rio Ceará.
- Ação Direta de Inconstitucionalidade movida pelo Partido dos Trabalhadores (PT), Partido Socialista Brasileiro (PSB), Partido Democrático Trabalhista (PDT), e Partido Comunista do Brasil (PC do B): contra a criação de órgão de regulação dos serviços concedidos de limpeza urbana; criação de um fundo municipal de limpeza urbana e contra a concessão do serviço remunerado por tarifa.

Para os fins do presente título, será analisada a ADIN n.º 2002.0001.0070-3/0, movida pelo PT, PSB, PDT e PC do B, mencionada por último no parágrafo anterior. Com efeito, os partidos autores se insurgem na ação de constitucionalidade contra os seguintes pontos, como se extrai da decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará: a) criação da Agência Reguladora de Limpeza (ARLIMP); b) criação do Fundo Municipal de Limpeza Urbana; e c) política de concessão do serviço de limpeza urbana por meio de tarifa, tudo isso objeto das disposições da Lei Municipal n.º 8.621/02.

As impugnações postas duas primeiras alíneas acima destacadas – criação da agência e criação do fundo –, não foram providas pela relatoria da ADIN, que reconheceram sua constitucionalidade. Dessa forma, a presente análise vai se deter com profundidade no último item, ou seja, a possibilidade de utilizar-se da concessão para contratação de serviço de limpeza urbana, a ser remunerado por tarifa.

Não se pode, entretanto, deixar de destacar o que quatro dos principais partidos com assento nos parlamentos brasileiros pretenderam com a ação movida, que foi expurgar do ordenamento jurídico municipal não só uma tarifa que se julgava injusta ou exacerbadamente elevada, mas sim todo um sistema de limpeza urbana planejado com base em um modelo que previa a remuneração do serviço por tarifa. Cuida-se de movimento político que demonstra a intenção de interferir diretamente nas diretrizes da Administração Pública e propicia a Judicialização da Política, sem mencionar que provimento dessa natureza instalaria situação caótica em uma cidade com aproximadamente, na época, dois milhões de habitantes.

A ADIN dos partidos políticos foi acatada parcialmente para declarar a inconstitucionalidade da remuneração do permissionário por meio de tarifa, onde se lê o fundamento:

Enfim, é decorrência lógica do próprio Estado Democrático de Direito a supremacia do interesse público sobre o particular. Logo, estou convencida de que o serviço de limpeza urbana tem natureza compulsória não podendo ser deferido ao particular a possibilidade de, por meios próprios, outorgar ao seu lixo residencial o destino que entender menos oneroso ou mais conveniente, porquanto certamente muitos não utilizariam os métodos mais adequados, o que afetaria direta e indiretamente todos os demais cidadãos.

Ademais, para a verificação da compulsoriedade do serviço de limpeza urbana, deve-se recorrer às lições há muito emanadas do Supremo Tribunal Federal, o qual por reiteradas vezes já proclamou, *mutatis mutandi*, a inconstitucionalidade da cobrança de tarifa, ao declarar a legitimidade da exigência de coleta do lixo, dada a divisibilidade e especificidade do serviço prestado [...].²⁶

Não é prioridade no presente trabalho a discussão de aspectos tributários da tese que se ocupa com a cobrança de tarifa ou taxa nos serviços urbanos, mas é importante destacar o fato de que em passado imediatamente anterior ao do julgamento cujo fundamento se transcreveu, o mesmo Tribunal declarou a inconstitucionalidade da cobrança de taxa de coleta de lixo domiciliar, quando o STF ainda não havia decidido sobre a matéria.

Como se verifica, a cobrança de taxas, tarifas e impostos municipais em geral fica sempre condicionada ao julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade, possibilidade prevista na Constituição, é bem verdade, mas que atinge diretamente a arrecadação tributária e o planejamento dos gestores em geral e no longo dos

²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Processo n.º 2002.0001.0070-3/0**, folha 236.

últimos vinte anos e sistematicamente utilizada por partidos políticos, com grande frequência.

5.2 Ministério Público estadual e federal

O professor Rogério Bastos Arantes, já mencionado em capítulo anterior, apresenta estudo sobre o *Ministério Público e Política no Brasil*²⁷ onde analisa a reconstrução institucional do Ministério Público, com o advento do Código de Processo Civil (1973), consolidada com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Dessa perspectiva na instituição, pretende o autor apontar o papel da instituição na Judicialização da Política, enfocando, principalmente, o ativismo de membros do Ministério Público.

O autor aponta de forma incisa para um voluntarismo dos membros do Ministério Público, orientados ideologicamente em busca da auto-afirmação do papel político da instituição, mas com base em premissa no mínimo discutível ou simplista: a da hipossuficiência da sociedade brasileira:

De todos os elementos que compõem o voluntarismo político do Ministério Público, a caracterização da sociedade brasileira como hipossuficiente – ou incapaz de defender-se a si mesma – é sem dúvida o mais importante.²⁸

O resultado obtido, e de resto apresentado em capítulo anterior, aponta que

84% dos entrevistados (membros do Ministério Público) concordaram total ou parcialmente com a afirmação de que a sociedade brasileira é hipossuficiente, isto é, incapaz de defender autonomamente os seus interesses e direitos, e que, por isso as instituições da Justiça devem atuar afirmativamente para protegê-la.²⁹

O estudo *Sentidos da Judicialização da Política: duas análises*³⁰ aborda e coteja os dois modelos apresentados sobre o fenômeno no Brasil moderno e aponta para visões marcadamente diferentes entre os autores. Para Werneck Vianna:

O modelo da Constituição é o democrático-comunitário, no qual o judiciário tem o papel de formular, segundo determinados procedimentos de que participa a comunidade de intérpretes, os valores compartilhados, bem como o de servir de canal de expressão para grupos que demandem a

²⁷ ARANTES. Rogério Bastos op.cit. 2002.

²⁸ ARANTES. Rogério Bastos, op.cit. p. 127.

²⁹ ARANTES. Rogério Bastos, op.cit. p 128.

³⁰ MACIEL, Débora Alves; KORNER, Andrei. op. cit. 2002.

promoção dos objetivos comuns expressos pelos direitos fundamentais.³¹

Arantes, por sua vez, tem uma visão que privilegia a separação de poderes, “[...] cujo equilíbrio mantém o predomínio das instâncias eleitorais-majoritárias de representação”³², o que limita o campo de atuação do Poder Judiciário ante as decisões políticas dos Poderes Executivo e Legislativo.

O Ministério Público (Estadual e Federal) atuou no Município de Fortaleza de forma efetiva, e sempre com ampla repercussão jornalística em campos como saúde, educação, tributos e obras públicas, ajuizando ações civis públicas de grande impacto e expectativa na sociedade. Com efeito, os membros do Ministério Público que atuaram em ações contra o Município de Fortaleza devem incluir-se na maioria que vê na população a hipossuficiência para lutarem por seus direitos.

Não se nega ao MP, nesse particular, o cumprimento das funções previstas na Lei Complementar n.º 75/93, art. 5º, I, de “defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis”. O tema que aqui interessa é que pretendeu o Ministério Público influenciar nas políticas públicas do Município de Fortaleza sob o argumento de que exercia apenas a função institucional a si atribuída.

No período compreendido entre 2000 e 2004, merecem destaque duas ações movidas pelo Ministério Público, sendo uma o Ministério Público Estadual (na área de saúde) e a outra o Ministério Público Federal (na área de direitos dos cidadãos), que serão analisadas individualmente em seguida.

A ação movida pelo Ministério Público Estadual diz respeito à carência de leitos de unidades de terapia intensiva (UTI's) no Município de Fortaleza. O processo, tombado sob o n.º 2001.02.47261-0, tramita até os dias de hoje na 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual, ainda pendente de julgamento em primeira instância.

A petição inicial do Ministério Público historia o fato de que por intermédio de relatório elaborado pela Câmara Técnica de Terapia Intensiva do Conselho

³¹ MACIEL. Débora Alves e KORNER. Andrei. op.cit. 2002.

³² Id. ibid. p. 115.

Regional de Medicina do Estado do Ceará e por Comissão Especial da Câmara Municipal de Fortaleza constatou-se a gravidade da situação do sistema municipal de saúde. O Município de Fortaleza, prossegue peça inicial é responsável por nove hospitais: Instituto Dr. José Frota (IJF), os “Frotinhas” (Parangaba, Messejana e Antônio Bezerra), os “Gonzaguinhas” (Messejana, José Walter e Barra do Ceará), o Hospital Nossa Senhora da Conceição e o Centro de Atenção à Criança (CROA), especializado em Pediatria Clínica. Acresça-se a essas unidades terciárias a rede de postos de saúde (aproximadamente cem postos) e as equipes de Saúde da Família.

A análise técnica que embasa a ação do Ministério Público se concentra na crescente taxa de mortalidade da unidade hospitalar denominada “Frotinha da Parangaba”. Ali entre novembro de 2000 e junho de 2001 foram registrados 191 óbitos nas unidades de tratamento de urgência (UTU’s), que seriam enfermarias localizadas no setor de emergência dos hospitais, onde pacientes graves recebiam atendimento de urgência enquanto aguardavam leito vago nas UTI’s. As vagas de leitos, de acordo com o Ministério Público – atendendo recomendação da Organização Mundial de Saúde (OMS) – devem obedecer a uma proporção de dois a quatro leitos por 1.000 habitantes e o número de leitos em UTI’s deverá ser de cinco a dez por cento dos leitos hospitalares.

No mesmo sentido, é a resolução do Conselho Regional de Medicina do Estado do Ceará (CREMEC) que aponta que cinco a dez por centos dos leitos de hospitais com capacidade superior a cinquenta leitos devem funcionar como leitos de UTI. No caso específico do “Frotinha” da Parangaba, conclui a parte fática da petição inicial, não existem leitos de UTI, mas tão-somente as UTU’s.

O pedido de concessão de liminar do Ministério Público foi o seguinte:

- a) concessão de medida liminar, *inaudita altera pars*, determinando ao Promovido, a imediata ampliação do número de vagas de UTI’s (de cinco a dez por cento) nos hospitais da rede municipal, com capacidade acima de 50 leitos, conforme exigência da Resolução CREMEC n.º 012/97, de 04 de agosto de 1997, dotando as mesmas de material e pessoal necessários ao bom funcionamento;
- b) seja assinalado, prazo razoável, segundo arbítrio de Vossa Excelência, para melhoria dos Postos de Saúde, situados na zona periférica e central da Capital, conferindo aos mesmos melhor resolutividade, com relação ao encaminhamento e internação de pacientes graves, inclusive na rede privada, na hipótese de lotação total da rede pública, às expensas do gestor competente;
- c) implantação da Central de Atendimento de Curto Prazo, para evitar a

peregrinação de ambulâncias e pacientes, em busca de vagas, nas diversas emergências da Cidade.³³

A decisão liminar foi concedida dias depois e, em resumo, após historiar a petição inicial, reconhecer a legitimidade do Ministério Público, o juiz aduz a seguinte lógica:

É imperiosa a maior oferta de leitos na UTI's (*sic*) de Fortaleza. Até em observância à Organização Mundial de Saúde, para quem (*sic*) uma cidade deve ter de 2 a 4 leitos hospitalares por mil habitantes. Posto (*sic*) que a região metropolitana de Fortaleza compreende um universo de 4 milhões de pessoas, necessários seriam, no mínimo 8 mil leitos no município, sendo 10% destes, ou seja, 800 para UTI's. Essa constatação feita por *experts* da área.³⁴

A decisão reconhece a presença dos requisitos autorizadores – apesar de ignorar o art. 2º, da Lei n.º 8.437/92, que determina a ouvida prévia do Poder Público no prazo de setenta e duas horas –, e concede uma tutela liminar deferindo os pleitos postos nos itens “a”, “b” e “c” da petição inicial, ou seja, o item “a” prevê a imediata construção de UTI's, não ficando claro se nos moldes do requerido pelo Ministério Público ou do preconizado pela Organização Mundial da Saúde, haja vista que, nas razões de decidir, o magistrado menciona a carência de 800 (oitocentos) leitos de UTI's, apesar de tomar como parâmetro a região metropolitana, composta por treze municípios, cada um com suas responsabilidades e sistemas municipais de saúde próprios.

A decisão atende o item “b”, mas confere um prazo de noventa dias, sob pena de multa diária a ser revertida à Santa Casa de Misericórdia, Lar Torres de Melo e a outras entidades filantrópicas, apesar da previsão expressa no art. 13, da Lei n.º 7.347/85 de atribuir a um fundo o gerenciamento desses recursos. E por fim, atende o item “c”, que prevê a criação de uma central de regulação de leitos, determinação reconhecida pelo Poder Público e implantada em maio de 2003.

A decisão liminar de que se cuida é exemplo de Judicialização da Política, ou seja, pretende modificar uma situação de crise por meio de uma decisão judicial, como num passe de mágica. Apesar de o próprio Ministério Público reconhecer na petição inicial que o Município de Fortaleza é responsável por nove hospitais,

³³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Processo nº 2001.02.47261-0**, em curso perante a 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual, folha 08.

³⁴ Id. *ibid.* folha 91.

quando seus esforços deveriam se voltar à atenção básica, os postos de saúde, a decisão ignorando as regras de aquisição de bens e serviços, lei orçamentária, plano plurianual e as impossibilidades burocráticas de construir imediatamente leitos de UTI's em quantidade desarrazoada se tomados os parâmetros mencionados pelo magistrado na sua decisão liminar.

Não resta dúvida alguma de que o sistema municipal de saúde – de resto como o das grandes cidades do Brasil – opera em crise ou próximo ao caos; não há como negar ao Ministério Público o papel de fiscalizar e exigir a observância e o cumprimento de normas e procedimentos que balizam as ações de saúde; é indiscutível que os gestores têm que gerenciar de modo mais profissional os recursos em área tão vital quanto a saúde, mas não é razoável exigir do Poder Público a ampliação imediata dos leitos de UTI's e a melhoria dos aproximadamente 100 postos de saúde no prazo de noventa dias.

Decisões que atendem pedidos dessa natureza, como implantação de leitos de UTI's, construção de escolas, creches, estradas e outros equipamentos públicos, têm que necessariamente contrapor o princípio da proporcionalidade com a reserva do possível, nas palavras do professor Nagib de Melo Jorge Neto:

Há um juízo de possibilidade e um juízo de proporcionalidade. Aqui fazemos um paralelo com a proporcionalidade que deve guiar o julgador na harmonização de princípios constitucionais em conflito. Propomos que o juízo de proporcionalidade deverá guiar o controle das políticas públicas; assim, além de materialmente possível, a intervenção judicial sobre as políticas públicas haverá de ser adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.³⁵

Ademais, a ação proposta, que foi em 2001, até a presente data, não possui julgamento definitivo. Nesse período, é importante destacar, foram interpostas diversas ações cautelares incidentais à ação principal, com o objetivo de obrigar o Município de Fortaleza a custear internações de pacientes na rede particular, ainda que se tratasse de pacientes internados em hospital da rede estadual de saúde, como é o caso que se transcreve:

[...] estão internados na Unidade de Terapia de Urgência – UTU do Hospital Geral de Fortaleza, os pacientes TJMR, de 63 anos encontrando-se em estado de neoplasia de mama; b) EJSM, 71 anos, evoluindo com

³⁵ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Salvador: Podivm, 2008, p. 149.

respiração mecânica, com acidente vascular cerebral isquêmico e infecção respiratória grave; c) PAL, 70 anos, encontrando-se comatoso na sala de parada do HGF, necessitando de suporte ventilatório mecânico e cuidados na UTI e d) JEP, 72 anos, diabético e septicêmico com pé diabético, encontrando-se com ventilação mecânica e monitorização cardíaca, necessitando de tratamento em UTI.³⁶

Como se verifica, os pacientes internados apresentavam quadro grave e estavam internados em hospital da rede estadual de saúde – Hospital Geral de Fortaleza - ente da Federação que também tem competência concorrente com os municípios (art. 23, II da Constituição Federal), mas o pedido do Ministério Público é no sentido de determinar ao Município o custeamento de despesas, como se verifica da decisão:

Assim, concedo a liminar, para determinar que o Município de Fortaleza, na falta de leito nas UTI's públicas e prazo prescrito no laudo medido, interne aos requerentes T.J.M.R., E.J.S.M., P.A.L. e J.E.P. na UTI de um hospital particular, assinando junto ao referido nosocômio documento pelo qual se comprometa a arcar com a totalidade das despesas relativas à internação do paciente, observada a média dos preços praticados no mercado, até seu restabelecimento, ou até que sejam transferidos, mediante prévia comunicação a este órgão monocrático, para uma UTI da rede pública, até decisão ulterior deste juízo ou julgamento do mérito da questão.³⁷

A decisão, malgrado a responsabilidade concorrente das três esferas de governo, que não foi observada, afasta qualquer preocupação com previsão orçamentária ou disponibilidade de recursos públicos suficientes para o pagamento, limitando-se a atender ao pedido do Ministério Público que, indiscutivelmente, se fundamenta na regra constitucional de que é obrigação do Estado prover a saúde, mas olvida qualquer impossibilidade material para seu cumprimento.

A segunda ação, movida pelo Ministério Público Federal contra o Município de Fortaleza e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), se insurgiu contra a recuperação da faixa de praia no local denominado Praia de Iracema. As obras de construção de um aterro hidráulico com 100 metros de largura por 1.110 metros de comprimento e um espigão de 45 metros foram objeto de Ação Cautelar preparatória, tendo sido determinada a paralisação da obra. Essa decisão foi suspensa por ordem do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, o que permitiu o prosseguimento dos trabalhos até o ajuizamento de nova

³⁶ BRASIL. Justiça Estadual no Ceará. **Ação Cautelar Incidental ao Processo nº 2001.02.47261-0**, folha 15.

³⁷ Id. idib. folha 18.

ação cautelar contra o Município de Fortaleza, com o objetivo de paralisar a construção do calçadão e de uma galeria de drenagem para escoamento de águas pluviais decorrente da conclusão do aterro hidráulico da Praia de Iracema. Em sede de ação principal, o Ministério Público Federal ajuizou Ação Civil Pública com pedido de liminar no sentido de suspender e anular a Licença de Instalação n.º 089/2000 e determinar a reabertura do processo de licenciamento ambiental do projeto. Em resumo, houve Ação Cautelar preparatória, uma Ação Civil Pública principal e uma Ação Cautelar incidental.

Essa sucessão de ações judiciais contra obra projetada pelo Município de Fortaleza e autorizada pelo IBAMA permaneceu paralisada entre os anos 2003 e 2007, aguardando julgamento da Justiça Federal. Uma perícia realizada no local impediu a recuperação do calçadão daquele aterro hidráulico e a ação jamais foi julgada, uma vez que sua extinção em junho de 2007 se deu por conta da assinatura de um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) entre as partes envolvidas com a sucessiva homologação em juízo.

A análise da presente ação não questiona a legitimidade do Ministério Público ou de qualquer cidadão em discutir a legalidade de licenças ambientais, e se for o caso, solicitar a paralisação de obras públicas, por mais prementes e indispensáveis que elas sejam.

Cuida-se de demonstrar que questões dessa natureza – que permanecem suspensas por vários anos *sub judice*, além de causar na população uma sensação de que o Poder Público não conclui suas obras, deslocam a competência do Poder Executivo em disciplinar o uso e ocupação do solo para as mãos do Poder Judiciário, apesar das ressalvas feitas pelo Juízo que não usurpa função administrativa de um dos réus.

É que no período entre a realização da perícia judicial e a conclusão do processo, com a assinatura do Termo de Ajustamento de Conduta³⁸, diversos eventos culturais, artísticos e esportivos prescindiram de autorização do Juízo para realizar-se, uma vez que a área se encontrava em disputa judicial.³⁹

³⁸ Instrumento de composição previsto no art. 5º, § 6º, da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985.

³⁹ A título de exemplo, a decisão que se encontra às folhas 837/838 em que a empresa P.C. Comércio e Serviços Ltda. comparece aos autos solicitando autorização do juízo para realização

5.3 Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB/CE

A Ordem dos Advogados do Brasil é instituição de indiscutível importância no cenário republicano brasileiro, agente fiscalizador da Administração Pública e implacável crítico das medidas que atentem contra o Estado Democrático de Direito.

O Conselho Seccional atuou em ações de grande visibilidade contra o Poder Público Municipal, notadamente em leis que criaram ou majoraram alíquotas ou bases de cálculos de tributos. A composição eclética desses colegiados, com membros de todas as correntes políticas e ideológicas e a subdivisão em comissões temáticas permitiu, pode se antecipar, a utilização política das funções institucionais da OAB em ações judiciais ou não contra as políticas públicas municipais naquele quadriênio.

Em alguns momentos, o Conselho Estadual atuou concomitantemente com o Ministério Público ou partidos de oposição, ao ajuizarem demandas semelhantes contra a mesma lei municipal de natureza tributária, como é o caso da discussão acerca do Imposto Predial Territorial Urbano de 2003.

Na área tributária, a interferência do Poder Judiciário, declarando a inconstitucionalidade, suspendendo ou mesmo modificando a forma de cobrança de impostos e taxas, é fenômeno de fácil verificação, até mesmo na jurisprudência do

da “Copa Troller”, em 17 de julho de 2004. Eis o trecho da decisão: “Entende este Juízo Federal que, de sua parte, não há qualquer obstáculo à realização do mencionado evento desportivo. Vale ressaltar que até mesmo outros eventos de igual ou maior porte vêm sendo realizado na mesma área sem que sequer seus organizadores se dignem de formular pedido de autorização judicial. Na verdade, é de competência do Município de Fortaleza e da Gerência do Patrimônio da União no Estado do Ceará a tomada de decisões técnicas e políticas adequadas para disciplinar, de modo permanente, a utilização da área do aterro hidráulico da Praia de Iracema, mesmo antes do julgamento do mérito desta Ação Civil Pública. O que este juízo tem percebido, “*concessa venia*”, é a constatação da mais absoluta omissão e inércia das autoridades municipais e federais competentes em exercer suas atribuições legais e constitucionais. Neste sentido, não cabe responsabilizar o Ministério Público Federal nem tampouco a Justiça Federal por qualquer percalço surgido com o ajuizamento da Ação Civil Pública em busca de evitar ou de reparar eventuais danos ao meio ambiente natural em decorrência daquela obra pública. Este Juízo Federal havia proferido decisão de natureza antecipatória, depois cassada pelo Eg. Tribunal Regional Federal da 5ª Região, determinando a suspensão da execução da referida obra, por entender terem sido violadas certas normas legais e regulamentares da legislação ambiental. Nestas condições, cabe às autoridades municipais e federais competentes acompanhar e fiscalizar, nos limites de suas competências institucionais, os eventos desportivos, culturais ou de entretenimento realizados na área do aterro hidráulico da Praia de Iracema, cabendo a este Juízo Federal autorizá-los em cada caso. Fica concedida, portanto, a autorização requerida pela empresa P.C. Comércio Ltda. (Trilha Fort)” (grifos inovados).

STF.

O caso do Imposto Predial Territorial Urbano a ser cobrado em 2004, é sintomático. Naquele ano, duas ações diretas de inconstitucionalidade foram apreciadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará: uma movida pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e outra pelo Conselho Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil – Secção Ceará. Aquela não logrou êxito por razões de mérito e a segunda será objeto de análise no presente tópico.

Em síntese, o objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade tombada sob o n.º 2004.0002.3211-8/0 foi a modificação do modo de incidir das alíquotas do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) por faixas dos valores dos imóveis. Assim, a decisão judicial modificou a forma do cálculo, permitindo fazê-lo com alíquotas diferenciadas em um mesmo imóvel, de acordo com as faixas de valores dos imóveis, como se verifica do trecho da decisão por maioria dos membros do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará:

Primeiramente – e principalmente –, a hermenêutica oficial (a patrocinada pelo Município, a dizer) não pode ser considerada escoreita por fazer incidir um sem-número de situações de fato virtualmente idênticas em molduras normativas que consubstanciam tratamentos jurídicos incrivelmente diferentes. Falamos daquelas hipóteses em que os valores dos bens imóveis estão em zonas limítrofes, verificadas entre graus menores e maiores de tributação (de imóveis, por exemplo, valendo R\$ 50.000,00 e R\$ 50.000,01 ou R\$ 180.000,00 e R\$ 180.000,01), as insignificantes diferenças valorativas de um centavo de Real são aptas a lançar os bens tributados – todo o valor dos mesmos – noutras valas fiscais, redundando na cobrança de exações magistralmente díspares de pessoas que se encontram a perfazer o mesmo suporte fático.⁴⁰

Esse foi o fundamento judicial para concluir pela violência ao Princípio da Isonomia, que determina tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida precisa de suas desigualdades. A forma de incidência das alíquotas – sugerida pela OAB/CE e de resto acatada pelo relator designado –, foi modificada para incidir até o limite de cada faixa, ou seja:

[...] à cada uma das específicas faixas deve ser atribuída a alíquota que lhe é especialmente correspondente (evitando-se a incidência da alíquota referente ao maior valor a todas as bandas tributárias, necessariamente compreendidas na alíquota maior).⁴¹

⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2004.0002.3211-8/0**, Diário da Justiça n.º 185, 30 de setembro de 2004.

⁴¹ BRASIL. Tribunal de Justiça. op. cit. 30 de setembro de 2004.

Nos limites do presente trabalho deixam de ser discutidos aspectos tributários do mérito da decisão, como diferenças entre impostos reais (IPTU) e pessoais, Imposto de Renda (IR), ou temas como base imponible ou princípio da legalidade fiscal, mas sim verificar a presença da Judicialização da Política, ao se analisar uma decisão judicial em sede liminar, cujos efeitos já perduram há quatro anos, que diz como uma lei municipal deve fazer incidir as alíquotas de um imposto.

A decisão levada a efeito pelo Tribunal de Justiça criou direito e modificou uma expectativa posta no orçamento e no plano plurianual, balizas que norteiam o dia-a-dia de qualquer administrador público. Eis o trecho final:

Pelo exposto, considerando presentes assim o *fumus boni juris* como o *periculum in mora*, somos pela concessão da medida cautelar exordialmente solicitada, para que seja necessariamente imposta ao amalgama normativo municipal que trata do Imposto Predial e Territorial Urbano uma interpretação conforme a Constituição Estadual, garantindo a incidência das alíquotas do referido tributo somente sobre a parcela da base imponible contida estritamente dentro de cada faixa tributária, tal como indicado pelo do Conselho Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil; ressalva-se que, em tendo a decisão em Causa caráter simplesmente liminar, à mesma deverão ser atribuídos efeitos imediatos e não-retroativos (“*ex nunc*”).⁴²

Houve queda na previsão inicial do gestor que faz suas projeções de gastos de acordo com a arrecadação tributária, mas esse caso de modificação da forma de cálculo do IPTU tem importância não só por conta do conteúdo econômico, mas também porque demonstra que o Poder Judiciário, ao ensejar direito novo, invade área de competência dos Poderes Executivo e Legislativo de forma direta, pois até os dias atuais não declarou inconstitucional a forma de cobrança, expurgando-a do ordenamento, mas sim aproveitou as faixa de cobrança e as alíquotas praticadas e determinou uma nova sistemática do cálculo, agindo como legislador positivo.

Vale ressaltar, ainda, que a demora no julgamento de causas dessa natureza cria uma expectativa entre os contribuintes – todos acompanhando atentamente pela imprensa local –, que, aguardando o posicionamento da Justiça, deixam de pagar seu imposto. Essa quebra no fluxo de arrecadação ocasiona grande dificuldade no cumprimento das obrigações assumidas e previstas no orçamento anual.⁴³

⁴² Id. *ibid.* 30 de setembro de 2004.

⁴³ Em função do ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2004.0002.3211-8/0 e da decisão que modificou a forma de incidências das alíquotas do IPTU, foi editada a Lei Complementar n.º 21/2004, publicada no Diário Oficial do Município de Fortaleza, em 29 de

Por fim, merece ser destacado novamente o fato de que a demora em uma decisão definitiva – no caso ora analisado são quatro anos desde o ajuizamento da ação –, é fator prejudicial às partes envolvidas, como é óbvio, não só por conta da incerteza sobre a questão jurídica, mas também porque impede o questionamento nos tribunais superiores.

5.4 Grupos de interesse – sindicatos, associações

Em setembro de 2002 o Sindicato dos Permissionários Autônomos de Veículos em Transporte Público Alternativo de Passageiro e Região (SINDVANS) ajuizou ação ordinária ⁴⁴ contra o Município de Fortaleza e a Empresa de Trânsito e Transporte Urbano S.A. (ETTUSA), com o objetivo de suspender licitação pública em curso para escolha dos novos permissionários do serviço público alternativo, as denominadas “topics” ou “vans”, para os cinco anos subseqüentes. Não concordando com a nova concorrência pública, haja vista previsão de prazo diverso para as concorrências do transporte por ônibus, o Sindicato inicia batalha judicial contra o Poder Público.

O Sindicato alegou em sua causa de pedir que os “topiqueiros”: i) integram de modo complementar o sistema de transporte coletivo, fato que os equipara aos serviços convencionais prestados pelas empresas de ônibus; ii) que os contratos de adesão que haviam assinado determinavam a observância de várias normas federais, municipais e as disposições do edital de concorrência; iii) que a Lei Orgânica do Município de Fortaleza assegura prazo de vigência dos termos de permissão de pelo menos dez anos.

A Empresa Pública e o Município de Fortaleza contestaram a ação, alegando, em síntese, que: i) cabe ao Poder Público disciplinar o sistema de transporte público que deve ser prestado diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão; ii) o prazo de vigência dos termos de permissão obedeceram à legislação vigente e a edital, sem qualquer contestação quando de suas assinaturas por parte

dezembro de 2004, onde se instituíram redutores sobre o valor do lançamento do imposto a fim de adequar-se aos termos postos na decisão do TJ-CE. Essa modificação representa mais o pragmatismo de tentar remediar uma situação e diminuir a queda na arrecadação do principal tributo municipal do que propriamente uma aceitação na juridicidade da intervenção do Poder Judiciário na criação de nova forma de incidência do tributo.

⁴⁴ CEARÁ. Poder Judiciário. Tribunal de Justiça. **Processo nº 2000.0122.7700-3/0**, em curso perante a 4ª Vara da Fazenda Pública Estadual.

dos permissionários; iii) as disposições da Lei Orgânica não se aplicam aos permissionários de “vans” uma vez que as permissões de transporte público alternativo não possuem caráter contratual, conforme previsto na legislação federal aplicável; e iv) a permissão de serviços, por ser matéria exclusivamente administrativa, não pode ter seu disciplinamento substituído por decisão judicial.

A decisão liminar – lançada sem a ouvida do Poder Público – concedeu a antecipação dos efeitos da tutela pretendida sob o seguinte argumento:

A mim me parece, ainda que em análise perfunctória da matéria, que a fixação do prazo de vigência dos contratos de adesão visando a outorga de permissão para a execução do serviço alternativo de transporte de forma diversa com redução de 50% dos que são firmados (*sic*) com as empresas que operam o chamado sistema regular, além de discriminatória, fere não só o princípio da legalidade que equipara ambos os serviços (art. 1º, da Lei Municipal n.º 8.060/97), mas o próprio princípio da razoabilidade na medida em que, exige a renovação da frota a cada três anos, em fixando o prazo de validade do termo de permissão em apenas cinco anos, impede o acesso ao crédito oficial que exige um prazo de 10 anos.⁴⁵

E deferiu o pedido nos seguintes termos:

DEFIRO o pedido de antecipação parcial de tutela formulado pelo SINDIVANS no sentido de determinar ao Município de Fortaleza e à ETTUSA que, em condições *sub judice*, **altere o prazo de validade dos contratos de adesão para a outorga do Termo de Permissão pactuados com os permitentes do Serviço de Transporte Alternativo de Transporte Coletivo Municipal, firmados em 1998, de cinco para dez anos** [...].⁴⁶

A decisão do juiz alterou o prazo de validade de contratos de adesão firmados em 1998, às vésperas do termo final do prazo de cinco anos, como previa o edital de concorrência pública do qual participaram os permissionários. A decisão demonstra a invasão de competência do Poder Executivo por parte do Poder Judiciário, que substitui a vontade do administrador público em matéria de natureza técnica, que regula um sistema de transporte complexo em constante crise. O que é mais grave, a regulação da matéria se dá por meio de medida liminar – sem a ouvida do Poder Público –, e até julho de 2008, ou seja, seis anos depois o mérito da questão não foi julgado. Os termos de permissão outorgados em 1998, no caso trazido como exemplo, valeram pelo prazo de dez anos, ou mais, considerando-se que até o presente momento não houve julgamento sequer no primeiro grau de

⁴⁵ Processo n° 2000.0122.7700-3/0, em curso perante a 4ª Vara da Fazenda Pública Estadual, folha 77.

⁴⁶ Id. *ibid.* folha 78.

jurisdição, repita-se.

A regulação de um serviço público prestado em regime de permissão não pode ser substituída por uma tutela, notadamente liminar, que perdura há seis anos. O Poder permitente, em circunstâncias como a mencionada, perde legitimidade e poder de coerção sobre aqueles permissionários que obtêm a prorrogação das permissões que há muito deveriam ter vencido, sempre por intermédio da via judicial. É importante mencionar que o relacionamento do Sindicato com o Poder Público no período compreendido entre os anos 2000 e 2004 foi pontuado por diversas ações judiciais movidas contra o Município de Fortaleza ou a Empresa Pública de Transporte (ETTUSA), havendo inclusive decisões⁴⁷ que determinam a vistoria dos veículos dos associados independentemente do ano de fabricação, não obstante as exigências legais de renovação periódica da frota que atende aos usuários do sistema de transporte alternativo.

Os grupos de interesse ou entidades de classe ajuizaram 21,2% das ações diretas de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, como mencionado em tópico anterior. No âmbito local, a atuação de sindicatos e associações, como se verifica do resumo da disputa judicial entre Poder Público e um sindicato de veículos alternativos é representativa e influencia na expansão do Poder judicial, não só quando invade esfera de competência de outro poder, mas também quando não presta a tutela jurisdicional em tempo razoável, a fim de permitir aos jurisdicionados (Município de Fortaleza e SINDIVAN'S), se for o caso, se adequarem ao posicionamento jurídico do Poder Judiciário.

Como se verifica, não só perante o Supremo Tribunal Federal, mas também no âmbito local, os grupos de interesse como sindicatos e associações são agentes responsáveis pela Judicialização da Política.

⁴⁷ CEARÁ. Poder Judiciário. Tribunal de Justiça. **Processo nº 2001.02.26089-3**, em curso perante a 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual, folha 105.

CONCLUSÃO

1. Este trabalho faz uma indagação no capítulo introdutório: Há legitimidade democrática para os membros do Poder Judiciário decidir em temas de competência do Poder Executivo?;
2. Para responder ao questionamento, no primeiro capítulo analisou-se o tema da separação dos poderes e a implicação com a Judicialização da Política, haja vista que a expansão do poder judicial implica necessariamente numa invasão das competências dos Poderes Executivo e Legislativo por parte do Poder Judiciário;
3. Foi demonstrado, ainda, que à teoria liberal, que pretende um Poder Judiciário neutro (a boca da lei), se contrapõe o Estado do Bem-Estar social com exigências da implementação de direitos sociais que exigem posição mais ativa do Poder Judiciário. As prestações positivas do Estado contribuíram, assim, para uma expansão dos poderes dos juízes;
4. A submissão da Política ao Direito é analisada, ainda no capítulo primeiro, e se conclui que o principal instrumento moderno de domesticação do poder é o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, decorrendo desse fato a importância do estudo do caso *Marbury x Madison*, que inaugura essa competência judicial com base em uma disputa aparentemente prosaica;
5. Tema de fundamental importância para a dissertação é apresentado no capítulo segundo que é o estudo das questões políticas desde a perspectiva dos tribunais brasileiros. Cuida-se de questão que novamente remete à decisão do *Chief of Justice John Marshall* no caso *Marbury x Madison*, de 1803, que reconhecia naquele momento a ilicitude do ingresso no campo da Política por parte da Suprema Corte dos Estados Unidos;

6. No Brasil o tema das questões políticas veio a julgamento pela primeira vez – mas não foi acatado pelos membros do Supremo Tribunal Federal –, em 1892, quando do julgamento do *Habeas corpus* nº 300, impetrado pelo advogado Rui Barbosa, jurista e advogado responsável pela elaboração da Doutrina das Questões Políticas no Supremo Tribunal Federal;
7. O reconhecimento de que as questões de direito individuais não poderiam ficar sujeitas a medidas de natureza política, no entanto, só ocorreu cinco anos depois, quando do julgamento do *Habeas corpus* n.º 1.073. É importante salientar que a consolidação da doutrina das questões políticas e a posição atual do STF são no sentido de alargar a sindicabilidade de qualquer ato que supostamente afronte a Constituição, principalmente quando da violação dos direitos e garantias constitucionais. Essa tendência é reforçada pelo atual estágio de fragilidade das instituições majoritárias, notadamente no âmbito local, onde a ausência de recursos e a má gestão indicam a incapacidade do Poder Público em atender a demanda social;
8. O terceiro capítulo trata da Judicialização da Política, fenômeno no âmbito do qual as decisões judiciais determinam ou influenciam a arena política, tradicionalmente a cargo dos Poderes Executivo ou Legislativo. Essa expansão do Poder judicial acontece conta da provocação de partes institucionalmente fortes ou ainda com amplo poder de articulação como o Ministério Público, partidos políticos, associações e sindicatos;
9. O crescente aumento do Poder judicial aconteceu em diversos países e foi identificado como uma das mais importantes tendências dos sistemas políticos a partir do final das décadas do século XX e início do século XXI. O capítulo aponta que uma das principais causas para o crescimento do poder dos juízes foi a manutenção dos Estados Unidos como superpotência, livre para irradiar a *judicial review* para sua zona de influência, cada vez mais alargada. Acresça-se a esse fato, a reação democrática e histórica aos regimes populistas e totalitários que fizeram eclodir a 2ª Guerra Mundial e instauraram nova ordem;
10. O capítulo terceiro aponta ainda as condições políticas que propiciam o surgimento da judicialização que são: a) democracia; b) separação de poderes;

c) política de direitos; d) a utilização dos tribunais por grupos de interesse; e) a utilização dos tribunais pela oposição; f) inefetividade das instituições majoritárias; g) percepção das instituições políticas; h) delegação de assuntos pelas instituições majoritárias;

11. O terceiro capítulo aponta ainda a tendência que se verifica, notadamente na França, da sacralização das decisões judiciais. Adotando a visão crítica de Antoine Garapon, é necessário cobrar dos membros do Poder Judiciário a responsabilidade por suas decisões perante a sociedade, evitando-se populismos judiciais que enveredem por decisões materialmente impossíveis de cumprimento;
12. O quarto capítulo aborda a Judicialização da Política reportando-se ao caso brasileiro, onde se aponta a produção de autores brasileiros que se ocuparam do tema. A conclusão sinaliza para a inexistência de uma radicalização da posição do Poder Judiciário em relação aos demais poderes constituídos, mas o modelo adotado pela Constituição de 1988, na qual uma comunidade de intérpretes tem legitimidade para promover o controle jurisdicional é causa relevante para a expansão do poder judicial no Brasil;
13. O capítulo quarto demonstra, ainda, que o Supremo Tribunal Federal está em vias de suprimir uma competência privativa do Senado Federal, art. 52, X, da Constituição Federal, incluída pelo Poder Constituinte originário, ou seja, suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. O julgamento da Reclamação nº 4.335-AC, ainda não concluído, representa o fim do controle difuso na Teoria Constitucional brasileira, ao tornar desnecessária a intervenção prevista na Constituição Federal;
14. Merece destaque a posição do Ministério Público como agente responsável por 21,9% das ações diretas de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal entre 1988 e 2008 e, assim, pela Judicialização da Política. Nesse particular, é feita a crítica ao voluntarismo de seus membros cujas visões messiânicas de suas atribuições e papéis ensejam demandas com grande repercussão nos meios de comunicação por deslocar a arena das escolhas

dramáticas para o Poder Judiciário;

15. As relações entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo são objeto de crítica no capítulo quarto, onde a Resolução n.º 22.610 do Tribunal Superior Eleitoral que engendra uma reforma política no sistema brasileiro, disciplinando a fidelidade partidária. Dessa decisão do Tribunal Superior Eleitoral, foram impetrados três mandados de segurança perante o Supremo Tribunal Federal, que confirmou o entendimento da resolução no sentido de determinar a perda do mandato. Nesse caso da fidelidade partidária, o Poder Judiciário invadiu competência exclusiva do Poder Legislativo e legislou, malgrado a necessidade premente que se realize uma reforma política no Brasil;
16. O capítulo quinto aborda a judicialização do ponto de vista local, da cidade, do município, especialmente, do Município de Fortaleza entre 2000 e 2004. Para tanto, analisou decisões judiciais tomadas contra o Poder Executivo municipal, adotando como critério os autores das demandas: i) partidos e parlamentares de oposição; ii) Ministério Público Estadual e Federal; iii) Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB/CE; e iv) sindicatos e associações;
17. A indagação feita nesse capítulo, saber se existe judicialização da esfera municipal, deve ser respondida afirmativamente, com arrimo nas decisões tomadas por juízes de primeiro grau de jurisdição ou até mesmo do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. A intervenção do Poder Judiciário em questões de natureza tributária, obras públicas e políticas sociais apontam para essa realidade, como se conclui da leitura de algumas dessas medidas liminares, sentenças e acórdãos;
18. Assim, obras de grande impacto na vida cotidiana da comunidade, como o aterro da Praia de Iracema, ficaram paralisadas por oito anos em virtude da inércia do Poder Judiciário, que vedou qualquer intervenção física na área, mas jamais tomou uma decisão definitiva, haja vista que a questão se encerrou por conta de Termo de Ajustamento de Conduta;
19. Em outros casos há decisões judiciais determinando que a cobrança de um tributo ocorra na forma requerida pelo autor da ação, ou seja, o texto da lei que criou o tributo não é inconstitucional, mas o cálculo do imposto deve ser

realizado de forma diversa na prevista na lei. Há ainda decisões que prescrevem a construção de leitos de UTI's sem previsão orçamentária ou disponibilidade de recursos e assinalam prazo para criação de estruturas administrativas;

20. As decisões, referidas só algumas delas, demonstram clara interferência do Poder Judiciário nas questões de natureza política de competência do Poder Executivo Municipal. A ingerência no plano local é ainda mais dramática e visível do que na esfera federal, perante o Supremo Tribunal Federal, uma vez que obras, tributos e serviços públicos municipais atingem de maneira mais concreta o dia-a-dia da população;
21. Constata-se que os magistrados que lidam diretamente com questões envolvendo o Poder Público não demonstram preocupação em invadir o campo de atuação dos administradores públicos, e se isso ocorre por conta da sensação/constatação da ineficiência dos governos, municipais notadamente, no trato com questões complexas. Acresça-se a esse fato a ampla cobertura dos meios de comunicação em questões como grandes obras públicas paralisadas ou ausência de leitos de UTI, tendo-se um quadro que propicia a interferência, um quadro tentador;
22. Ao questionamento posto no início do trabalho e repetido no item 01 deste capítulo - Há legitimidade democrática para os membros do Poder Judiciário decidir temas de competência do Poder Executivo? -, deve ser respondido não, uma vez que nas modernas democracias a Judicialização da Política compromete a separação de poderes e a própria democracia.

REFERÊNCIAS

LIVROS

ALBUQUERQUE, J.A Guilhaon. Montesquieu: sociedade e poder. In: WEFFORT, Francisco (org.). **Os clássicos da política**. 13. ed. São Paulo: Ática, 2002.

AMARAL, Gustavo. **Teoria dos direitos fundamentais**: interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. Rio de Janeiro: Renovar, 2006a.

_____. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: MELLO, Celso de Albuquerque *et al.* **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006b.

ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo: FAPESP/EDUC, 2002.

BARBOSA, Rui. O direito do Amazonas ao Acre setentrional. In: **Obras completas**. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura. Fundação Casa de Rui Barbosa, v. 37, tomo 5, 1983.

_____. O estado de sítio, sua natureza, seus efeitos, seus limites. In: **Obras completas**. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, Fundação Casa de Rui Barbosa, v. 19, tomo 3, 1993.

BERCOVICCI, Gilberto. **Soberania e constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**. 12. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicolas; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 4. ed. Brasília: Edunb. 1983.

CAPELLETTI, Mauro. **Juizes irresponsáveis?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Lisboa: Instituto Piaget, 1998a.

_____. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Lisboa, Instituto Piaget, 1998b.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Salvador: Podivm, 2008.

- KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LOCKE, John. **Dois tratados de governo**. Tradução de Alex Morins, São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- LOSURDO, Domenico. **Democracia ou bonapartismo**. Tradução de Luiz Sérgio Henrique. São Paulo: UNESP, 2004.
- MAUES, Antônio Gomes Moreira. **Instrumentos de democracia direta e divisão de poderes no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MICHELET, Jules. **História da Revolução Francesa**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- MORAIS FILHO, José Filomeno; SOUZA NETO, Cláudio Pereira; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. **Teoria da constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.
- PAMPLONA, Danielle Anne. **O processo de decisão de questões políticas pelo Supremo Tribunal Federal: a postura do juiz**. Tese. (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.
- QUEIROZ, Cristina M.M. **Os actos políticos no estado de direito**. Coimbra: Almedina, 1990.
- SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SHAPIRO, Martin. "The United States" In: VALLINDER, Torbjorn; TATE, Neal, **The global expansion of judicial power: the judicialization of politics**. New York and London: New York University Press, 1995.
- TAMER, Sérgio Victor. **Atos políticos e direitos sociais nas democracias**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.
- TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 2006.
- TEIXEIRA, José Elaeres Marques. **A doutrina das questões políticas no Superior Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.
- TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- TUSHNET, Mark. **Taking the constitution away from the courts**. New Jersey: Princeton University Press, 2000.
- VIANNA, Luiz Werneck, CARVALHO, Maria Alice. MELO, Manoel Palácios

Cunha, BURGOS, Marcelo Bauman. **Judicialização da Política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

LEIS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. **Lei n.º 7.347** - de 24 de julho de 1985. Disciplina a Ação Civil Pública de Responsabilidade por Danos Causados ao Meio Ambiente, ao Consumidor, a Bens e Direitos de Valor Artístico, Estético, Histórico, Turístico e Paisagístico (Vetado) e dá outras Providências. **DOU de 25/7/85**.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br>>. Acesso em: 23 jan. 2008.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Luther x Borden**, 7 How. 48. U.S. 1 (1849).

_____. Suprema Corte. **Marbury x Madison**, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Acórdão no Habeas Corpus n.º 1.073**, de 30 de março de 1898. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10 abr. 2008.

_____. Superior Tribunal Federal. **Acórdão no Habeas Corpus n.º 300**, de 30 de abril de 1892. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 5 abr. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n.º 20.257**. Rel. Min. Moreira Alves, j. 8-101980.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n.º 22.503-DF**. Rel. p/ Acórdão Min. Maurício Corrêa – j. 08.05.96.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta n.º 1.398**, do Partido da Frente Liberal (PFL).

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n.º 20.941-DF**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 13 maio 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n.º 1.880**, 23.05.2002. Relator Ministro Marco Aurélio.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução n.º 22.610/2007**. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br>>. Acesso em: 23 jan. 2008.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução n.º 22.733/2008**. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br>>. Acesso em: 23 jan. 2008.

BRASIL. Senado Federal. **O eleitor e a reforma política**, jul./2007. Secretaria de Pesquisa e Opinião Pública. DataSenado. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/senado/centralderelacionamento/sep/pdf/Relat%C3%B3rio%20Reforma%20Pol%C3%ADtica.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Processo n.º 2002.0001.0070-3/0**, folha 236.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Processo n.º 2001.02.47261-0**, em curso perante a 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual, folha 08.

_____. Justiça Estadual no Ceará. **Ação Cautelar Incidental ao Processo n.º 2001.02.47261-0**, folha 15.

_____. Tribunal de Justiça. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2004.0002.3211-8/0**, Diário da Justiça n.º 185, 30 de setembro de 2004.

CEARÁ. Poder Judiciário. Tribunal de Justiça. **Processo n.º 2000.0122.7700-3/0**, 4ª Vara da Fazenda Pública Estadual.

_____. Poder Judiciário. Tribunal de Justiça. **Processo n.º 2001.02.26089-3**, 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual.

REVISTAS

APPIO, Eduardo. A Judicialização da Política em Dworkin. **Revista Sequência**, n.º 47, p. 81-97, dez. 2003.

BERCOVICCI, Gilberto. Carls Schmitt, o estado total e o guardião da constituição. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 1, jan./jun. 2003.

CASTRO, Marcos Faro. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, n. 34, v.12, p.147-156 1997.

CHAER, Márcio. A suprema guinada. **Revista Análise Justiça**. Análise Editorial, Supremo Tribunal Federal, n. 02. 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. A questão política nas medidas provisórias: um estudo de caso. **Boletim dos Procuradores da República**. ano III, n. 36, p. 3-9, abril, 2001.

FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista da USP**, n.21, p. 21-31, mar./abr./maio, 1994.

GROHMANN, Luis Gustavo Mello. A separação de poderes em países presidencialistas: a América Latina em perspectiva comparada. **Revista de Sociologia e Política**, n. 17, p.75-106, nov. 2001.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A guarda da constituição em Hans Kelsen. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 1, jan./jun. 2003.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: duas análises. **Lua Nova**, São Paulo, n. 57, p. 113-133, 2002.

ARTIGO DE INTERNET

CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em busca da Judicialização da Política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Rev. Sociol. Polit.** [on line], n.23, p. 127-139, nov. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2006.

CARVALHO, Ernani; OLIVEIRA, Vanessa. A Judicialização da Política: um tema em aberto. In: **XXVI Encontro Anual da ANPOCS**, 2002. Disponível em: <<http://www.politicohoje.com/ojs/viewartiche.php?id=101>>. Acesso em: 15 mar. 2008.

MOREIRA, Luiz. **Sobre a reeleição**. Disponível em: <<http://www.gomesuchoua.adv.br/publicacoes/sobre%20a%20reelei%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2008.

MOUSTAFA, Tamir. Law *versus* the State: the judicialization of politics in Egypt. **Law and Social Inquiry**, 28:4, p.883-930, 2003. Disponível em: <<http://www.blackwell-synergy.com/doi/abs/10.1111/j.1747-4469.2003.tb00826.x?journalCode=lsi>>. Acesso em: 13 mar. 2008.

RODRIGUES, Itiberê Oliveira. Fundamentos dogmático-jurídicos do sistema de repartição das competências legislativa e administrativa na Constituição Federal de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 15, p. 1-34, jan./mar. 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/pdf/ITIPERE.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2008.

SANTOS, Letícia Pimenta Madeira. A regulamentação da fidelidade partidária à luz do ativismo judiciário. **Jus Navegandi**. Teresina, ano 12, n. 1748, 14 maio 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11156>>. Acesso em: 19 jun. 2008.

STRECK, Lenio Luiz; CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Mutações na corte: a nova perspectiva do STF sobre controle difuso. **Revista Consultor Jurídico**, 3 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/58199,1>> Acesso em: 21 fev. 2008.