

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

ERIBERTO FRANCISCO BEVILAQUA MARIN

FERNANDO LOBO LEMES

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.

Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.

José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul) Prof. Dr. Caio

Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

C755

Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara

Eriberto Francisco Bevilacqua Marin

Fernando Lobo Lemes – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-766-3

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

Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Universidade Federal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
<https://www.ufg.br/>

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição e Democracia I, durante o XXVIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado em Goiânia-GO, de 19 a 21 de junho de 2019, sob o tema geral: “Constitucionalismo crítico, políticas públicas e desenvolvimento inclusivo”, evento realizado em parceria com o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Goiás. Foram parceiros a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, a Escola Superior da Advocacia - OAB-GO, o Centro de Formação Jurídica da PGE-GO e a Universidade de Rio Verde (UniRV) e apoiadores o Centro Universitário de Goiás (UniAnhanguera), a Faculdade Sensu, a Faculdade Evangélica Raízes e o Centro Universitário de Anápolis (UniEvangélica).

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional, dos reflexos do constitucionalismo na atuação do Poder Judiciário e dos órgãos relacionados às funções essenciais à justiça e da discussão sobre a própria democracia.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares. Dessa forma, os 21 (vinte e um) artigos ora publicados, guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

No artigo intitulado “A DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA SOCIEDADE DE RISCO: UMA RELEITURA GARANTISTA DA CONSTITUIÇÃO A PARTIR DA NOVA HERMENÊUTICA”, as doutorandas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI-SC Mariana Faria Filard e Maria Lenir Rodrigues Pinheiro propõem uma releitura garantista da Constituição Federal, apontando a relevância de se proceder a uma nova hermenêutica constitucional no tocante à aplicação dos princípios e garantias fundamentais no âmbito do Direito Penal e Processual Penal. Buscaram, com o trabalho, uma abordagem

crítica da temática, conferindo dinamicidade ao Direito por meio da defesa dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. A metodologia empregada quanto à fase de investigação foi o método indutivo, na fase de tratamento dos dados o cartesiano, com as técnicas do referente, da pesquisa bibliográfica e do fichamento, conforme diretrizes metodológicas para a concretização dos objetivos.

Em “A DEMOCRACIA BRASILEIRA E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: ANÁLISE DA SUA INTERVENÇÃO NAS FUNÇÕES TÍPICAS DOS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO”, o casal de pesquisadores Delfim Bernardes e Joana Cristina Paulino Bernardes ressaltaram que a integração da Ciência Política nos dias atuais é de uma importância ímpar no nosso ordenamento jurídico, trazendo novas diretrizes, em especial uma nova maneira de observar a democracia. Partindo de uma análise histórica da tripartição das funções clássicas do Estado, o conceito de democracia foi investigado sob a ótica da outorga de poder do povo aos representantes. Também está presente no artigo o tema da judicialização e o ativismo judicial no sistema democrático brasileiro, em que o Judiciário interpreta a aplicação da norma existente sem invadir a esfera de competência dos demais Poderes. Foi utilizado o método indutivo-dedutivo e revisão bibliográfica.

Por sua vez, Ridivan Clairefont de Souza Mello Neto, mestrando pelo Centro Universitário do Pará (CESUPA), e o pesquisador do mesmo Estado Renan Azevedo Santos, na pesquisa chamada “A EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A RELAÇÃO ENTRE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E ATIVISMO JUDICIAL”, investigaram em que medida a ampliação da jurisdição constitucional implica ou não em aprofundamento do ativismo judicial. Partiram de uma análise qualitativa bibliográfica centrada em comentadores do tema, avaliando a relação entre os mecanismos de controle constitucional e o processo de judicialização da política. Analisaram também, à luz de determinadas visões de democracia, a legitimidade ou não da atuação judicial em casos essencialmente políticos. Por conclusão, entenderam que a ampliação da jurisdição constitucional possibilitou expansão da atuação judicial, atuação esta que dependerá do papel que se atribui a cada um dos poderes, a depender da visão do fenômeno democrático.

Em mais um trabalho desta coletânea, foi analisada a Emenda Constitucional nº 95, que instituiu o Novo Regime Fiscal de congelamento dos gastos públicos. O objetivo principal foi analisar se o texto legal configura norma jurídica de efeito placebo. O estudo é delineado por pesquisa bibliográfica e documental e o método de abordagem o indutivo. A análise do conteúdo da norma que fixou o teto dos gastos públicos e da justificativa apresentada pelo autor do projeto, com a constatação relativa aos resultados parciais, desde a vigência dessa norma, induzem à conclusão de que a Emenda Constitucional do teto dos gastos públicos é

placebo jurídico. A pesquisa denomina-se “A EMENDA CONSTITUCIONAL DO TETO DOS GASTOS PÚBLICOS É PLACEBO JURÍDICO” e foi realizada por João Hélio Ferreira Pes, Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Já na investigação científica “A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO ELEMENTO TRANSFORMADOR DA SOCIEDADE”, Gregorio Menzel, mestrando pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, e Clayton Reis, seu Professor e membro do corpo docente do Programa de Pós-graduação em Direito pela mesma instituição, abordaram o conceito de função social da empresa, trabalhando a sua origem, seu regramento constitucional e as principais vertentes de interpretação da função social da empresa. Conferiram especial enfoque em perceber a empresa como um elemento transformador da sociedade, de forma a promover a justiça social.

De Minas Gerais veio o trabalho “A SEPARAÇÃO DE PODERES: A AUTONOMIA DO PODER LEGISLATIVO E A PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS PELO PODER JUDICIÁRIO”, escrito pelo Professor Doutor Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Professor do Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara, e o mestrando Reinaldo Caixeta Machado. O artigo faz uma análise da legitimidade legiferante do Poder Legislativo, ao mesmo tempo em que dá relevo à matéria ambiental. Em contraponto, traz o limite razoável de distanciamento do judiciário na implantação de políticas públicas ambientais. Como resultado, verificaram que, nas questões de cunho ambiental, nem sempre o judiciário está apto a fazer uma análise adequada do tema. No entanto, a razoabilidade mostrará quando deverá ser mantida a posição do judiciário relativamente às questões voltadas para a normatização de políticas públicas na proteção do meio ambiente. Valeram-se do método de raciocínio dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

Marcos Augusto Maliska, Professor Adjunto de Direito Constitucional do Programa de Mestrado em Direito do UniBrasil Centro Universitário, em Curitiba, e o Professor Hewerstton Humenhuk, mestre em Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Universidade do Oeste de Santa Catarina, desenvolveram o instigante trabalho de pesquisa intitulado “AUTORITARISMO JUDICIAL”. Nele, afirmam que o movimento de “Lei e Ordem” deslocou o Poder Judiciário de uma perspectiva garantista para outra, de natureza punitivista, incorporando dois objetivos institucionais: os combates à corrupção na administração pública e à criminalidade em geral. O deslocamento da ideia de um juiz vinculado à lei, para um juiz comprometido com a efetividade da Constituição, levou ao voluntarismo jurisprudencial, caracterizado pela existência de decisões judiciais sem qualquer preocupação com a coerência e a integridade inerentes ao chamado direito

jurisprudencial. A combinação entre a incorporação de objetivos institucionais de moralização e ordem, e o voluntarismo jurisprudencial, degenerou em autoritarismo judicial.

A seu turno, no trabalho “DEMOCRACIA E AUTONOMIA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA QUE VIVEM EM CONDIÇÃO DE ASILAMENTO”, objetivou-se lançar luzes no estudo da inclusão social das pessoas com deficiências que vivem em condições de asilamento, sob a ótica da perspectiva democrática e da teoria dos custos dos direitos. Este estudo buscou investigar como pode o Poder Executivo materializar a democracia para as pessoas com deficiência asiladas. Lucas Emanuel Ricci Dantas, Doutorando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, e o Professor Ricardo Pinha Alonso, das Faculdades Integradas de Ourinhos, autores do texto, utilizaram, como análise comparativa, a história do Hospital Psiquiátrico de Barbacena-MG e o relatório internacional da ONG Human Rights Watch, cuja denominação é “Eles ficam até morrer”. Para o presente trabalho valeram-se de uma metodologia indutiva, com pesquisa bibliográfica, em livros, teses, dissertações e periódicos.

Em “DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E SUAS LIMITAÇÕES EM ESTADO DE EXCEÇÃO”, Laísa Fernanda Campidelli e Isabela Fernanda dos Santos Andrade Amaral, mestrandas em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, abordaram, de forma qualitativa e explicativa, o conceito de direitos fundamentais, estado de exceção e estado de sítio. Realiza considerações sobre o desenvolvimento histórico, conceituação, importância e terminologia dos direitos fundamentais. Procederam à caracterização do estado de exceção, observando a teoria da necessidade, trazendo a discussão para o âmbito nacional, tratando sobre o estado de sítio, com suas condições, previsões e controle previstos constitucionalmente. Concluíram que o ordenamento jurídico que nasce para limitar o Estado, passa a legislar a favor deste, fornecendo instrumentos que o ajudam a atingir seus interesses, dando margem a abusos.

O artigo seguinte da lista rediscute, a partir das teorias da hegemonia de Chantal Mouffe e dos diálogos institucionais de Mark Tushnet, os fenômenos da judicialização da política (o político invadindo “indevidamente” o jurídico) e do ativismo judicial (o jurídico invadindo “indevidamente” o político). Também contesta a concepção usual de que o judiciário teria a “última palavra” na interpretação jurídica e defende uma maior proteção da democracia, pois é esta, não o judiciário, que, em última instância, protege os direitos. Concluindo que, para sua maior legitimidade e eficiência, deve então o Poder Judiciário receber novos influxos democráticos e estar sujeito a maior accountability, o doutorando em Direito pela

Universidade Federal de Minas Gerais Daniel dos Santos Rodrigues encerra a excelente pesquisa “JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DEMOCRACIA – UMA ANÁLISE A PARTIR DE CHANTAL MOUFFE E MARK TUSHNET”.

No que lhe concerne, a pesquisa “NEOCONSTITUCIONALISMO: RISCOS DEMOCRÁTICOS DA IDEOLOGIA QUE DOMINOU O DIREITO BRASILEIRO”, do mestre em Direitos Fundamentais na Universidade de Lisboa Raineri Ramos Ramalho de Castro, dispõe que apesar de dominar a cultura jurídica brasileira, não se sabe exatamente o que o neoconstitucionalismo é ou quais mudanças traz para o Estado democrático. Ao estudar os ensinamentos de diferentes autores neoconstitucionalistas, analisar suas concepções e compará-las às posições constitucionalistas tradicionais, o pesquisador concluiu que o neoconstitucionalismo nada mais é do que uma ideologia que estimula imenso ativismo judicial com a justificativa de proteger os direitos fundamentais. No entanto, para ele, o que o neoconstitucionalismo realmente faz é prejudicar a separação de poderes, promover a juristocracia e prejudicar severamente as proteções constitucionais elaboradas para assegurar o gozo dos direitos fundamentais, consequentemente fragilizando a democracia.

Elaborado por Andréia Garcia Martin, Professora da Universidade do Estado de Minas Gerais, no trabalho científico chamado “O ARRANJO INSTITUCIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSIBILIDADE PARA AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: ANÁLISE DA PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA COM VISTAS À INCLUSÃO SOCIAL” é defendida a ideia de que o Estado Democrático de Direito inaugurado na Constituição Federal de 1988 evidenciou valores fundamentais sobre o tema, atuando como parâmetro das instituições estatais. Para a pesquisadora, a democracia permeada na Constituição apresenta-se numa dupla acepção: representativa e participativa. Assim, a finalidade de efetivar o direito fundamental à acessibilidade das pessoas com deficiência, neste estudo, buscou fomentar a participação nos processos de decisão política, na elaboração de políticas públicas deste seguimento, uma vez que a abertura ao diálogo e à participação deste grupo permite o alcance de sua inclusão social.

Mestre em Direito - UNIMEP/SP, Tamires Gomes da Silva Castiglioni e Everton Silva Santos, Professor da Faculdade de Americana-SP, analisaram o caso mais emblemático sobre “discurso de ódio” julgado pelo STF: o HC 82.424-2, caso “Ellvanger”. O principal tema tratado nesse julgamento foi o conflito entre o direito à liberdade de expressão e o direito à dignidade da pessoa humana, que prevaleceu na decisão. Já o RHC 134.682, caso “Abib” houve a mesma discussão de conflitos constitucionais, prevalecendo o direito à liberdade de expressão. Diante de tal discrepância, foram analisadas as vertentes que possibilitaram que dois casos semelhantes tivessem decisões distintas sob a ótica do princípio da

proporcionalidade. A interessante investigação tem o título “O CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DIGNIDADE DA PESSOA: UM ESTUDO SOBRE O HC 82.424-2/RS- O CASO ELLWANGER E O RHC 134.682/BA- O CASO ABIB”.

No artigo “O DISCURSO DO ÓDIO NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS: DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO OU VIOLAÇÃO À DEMOCRACIA?”, a liberdade de expressão é tratada como um valor primordial para todas as sociedades democráticas. À medida que a manifestação proferida por aquele indivíduo venha a ser invocada para violar outros direitos, faz-se necessário uma atuação estatal para coibir esse abuso de direito e manter a ordem pública. Na pesquisa, elaborada pelo Professor da Universidade Federal de Sergipe Lucas Gonçalves da Silva e por Carla Vanessa Prado Nascimento Santos, da Universidade Cândido Mendes, utilizou-se o método dedutivo e bibliográfico, para restar comprovado que esses limites não visam tolher a liberdade de manifestação de pensamento, mas, sim, proteger a ordem da sociedade pluralista em que vivemos, pois o Estado não pode ser condizente ou omissos diante de discursos que ferem direitos de outras pessoas.

Já no interessante trabalho “OS ARGUMENTOS RELIGIOSOS NA ESFERA PÚBLICA”, Rafael Esteves Cardoso, mestre pela Universidade Católica de Petrópolis, e Catarina Cruz Salles, mestranda em Direito e Políticas Públicas na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, investigaram o espaço e a valia dos argumentos religiosos na esfera pública, para a colaboração na formação e desenvolvimento de objetivos comuns em uma sociedade. Inicialmente, analisaram a perspectiva liberal de Ronald Dworkin, com foco para as responsabilidades individuais na solidificação dos valores democráticos. Em contraposição, foram avaliadas as propostas de Charles Taylor, segundo o qual é possível, e de certo modo inevitável, a inserção de argumentos religiosos nos debates públicos e na delimitação dos destinos compartilhados pelos membros de um determinado grupo social. A pesquisa foi desenvolvida através de pesquisa bibliográfica direta.

O Professor Emanuel de Melo Ferreira, da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, em “OS LIMITES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JUDICIAL PREVENTIVO – UMA DEFESA DE SUA TOTAL PROSCRIÇÃO EM FACE DOS PROJETOS DE LEI”, analisou os limites do controle de constitucionalidade judicial preventivo, defendendo a inconstitucionalidade de qualquer forma de controle sobre os projetos de lei. A questão central do texto, assim, pode ser formulada dessa maneira: a Constituição Federal admite que o controle judicial preventivo tenha como objeto de controle

um projeto de lei, mesmo que se busque efetivar um controle meramente formal? A pesquisa refere-se, assim, à separação e poderes no bojo do processo constitucional, devendo ser analisada a partir de autores que levam à relação entre direito e política a sério.

No artigo “PARTICIPAÇÃO POPULAR NA REFORMA CONSTITUCIONAL”, Marcelo Negri Soares, do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito UniCesumar, e o mestrando da mesma instituição Raphael Farias Martins, estudaram a passagem do homem do estado de natureza ao estado constitucional. Apresentaram a forma do nascimento de uma Constituição e como esta norma de fundamental importância pode ser alterada. Analisaram, ainda, o princípio da soberania popular, bem como verificaram se o povo pode requerer a modificação do texto constitucional, sendo ele o titular de todo poder.

Letícia da Silva Almeida, da Faculdade Pitágoras, e o pesquisador Danilo Felício Gonçalves Ferreira, em “POR UMA REFLEXÃO A RESPEITO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY, PELA PERSPECTIVA DO ART. 37 CAPUT DA CR/88”, traçaram considerações a respeito do conceito de norma, princípio e regra de Robert Alexy, com fim de buscar construir um conceito mais afunilado sobre o que seria princípio e regra, dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Mesmo parecendo já ser pacíficas tais constatações, esse tema é de relevância extrema, uma vez que, a cada dia, se enfrenta mais o problema do pan-principiologismo. Para tanto, a conceituação proposta acarreta em considerações acerca do art. 37, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil. Utilizou-se o método científico dedutivo por meio da pesquisa bibliográfica.

A seu turno, na pesquisa “REFLEXÕES SOBRE AS REGRAS CONSTITUCIONAIS DA COMUNICAÇÃO NA BOLÍVIA, VENEZUELA, MÉXICO E BRASIL”, Ruth Carolina Rodrigues Sgrignolli, Doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, e a Professora Michelle Asato Junqueira, da mesma instituição, ressaltam que a liberdade de expressão é um direito humano que além de garantir o pensar livremente é um baluarte da democracia. Analisaram a disposição específica da liberdade de expressão de quatro países da América Latina, sendo dois deles países com grupos de comunicação mundialmente relevantes (Brasil e México) e dois países bolivarianistas (Venezuela e a Bolívia) e o ambiente em que se inserem. Para o objetivo proposto realizaram uma análise bibliográfica e legislativa da previsão constitucional dos países mencionados, sob o método descritivo, de análise qualitativa para a produção acadêmica e quantitativa para as Constituições.

Letícia Alonso do Espírito Santo, mestre pela Universidade Federal de Juiz de Fora, na pesquisa “UMA LEITURA PÓS-POSITIVISTA DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE”,

analisou o posicionamento do Princípio da Publicidade no ordenamento jurídico brasileiro, sua origem e recepção. O trabalho apresenta uma análise introdutória à temática, pretendendo verificar o âmbito de criação da denominada Lei de Acesso à Informação e sua decorrência direta do clamor social por maior transparência dos atos públicos. As nuances do sistema legal de acesso foram introduzidas pela Constituição e consolidados na Lei nº 12.527/2011, sob uma perspectiva de valores fundamentais, que rompem com a institucionalização da exceção e do segredo no âmbito dos atos administrativos.

Por fim, em “UMA RELEITURA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES À LUZ DA TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS”, o Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná Eliezer Gomes Da Silva e a mestrande pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná Simone Valadão Costa e Tressa, a partir das problemáticas de hermenêutica e mutação constitucional, apresentaram um novo olhar sobre o princípio da separação de poderes, notadamente em razão da decisão do Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar da ADPF nº 347 que consagrou a aplicação, no Brasil, da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, criada pela jurisprudência constitucional colombiana. Sob tais parâmetros, o artigo discutiu a necessidade de reformulação da interpretação do princípio da separação de poderes, abordando o estudo do compromisso significativo e a teoria dos diálogos institucionais.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Coordenadores

Prof. Dr. Eriberto Francisco Bevilaqua Marin – UFG

Prof. Dr. Fernando Lobo Lemes - Faculdade Raízes

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**A DEMOCRACIA BRASILEIRA E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO:
ANÁLISE DA SUA INTERVENÇÃO NAS FUNÇÕES TÍPICAS DOS PODERES
LEGISLATIVO E EXECUTIVO**

**THE BRAZILIAN DEMOCRACY AND THE JUDICIARY POWER: ANALYSIS OF
ITS INTERVENTION IN THE TYPICAL FUNCTIONS OF THE LEGISLATIVE
AND EXECUTIVE POWERS**

Delfim Bernardes ¹

Joana Cristina Paulino Bernardes ²

Resumo

A integração da Ciência Política nos dias atuais é de uma importância ímpar no nosso ordenamento jurídico, trazendo novas diretrizes, em especial uma nova maneira de observar a democracia, analisando a histórica tripartição das funções dos três poderes da República Federativa do Brasil. A democracia será analisada sob a ótica da outorga de poder do povo aos representantes. Será analisada a judicialização e o ativismo judicial no sistema democrático brasileiro, onde o Judiciário interpreta e aplica a norma existente, sem invadir a esfera de competência dos demais Poderes. Foi utilizado o método indutivo-dedutivo e revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Ciência política, Democracia, Judicialização, Ativismo judicial, Usurpação de competência

Abstract/Resumen/Résumé

The integration of Political Science in the present day is of unique importance in our legal system, bringing new guidelines, especially a new way of observing democracy, analyzing the historical tripartition of functions of three branches of the Federative Republic of Brazil. Democracy will be analyzed from the point of view of empowerment of the people to the representatives. Judicialization and judicial activism will be analyzed in the Brazilian democratic system, where the Judiciary interprets it as applying the existing norm, without invading the sphere of competence of other Powers. The inductive-deductive method and bibliographic review were used.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Political science, Democracy, Judicialization, Judicial activism, Usurpation of competence

¹ Especialista em Processo Civil Empresarial pela Faculdade de Direito de Franca. Graduado em Direito pela Faculdade Barretos (FB). Funcionário público municipal aposentado.

² Mestre. Professora e Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFAFIBE – Bebedouro/SP. Advogada. Desenvolve pesquisa científica, autora de livros e artigos acadêmicos.

1. INTRODUÇÃO

O novo Congresso Nacional com os pronunciamentos feitos em sessão de abertura, já demonstra que as discussões acirradas serão regra entre os parlamentares em diversos aspectos.

Verifica-se uma tendência na judicialização de matérias que poderiam – deveriam, na realidade – ficar na esfera de cada um dos Poderes que formalizam o Estado Democrático de Direito, como é o caso da sessão da escolha da Mesa Diretora do Senado Federal da atual legislatura (2019-2022), que por maioria de votos dos Senadores eleitos ficou decidido que a votação seria aberta e, submetida a análise ao Supremo Tribunal Federal, o Ministro Dias Tóffoli, determinou a votação secreta (SS 5272 MC-PetA/DF).

Outro fator importante a ser analisado no presente trabalho é o propagado ativismo judicial, pelo qual o Poder Judiciário tem proferido decisões que interferem diretamente nas funções típicas dos demais poderes (Legislativo e Executivo), podendo causar o desequilíbrio do denominado sistema de “freios e contrapesos” já estabelecido em todos os Estados Democráticos.

A democracia é, de longe, a melhor forma de se governar um Estado, conforme ficará demonstrado. O povo é, em primeira e última análise, o detentor do poder, em especial dos Poderes Legislativo e Executivo, que são os representativos. O Poder Judiciário, formado em sua grande maioria por integrantes da carreira através de concurso público de provas e títulos, tem a função primordial de interpretar e aplicar as normas, fazendo prevalecer os direitos fundamentais do homem.

Assim, o que se pretende neste trabalho é uma análise da atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, tipicamente definidos como representantes da soberania popular (voto) e do Poder Judiciário, através da judicialização e do ativismo, com possível ingerência naqueles.

Portanto, em todo o seu conteúdo estará a investigação delineando acerca da motivação das decisões judiciais mediante a iminência de uma derrota legislativa que lhes cesse os privilégios, ocorrendo assim a procura ao Supremo Tribunal Federal (STF) com a expectativa do amparo que tanto foi franqueado em um passado recente a muitos.

Para alcançar o desiderato científico proposto, utilizou-se de metodologia com a combinação de vários processos e técnicas de investigação e demonstração, caracterizando-se como um método eclético.

Dentre outros métodos utilizados, cita-se o método analítico-sintético, pois o processo de análise permitiu a extração das informações quanto à contextualização da atuação dos Poderes de maneira a se fazer uma síntese, com a compreensão da evolução no sistema democrático brasileiro.

O método indutivo-dedutivo foi adotado para alcançar o entendimento com base em um princípio geral, e após uma observância que não haverá democracia forte caso continue existindo o desvio de atuação entre os Poderes que compõe nosso Estado Democrático, em especial o Poder Judiciário, que definitivamente não tem função legislativa e administrativa típica.

2. DEMOCRACIA BRASILEIRA

A democracia se consubstancia num certo modo de conduzir a vida política, é dizer, um modo de governar¹. O Brasil adotou a democracia semi-direta, em que representantes eleitos pelo povo, recebem o poder-dever de eleger as matérias e as questões relevantes e importantes para a sociedade, mas também há algumas hipóteses em que é exercida de forma direta, como no caso do plebiscito e referendo.² Os representantes devem procurar realizar os mais relevantes valores de convivência humana, como a igualdade, a liberdade, a educação, a justiça e a dignidade da pessoa humana.

Flávio Flores da Cunha Bierrenbach explicando o a formação e o exercício dos poderes, em especial a democracia, discorre:

Nas democracias, entretanto, inauguradas com a Declaração da Virgínia (1776) e a Constituição de Filadélfia (1787), o conceito moderno de Estado democrático esta definitivamente ligado à ideia de limitação do poder. Nos últimos 250 anos, o maior instrumento que a civilização conquistou para a limitação do poder foi a Constituição. A Constituição é o estatuto do poder. Segundo o britânico Harold Laski (1893-1950), “a Constituição é um instrumento jurídico destinado a limitar o poder político”.

Daí resulta que todas as iniciativas, os projetos, as leis, enfim, até mesmo as regras constitucionais que contestem esse axioma e, ao contrário, busquem a concentração do poder, devam ser consideradas francamente antidemocráticas e, por conseguinte, rejeitadas pelos povos civilizados. O mundo está cheio de exemplos. Não é preciso buscar longe; aqui mesmo nessa infeliz América Latina, há perversos sistemas de concentração de poder, de mando único. Creio ter sido Brecht quem disse que “o ventre que gerou a besta continua fértil”.

Porém, em sentido amplo, moderno, consoante princípios éticos comuns, **política** significa o conjunto de compromissos dos cidadãos perante sua coletividade, o que

¹ LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. **Ciência política, Estado e direito público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade**, 2ª ed., São Paulo: Ed. Verbatim, 2014, p. 179.

² NUNES JÚNIOR, Flavio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 2º ed. São Paulo: Ed. Thomson Reuters, 2018, p. 1.202.

implica variadas formas de ação sobre as estruturas políticas e econômicas que regem a sociedade. Ou seja, de que modo é conquistado e exercido o poder. A partir da segunda metade do século XIX, todas as formulas de legitimação do poder estão ligadas à autoridade vinda do povo (“We, the people...”).

Se o poder emana do povo, é a democracia que estabelece as regras pelas quais o poder dos governados se transfere aos governantes. O poder, então, passa a ser uma força qualificada pela autoridade. Assim, as instituições e pessoas que as integram perdem progressivamente sua taxa de legitimidade na medida em que não correspondam aos padrões éticos que delas a sociedade exige. Conforme Max Weber (1864-1920), a noção de legitimidade explica o coeficiente de solidez ou de debilidade de um sistema político e o grau de equilíbrio ou de instabilidade de seu ordenamento jurídico.³

Dentre os três Poderes que estruturam nosso Estado Democrático, os Poderes Legislativos e Executivos são aqueles em que efetivamente os representantes são escolhidos diretamente pelo povo.

O Poder Legislativo tem a função precípua de elaborar as normas que disciplinam a vida em sociedade. Aos ocupantes dos cargos legislativos (deputados e senadores federais, deputados estaduais e vereadores) cabe a escolha dos projetos de leis ou propostas de emendas constitucionais que irão analisar e votar, de acordo a importância do tema para a sociedade brasileira num determinado momento.

Ocorre que, nem sempre o Legislativo brasileiro esteve atento aos anseios do povo ou porque há utilização indevida deste instrumento pelo Poder Executivo, o que pode ser constatado pelo grande número de medidas provisórias que foram editadas pelos Presidentes José Sarney, Itamar Franco e, recentemente, o Presidente Michel Temer.⁴

Outro fator que também é tido como objeto de críticas por alguns doutrinadores, é a atuação do Legislativo para a fiscalização dos atos do governo e da administração pública, como ocorreu na CPI que apurou as denúncias de corrupção do governo Collor (1992 – CPI de PC Farias), a CPI dos anões do orçamento de 1993, a CPI do Judiciário de 1999 e as CPIs dos Bingos, dos Correios e do Mensalão de 2005⁵, o que deu muito notoriedade ao Congresso Nacional e, ao que parece, deixou em alguns momentos de exercer com prioridade a função de legislar.

Mais atualmente, foram colocados em pauta de julgamento temas como o aumento da maioria penal, o aborto e a reforma da previdência. Destes temas citados, a reforma da previdência voltou tramitar após a apresentação da Proposta de Emenda à Constituição

³ BIERRENBACH, Flavio Flores da Cunha. Separação de poderes e efetividade democrática. **Em pauta: revista do Advogado da AASP**, São Paulo. Editoração Eletrônica: Altair Cruz-AASP, n. 135, p. 19, 2017.

⁴ Segundo informações do site www.g1.globo.br, disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/desde-fhc-temer-e-o-presidente-que-em-media-mais-edita-medidas-provisorias.ghtml>, acesso em 14.04.2019, às 13h32.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. Ed., São Paulo: Ed. Saraiva Educação. 2018, p. 522.

Federal elaborada pela equipe do atual Presidente Jair Bolsonaro e, ao que parece, será o objeto central dos principais debates no Congresso Nacional durante o primeiro semestre deste ano e, talvez, o segundo também.

Luis Roberto Barroso, analisando o Poder Legislativo, conclui com a seguinte mensagem:

O país vive, na medida em que a Constituição completa sua terceira década, um momento delicado, em que a atividade política, passa por uma situação de preocupante desprestígio. Uma grave crise no sistema representativo compromete a legitimidade democrática das instituições legislativas. Nesse cenário, não é possível negar a falta de sintonia entre a sociedade civil e os órgãos de representação popular, em decorrência de um modelo político que deixou de servir adequadamente ao país. Por essa razão, tornou-se imprescindível a realização de uma Reforma Política, já de a muito adiada capaz de fomentar a legitimidade democrática, a governabilidade, e as virtudes republicanas. [...]⁶

Portanto, que decide se é o momento ou não de legislar sobre determinado assunto no Brasil é, em última análise, o Poder Legislativo. Os projetos de leis são apresentados pelos legitimados competentes e ficam aguardando o momento que nossos representantes entendem correto para analisar o tema proposto. O embate que surgiu entre o atual Presidente da Câmara dos Deputados Rodrigo Maia e o Presidente Jair Bolsonaro é uma mostra clara das opções que podem ser ou não relevantes ao país. Nesta situação, prevaleceu o bom senso e a tramitação da PEC teve início. Esperança não falta de que os representantes estejam pensando mais no bem comum, que nos próprios interesses.

Também o Poder Executivo (Presidente, Governador e Prefeito) é eleito pelo voto do povo (de forma direta – como no caso do Brasil; ou de forma indireta, como no caso dos Estados Unidos da América). E, no sistema de governo presidencialista, como é o brasileiro, na esfera federal, o Presidente da República tem a função típica de administrar e representar o país externamente, já que, além e chefe de governo, é também chefe de Estado e, além disso, exerce as funções atípicas, como legislar e julgar.

Pietro de Jesús Lora Alarcón explica que:

Nesse sistema o chefe de governo ou Presidente é constitucionalmente o órgão responsável pelo gerenciamento dos recursos públicos, é dizer o Diretor da Administração Pública. Eleito popularmente, de forma direta ou indireta, o Presidente exerce essa competência com o auxílio dos ministros de Estado e demais funcionários, que dele dependem para sua nomeação, remoção e diretrizes funcionais.

Nota-se que o sufrágio universal para a eleição do Presidente, de uma parte, aumenta-lhe o prestígio da investidura, como expressa Paulo Bonavides, pela origem

⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. Ed., São Paulo: Ed. Saraiva Educação. 2018, p. 523-524.

imediatamente democrática, do poder público; por outra, lhe afiança posição de inteira independência política perante a esfera do poder legislativo.⁷

As principais atribuições do Presidente da República estão elencadas no artigo 84 da Constituição Federal, dentre as quais estão a de participar do processo legislativo, com apresentação de projetos de lei, propostas de emendas à Constituição, edição de medidas provisórias (art. 64, §1º da Constituição Federal), bem como a sanção, a promulgação, a publicação e o veto (total ou parcial) do projeto de lei aprovado pelo Poder Legislativo. Por ser o chefe de Governo e chefe de Estado, tem em mãos grande importância no comando da sociedade.

3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

É certo que os fenômenos da judicialização da política já ocorrem de muito tempo. Todavia, esta interferência em questões que cabe ao Poder Legislativo ou ao Poder Executivo, na prática há uma expansão do Judiciário ao poder, diante de diversos fatores a ciência política registra como um comportamento institucional. E esta tem sido uma das principais reclamações dos eleitores, que veem seus parlamentares do sistema representativo, portanto eleitos pelo voto para representa-los, por anos e anos, sem uma solução definitiva para seus conflitos.

Eros Roberto Grau através de seu artigo explana:

Os políticos existem, estão aí para produzi-las e cumpri-las, as leis. Uns no Legislativo, outros no Executivo. O Judiciário – a quem incumbe o controle dessa produção e cumprimento pelo todo social, inclusive por seus membros – não se compõe de políticos.

Sei muito bem que a realidade não é assim, pois há juízes – sobretudo nos tribunais bem lá de cima – que se excedem, atuando como se políticos fossem. Abandonam as togas, substituindo-as por microfones. Mas deles não cogitarei neste texto. [...] ⁸

Não raras vezes tem-se visto a usurpação das funções típicas do Legislativo e Executivo pelo Judiciário, como aconteceu por exemplo, no caso do julgamento da importante matéria de antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo, através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, que parece ser questão que deveria ser tratada pelo Congresso Nacional e não pelo Poder Judiciário, como foi feito. Outro exemplo é o caso do nepotismo, que culminou na edição da Súmula Vinculante nº 13, oriunda de uma

⁷ LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. **Ciência política, Estado e direito público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade**, 2ª ed., São Paulo: Ed. Verbatim, 2014, p. 270.

⁸ GRAU, Eros Roberto. Classe política: deuses ou demônios? **Em pauta: revista do Advogado da AASP**, São Paulo. Editoração Eletrônica: Altair Cruz-AASP, n. 135, p. 32, 2017.

análise de constitucionalidade de Resolução do Conselho Nacional de Justiça 07/2005, através da Ação Declaratória de Constitucionalidade 12.

Como se vê, o Supremo Tribunal Federal (STF) anda demonstrando e pior, se qualificando como um 4º(quarto) poder, ocasionando nas decisões tomadas a insatisfação popular. É fato que a Constituição de 1988 delegou ao Poder Judiciário mediante instrumentos processuais específicos para a devida aplicação da Lei, e não podendo extrapolar e passar a decidir o que é ou não indispensável ao Estado. Portanto sua função não é política.

Flavio Flores da Cunha explica que:

Realmente, é difícil encontrar outro país com semelhante aranzel de leis, em que abundam regulamentos, na União, nos Estados e nos Municípios repletos de normas proibitivas e de sanções, que geralmente não pegam, como se diz. Aliás, a própria Carta de 1988, com texto prolixo e confuso, é um bom exemplo. Tem mais de 2 (dois) mil dispositivos, entre artigos, incisos, alíneas, parágrafos e emendas, que tudo pretendem prever e prover, a demandar milhares de interpretações do Judiciário, afogado em um oceano de litígios.⁹

Conclui Pedro Lenza:

Ressaltamos serem os “Poderes” (órgãos) independentes entre si, cada qual atuando dentro de sua parcela de competência constitucionalmente estabelecida e assegurada quando da manifestação do poder constituinte originário.

Nesse sentido, as atribuições asseguradas não poderão ser delegadas de um Poder (órgão) a outro. Trata-se do princípio da indelegabilidade de atribuições. Um órgão só poderá exercer atribuições de outro, ou da natureza típica de outro, quando houve expressa previsão (e aí surgem as funções atípicas) e, diretamente quando houver delegação por parte do poder constituinte originário, como, por exemplo, ocorre com as leis delegadas do art. 68, cuja atribuição é delegada pelo Legislativo ao Executivo.

Por fim, lembre-se que a CF/88 erigiu à categoria de cláusula pétrea a separação de Poderes, conforme se observa pelo art. 60, § 4º, III.¹⁰

Contudo, em uma visão analítica, tal situação causa preocupação com o risco do Brasil transformar-se em uma juristocracia.

Tanto que Lenio Streck comenta:

O contexto brasileiro é prodígio para isso, infelizmente. Como venho falando, temos dois fenômenos que demonstram bem esse risco: a judicialização da política e o ativismo judicial. Quando judicializamos em vez de fazer políticas, temos o judiciário com as rédeas do governo. Quando o juiz decide através de argumentos pessoais, temos o Judiciário legislando. A situação é complicada e merece críticas. Não estou negando a importância histórica do Judiciário no Brasil; mas afirmando que vivemos sob uma democracia, não juristocracia ou judiciariocracia. A tese do

⁹ BIERRENBACH, Flavio Flores da Cunha. Separação de poderes e efetividade democrática. **Em pauta: revista do Advogado da AASP**, São Paulo. Editoração Eletrônica: Altair Cruz-AASP, n. 135, p. 21, 2017.

¹⁰ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**, 12ª ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: ed. Saraiva, 2008, p. 294.

estado de coisas inconstitucional é um sério sintoma de juristocracia. O que vivemos, na verdade, é um positivismo jurisprudencialista, decorrente da aplicação de um empirismo jurídico, resquício de um realismo tardio. Em termos metaético, vivemos sob o império de decisões proferidas a partir de um não cognitivismo moral.¹¹

A propósito disserta Lenio Streck:

[...] Para isso a doutrina tem a tarefa de estabelecer modos que diminuam o grau de arbítrio do julgador. Reduz a discricionariedade. E isso pode ser feito. Tenho testado com meus alunos em casos práticos e fictos os três conjuntos de elementos que compõem a minha teoria da decisão. Isto é, cada decisão deve passar pelo filtro das seis hipóteses pelas quais um juiz pode deixar de aplicar uma lei; dependendo da situação, deve fazer as três perguntas fundamentais acerca de se está diante de um direito fundamental exigível, se a decisão pode ser universalizada e acerca da transferência de recursos para atender aquele direito. E existem os cinco princípios ou padrões que sustentam a decisão adequada: preservação da autonomia do direito (dentro estão as seis hipóteses referidas), à preservação à coerência e integridade, que, aliás, consegui colocar no artigo 926 do Código de Processo Civil, a fundamentação, que pode ser observada nos incisos I a VI do § 1º do art. 489 do mesmo Código¹², que também ajudei a sustentar, evitar o discricionarismo, pelo qual juiz não constrói direito e o direito fundamental a obtenção de respostas corretas, que são as respostas adequadas à Constituição. Em síntese, uma decisão judicial deve ser dada por princípio, e não por política. E princípio é um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejada, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.¹³

Tendo como base a efetividade e sempre buscando a satisfação do direito no que tange a uma democratização séria e honesta e que pratique atos sempre se atentando a separação dos Poderes, o Judiciário não poderá nunca intervir em assuntos outros que não o que a ele couber.

Em reforço ao que foi dito, convém mencionar matéria publicada no Jornal “O Estado de São Paulo” acerca da decisão proferida pela Carolina Duprat Cardoso, da 11ª Vara da Fazenda Pública, em ação civil pública movida pela Defensoria Pública do Estado de São

¹¹ STRECK, Lenio. **Hermenêutica e jurisdição: diálogos com Lenio Streck**, Lenio Streck. Porto Alegre: ed. Livraria do Advogado, 2017, pp. 161-162.

¹² Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

[...]

¹³ STRECK, Lenio. **Hermenêutica e jurisdição: diálogos com Lenio Streck**, Lenio Streck. Porto Alegre: ed. Livraria do Advogado, 2017, pp. 181-182.

Paulo, que determinou a suspensão imediata do aumento de R\$ 4,00 para R\$ 4,30 da tarifa de ônibus na cidade de São Paulo. Segundo a notícia, “é mais um caso em que a Justiça, sem atentar para a separação dos Poderes, interfere na administração da cidade, com prejuízo direto para o cidadão”. Em síntese, a Defensoria alegou que o reajuste foi superior à inflação do período em que vigente o contrato com as empresas de ônibus, que não previa tal aumento. Já a Prefeitura de São Paulo, alegou que o reajuste teve o objetivo de assegurar o equilíbrio financeiro do sistema de transporte e seguiu critérios técnicos e contratuais, bem como afirmou que a concessão do aumento cumpriu o rito previsto na Lei Orgânica municipal e que no passado, o subsídio às empresas de ônibus custou aos cofres municipais cerca de R\$ 3 bilhões.¹⁴

Ainda segundo a notícia:

Na decisão liminar, a juíza Carolina Duprat Cardoso disse que faltava “parâmetro legal ou contratual para o reajuste” e que eventual aumento deveria ser submetido à “participação popular em se tratando de política de mobilidade urbana”. O Conselho Municipal de Transportes e Trânsito (CMTT) deveria ter acesso prévio aos estudos técnicos que embasaram o reajuste.

Esse modo de atuar da Justiça, com a conivência da Defensoria Pública, é preocupante. O Judiciário toma decisões com impacto sobre toda coletividade fora do âmbito de sua competência – valor da tarifa de ônibus é atribuição do Poder Executivo municipal e, ainda por cima, com escasso rigor técnico. Congelar o valor da tarifa tem consequências sobre todo o orçamento municipal. Além de excluir qualquer possibilidade de equilíbrio contratual – que gera insegurança jurídica e faz encarecer os futuros contratos, a suspensão do aumento desestrutura a gestão das contas municipais.

“A decisão (que suspendeu o reajuste da tarifa), se mantida, obrigaria o aumento do subsídio concedido às empresas de ônibus com recursos da população da cidade. Não ajustar as tarifas de ônibus levaria a Prefeitura a retirar R\$ 576 milhões da Saúde, Educação, Zeladoria e de outros serviços essenciais ao cidadão – ou mesmo a suspensão da circulação dos ônibus na cidade por até 25 dias neste ano. A decisão, por seu enorme impacto orçamentário, desarruma severamente o planejamento orçamentário da municipalidade e trará incalculáveis prejuízos ao povo de São Paulo”, afirmou o prefeito Bruno Covas.¹⁵

Ao Poder Judiciário se faz necessária uma reflexão para conter suas interferências em outros Poderes, o enfoque analítico da judicialização no caso em tela deixa claro que o anseio pela resolução de seus conflitos e satisfação do direito é medida *sine qua non*. Embora chamado a se pronunciar sobre determinadas matérias, antes da análise do mérito, é sempre prudente ao juiz fazer a análise da competência para julgar a questão posta em juízo, sob pena de incorrer na denominada usurpação de competência.

¹⁴ NOTAS & INFORMAÇÕES, A tarifa e a Justiça. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 16 fev. 2019. Caderno 1, p. A3.

¹⁵ NOTAS & INFORMAÇÕES, A tarifa e a Justiça. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 16 fev. 2019. Caderno 1, p. A3.

Assim, espera-se que o processo democrático esteja dando aos operadores do direito um grau mais elevado de funcionalidade, conferindo mais celeridade à prestação jurisdicional quando da real necessidade em relação à divisão dos Poderes.

4. ATIVISMO JUDICIAL

A judicialização é um fato em que os juízes decidem porque a Constituição Federal assim exige, já o ativismo judicial, por ser uma atitude e não um fato, os juízes tornam-se protagonistas, para tanto é necessário que o Poder Legislativo se omita. Isso significa uma intercessão maior do Poder Judiciário na ação dos outros poderes.

Em sendo uma atitude, seu modo de analisar é expansivo em seu alcance, tendo o Poder Judiciário uma amplitude significativa no espaço de atuação nos outros dois Poderes (Executivo/Legislativo).

Em uma linha intelectual comenta Lenio Streck:

Penso que o constrangimento epistemológico exercido pela doutrina é fundamental. O julgador deve-se constranger ao tomar uma decisão fora dos parâmetros jurídicos (que é isso que constitui o ativismo). A doutrina deve voltar a doutrinar. Urgentemente. Inventei a expressão “constrangimento epistemológico” para e no direito. Hoje muita gente já começa a usá-la. Digo isso, de novo, agora, para registrar a patente(risos). No Brasil, só quem cita a fonte mesmo é a garrafa de água mineral.¹⁶

Ao mostrar esta crítica, Lenio Streck enfatiza que os juízes ao não concordarem com uma lei, decidem como eles bem entenderem ou como querem. Neste caso, segurança jurídica, previsibilidade, estabilidade, igualdade, coerência da ordem jurídica, garantia de imparcialidade do juiz, duração razoável do processo, economia processual dentre outras, deixam de existir.

O princípio da isonomia obriga tanto aos particulares como ao Poder Público, observar os comandos legais na atuação da Administração Pública, bem como as decisões judiciais proferidas em processos nos quais são partes ou, em particular a Administração Pública, observar as Súmulas Vinculantes emanadas do Supremo Tribunal Federal.

Assim, observamos o STF estar presente em situações fáticas entre inúmeros casos em julgamento e a isso assevera Luis Roberto Barroso:

Nas últimas décadas, o Judiciário ingressou na paisagem institucional brasileira. Já não passa despercebido nem é visto com indiferença ou distanciamento. Há mais

¹⁶ STRECK, Lenio. **Hermenêutica e jurisdição: diálogos com Lenio Streck**, Lenio Streck. Porto Alegre: ed. Livraria do Advogado, 2017, pp. 162.

uma razão para esse fenômeno. A ascensão do Poder Judiciário se deve, em primeiro lugar, à reconstitucionalização do país: recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo[...].¹⁷

Analisando especificamente a função de corte de jurisdição constitucional, Luís Roberto Barroso explica que no Brasil ela pode ser exercida por todos os juízes e tribunais, estando o Supremo Tribunal Federal no topo do sistema, sintetizando nos seguintes termos:

A jurisdição constitucional compreende duas atuações particulares. A primeira de aplicação direta da Constituição às situações nela contempladas. Por exemplo, o reconhecimento de que determinada competência é do Estado, não da União; ou do direito do contribuinte a uma imunidade tributária; ou do direito à liberdade de expressão, sem censura ou licença prévia. A segunda atuação envolve a aplicação indireta da Constituição, que se dá quando o intérprete a utiliza como parâmetro para aferir a validade de uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade) ou para atribuir a ela melhor sentido, em meio a diferentes possibilidades (interpretação conforme a Constituição). Em suma: a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.¹⁸

Consoante entendimento do mesmo Luís Roberto Barroso, o ativismo judicial no Brasil se instala *em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva*. E continua apontando críticas à intervenção judicial na vida brasileira, podendo extrair que as principais são: embora a atuação da função típica do Judiciário seja de extrema importância, sua expansão pode causar distorções, pois os membros do Poder Judiciário não são agentes públicos eleitos e, a outra é que no âmbito do processo, não há espaço suficiente para o amplo e acessível debate de todas as classes, como ocorre nas Casas do Congresso Nacional.

Todavia, há de ser observado com a devida cautela esse modo de agir ou decidir do Poder Judiciário, pois pode estar colocando em risco o sistema de freios e contrapesos criado pelo Poder Constituinte Originário ao estabelecer as funções típicas e atípicas de cada um deles.

Ao Poder Judiciário é permitido analisar, por exemplo, a omissão do Poder Legislativo na edição de normas que disciplinam os direitos fundamentais individuais e

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7º ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2018, p. 524.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7º ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2018, p. 442-443.

sociais, como fez no caso da omissão do Legislativo em editar lei que regulamente o direito de greve do servidor público (art. 37, VII, da Constituição Federal), que o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 33, determinando a aplicação do artigo 57 da Lei 8.213/91, no que couber, ao servidor público; e a concessão de aposentadoria aos servidores que exerçam atividades sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou integridade física (art. 40, §4º, inciso III, Constituição Federal), que o Supremo Tribunal Federal consolidou, nos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, entendimento no sentido de ser aplicável a Lei de Greve (lei 7.783/89) aos servidores públicos, diante da omissão legislativa.

Neste sentido é o entendimento de Pietro de Jesús Lora Alarcón:

Outra questão é que, certamente, na atualidade a função jurisdicional implica tarefas diversas. Dentre elas relevo especial deve dar-se ao exercício da jurisdição *constitucional dos direitos fundamentais*, que se expressa nas decisões das ações *habeas corpus*, *habeas data*, *mandados de segurança*, *ações populares*, *ações civis públicas* e *mandados de injunção*.¹⁹

Em tais casos, diante da omissão do legislador ordinário, caberá a cada cidadão que se sentir prejudicado, ingressar com o remédio constitucional cabível (mandado de injunção – art. 5º, inciso LXXI) ou os legitimados ingressarem com ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão – prevista no §2º do art. 103.

Assunto que não parece ser de competência da Corte de Cúpula do Judiciário Brasileiro é a descriminalização da interrupção da gravidez até a 12ª semana de gestação, veiculado através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade para questionar os artigos 124 e 126 do Código Penal, aguardando data de julgamento. Trata-se, ao que parece, de matéria de competência legislativa, pois ao legislador federal foi atribuída a competência exclusiva para legislar sobre matéria penal (art. 22, Constituição Federal).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Busca este trabalho demonstrar que a democracia é de longe a melhor forma de condução de uma nação. Desde que fique a democracia na legitimação de cada um dos seus poderes, mas o que se vê em terras brasileiras é o jogo de bastidores do interesse próprio e das ideologias de poderes, a velha política do toma-lá e dá-cá.

¹⁹ LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. **Ciência política, Estado e direito público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade**, 2ª ed., São Paulo: Ed. Verbatim, 2014, p. 247.

Sob os preceitos dos princípios processuais constitucionais, permite concluir que não há óbice à sua existência em nosso ordenamento jurídico, embora o que nos dias atuais se constata é uma crise de representatividade sem precedentes, demonstrando uma postura do Poder Judiciário em muitas oportunidades, como um Poder totalmente inadequado. É certo que o direito deve acompanhar o anseio da sociedade que não deseja mais ter processos em trâmite por anos a fio. Também comprometem a segurança jurídica as decisões judiciais conflitantes sobre a mesma matéria ou de situações análogas acerca de institutos importantes e que muitas vezes têm interferência direta em nosso dia a dia.

A atuação do Poder Judiciário, em especial na jurisdição constitucional, é sem dúvida de extrema importância, pois busca o equilíbrio entre a norma constitucional e a preservação dos direitos fundamentais nela prevista, como aconteceu em inúmeros casos acima. Todavia, em nome da busca deste equilíbrio, não é viável aceitar a usurpação da função dos demais Poderes, sob pena de enfraquecer a democracia.

A tripartição dos poderes, com o sistema de freios e contrapesos, não pode ser esquecida por qualquer dos exercentes de cada um dos Poderes. Os juízes e os membros dos Tribunais também não estão excluídos deste rol, embora a eles caiba a última palavra sobre a interpretação da norma.

Mas que aos membros do Poder Judiciário fique a ressalva de, embora o juiz não possa se eximir de decidir (artigo 140 do Código de Processo Civil), é certo também que pode se declarar incompetente para julgar determinada matéria ou extinguir o processo sem julgamento de mérito quando a matéria levada à apreciação interferir no exercício da função de outro Poder, como é o caso de ações e decisões administrativas, que são tomadas considerando a oportunidade e conveniência da prática do ato e, portanto, o judiciário não pode rever.

As omissões do Poder Legislativo, embora existam com muita ênfase em nosso país, nem sempre pode ser considerada como retardo, mas às vezes pode tratar de opção dos membros das Casas Legislativas. A eles, efetivamente, cabe a escolha dos temas relevantes que irão julgar. Não se ignora que muitas vezes a demora é tamanha que obstrui o exercício dos direitos fundamentais. Mas para isso, há medidas ou remédios constitucionais já mencionados acima, para evitar maiores danos. Mas, que matérias relevantes e que causam impacto na vida social, econômica ou jurídica da nação brasileira deve ser tratada no ambiente próprio, que é Legislativo e o Executivo, disso não há dúvidas.

Diante do que foi exposto entende-se que há motivo para uma reavaliação da nossa Suprema Corte como forma de dar maior credibilidade, e para que as distorções nos Poderes sejam sempre combatidas sem tréguas.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. 2 ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. Ed., São Paulo: Ed. Saraiva Educação. 2018.

BIERRENBACH, Flavio Flores da Cunha. Separação de poderes e efetividade democrática. **Revista do Advogado da AASP**, São Paulo. Editoração Eletrônica: Altair Cruz-AASP, n. 135, p. 17 - 23, 2017.

CERQUEIRA, Thales Tácito. CERQUEIRA, Camila Albuquerque. **Direito eleitoral esquematizado**, 2ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21ª ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. 1 ed., Rio de Janeiro, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. DIDIER JR, Fredie. **Ampliação do Colegiado em Caso de Divergência: Algumas Impressões Iniciais Sobre o Art 942 do CPC**. In, Aspectos Polêmicos dos Recursos Cíveis, Coord. Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paulo Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**, v. 2, 11ª ed., Salvador: Ed. JusPodivum, 2016.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo código de processo civil comparado: CPC/73 para o NCPC e NCPC para o CPC/73**. São Paulo: Ed. Atlas, 2015.

GRAU, Eros Roberto. Classe política: deuses ou demônios? **Revista do Advogado da AASP**, São Paulo. Editoração Eletrônica: Altair Cruz-AASP, n. 135, p. 32 - 35, 2017.

LEAL, Saul Tourinho. A esperança como elemento aglutinador da reforma política. **Revista do Advogado da AASP**, São Paulo. Editoração Eletrônica: Altair Cruz-AASP, n. 135, p. 45 - 54, 2017.

LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. **Ciência política, Estado e direito público**: uma introdução ao direito público da contemporaneidade, 2ª ed., São Paulo: Ed. Verbatim, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. V. 1. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. 2. Ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

NOTAS & INFORMAÇÕES, A tarifa e a Justiça. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 16 fev. Caderno 1, p. A3 2019.

NUNES JÚNIOR, Flavio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Thomson Reuthers, 2018.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial : parâmetros dogmáticos**. 2 ed. São Paulo : Ed. Saraiva, 2015.

SÁ, Renato Montans de. **Manual de direito processual civil**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica e jurisdição**: diálogos com Lenio Streck. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2017.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim [et al.], coordenadores. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2 ed., Salvador: Ed. JusPodivum, 2016.