

VOL. 2



ESTUDOS UNIVERSITÁRIOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL:

FEDERALISMO E ORGANIZAÇÃO DOS PODERES

COORDENADORES: FÁBIO PERIANDRO
E YAGO NUNES

ORGANIZADORES: BRUNO SODRÉ E
CARLA CONCHITA HIRSCH



Coordenadores
Fábio Periandro e Yago Nunes
Organizadores
Bruno Sodré e Carla Conchita Hirsch

7

**ESTUDOS UNIVERSITÁRIOS
DE DIREITO
CONSTITUCIONAL: federalismo e
organização dos poderes
VOLUME II**

Editora Direito Levado a Sério
Salvador, 2021

Editora Direito Levado a Sério

Salvador, Bahia

direitolevadoaserio@gmail.com

Capa

Carla Conchita Pacheco Bouças Hirsch

Editoração

Rodrigo Andrade

Conselho Editorial

Prof. Anderson Pereira

Prof. Dr. Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo

Prof. Dr. Daniel da Fonseca Lins Junior

Prof. Dr. Fábio Periandro de A. Hirsch

Profa. Dra. Flora Augusta Varela Aranha

Prof. Dr. Jaime Barreiros Neto

Prof. Me. José Marcello Monteiro Gurgel

Prof. Dr. José Rômulo Magalhães

Prof. Dr. Julio Cesar de Sá da Rocha

Prof. Me. Rodrigo Andrade de Almeida

ISBN 978-65-87020-22-8

Dados Internacionais de Catalogação na Câmara Brasileira do Livro

H1v HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida (Coordenador)
NUNES, Yago (Coordenador)

ESTUDOS UNIVERSITÁRIOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL.(livro eletrônico): federalismo e organização dos poderes : volume 2 / organização: Carla Conchita Pacheco Bouças Hirsch, Bruno Sodré; Coordenação: Fábio Periandro, Yago Nunes. -- 1 ed. -- Salvador : Direito Levado a Sério – 2021.

PDF

1. Artigos - Coletâneas 2. Direito constitucional 3. Direito constitucional - Brasil I. Hirsch, Carla Conchita Pacheco Bouças. II. Sodré, Bruno. III. Hirsch, Fábio Periandro de Almeida. IV. Nunes, Yago.

21-69089

CDU 342 (81)

Data do fechamento desta edição: 17/05/2021

Esta publicação poderá ser reproduzida e distribuída livremente, desde que em sua integralidade e de maneira gratuita, sendo vedada qualquer forma de comercialização, bem como modificação, edição, redução ou fragmentação, sem a prévia e expressa autorização da Editora Direito Levado a Sério.

A violação dos direitos autorais é crime, tipificado na Lei nº 9.610/1998 e punido na forma do art. 184 do Código Penal Brasileiro.

APRESENTAÇÃO

Quando o mundo muda, precisamos mudar também. A pandemia da COVID-19 instaurou um cenário de medo, incertezas e preocupação constante no âmbito social em todo o mundo e, com particular intensidade, no Brasil.

Já fomos o país com maior quantidade de óbitos no mundo. Motivo: negacionismo, boicotes institucionais, ineficiência administrativa, gestão temerária, desprezado pela vida humana dos mais vulneráveis, dentre outras questões.

O universo jurídico não poderia ficar alheio a esta realidade. Quem mais sofre são os mais frágeis socialmente e, neste contexto, aparece a chama vívida dos direitos fundamentais brasileiros enquanto meios de preservação da cidadania, da dignidade da pessoa humana e do constitucionalismo.

Desde a emergência sanitária declarada pela Organização Mundial de Saúde, passando pelo estado de exceção sanitária que se impõe no Brasil desde março de 2020 até os dias atuais, como já era esperado, no cenário jurídico os direitos fundamentais são os mais afetados – debatidos, restringidos nem sempre com correção, fulminados ou até protegidos pela atividade judicante em nível nacional e, com desenvoltura ímpar, pelo Supremo Tribunal Federal.

Na educação superior a pandemia impediu o cotidiano da academia presencial. As aulas passaram para o ambiente virtual, aumentou a ansiedade e os afazeres. O trabalho mais relevante dos docentes neste período foi e ainda é o ajuste à nova realidade.

Desta vez foi a turma de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia no Semestre Letivo Suplementar do semestre 2020.2 contribuiu com ideias, questionamentos, posições interessantes, produção científica.

O livro que se apresenta agora é o resultado de parte dos artigos enviados como elemento de avaliação da disciplina. Os discentes estão de parabéns e provam que qualidade se apresenta desde cedo.

Os artigos têm qualidade tão boa que meu trabalho foi apenas organizar – com a ajuda indispensável e inestimável de Bruno Sodré e de Yago Nunes, a quem estendo meus agradecimentos pela parceria e pela disposição.

Leiam, reflitam, divirjam, mas divulguem esta obra coletiva gratuita e de grande valor agregado. Obrigado a todos!

PROFESSOR FÁBIO PERIANDRO DE ALMEIDA HIRSCH

Doutor e Mestre em Direito pelo PPGD-UFBA. Professor Adjunto de Direito Constitucional da UFBA, da UNEB, da UNIJORGE e da Faculdade Baiana de Direito.

SUMÁRIO DA OBRA

ESTUDOS ACADÊMICOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL

Volume II - 2021

A GARANTIA DO DIREITO À CRECHE ATRAVÉS DA INTERVENÇÃO JUDICIAL E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL: GARANTINDO EFETIVAMENTE O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO	11
Diego Lucas Ferreira De Souza Lima; João Carlos Almeida Dos Santos	
O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL	24
Márcio Leal Almeida	
ATUAÇÃO DOS PODERES EXECUTIVOS: AUTONOMIAS E COMPETÊNCIAS FRENTE À COVID-19 NO CENÁRIO BRASILEIRO	31
Ariel Ribeiro Rêgo; Ananda Gabrielle Zacarias Araújo	
CONSIDERAÇÕES SOBRE O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS	47
Ana Carolina Da Franca Schaper	
CRISE DE LEGITIMIDADE DO LEGISLATIVO E ATIVISMO JUDICIAL	60
Pedro Paulo Gomes de Paula	
FUNÇÃO ESSENCIAL DA JUSTIÇA: E AS MULHERES?	68
Kauane Nunes Alcedino	
VICISSITUDES DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS NO PROCESSO LEGISLATIVO BRASILEIRO: LIMITES AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E PRESERVAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA	83
Cristine De Carvalho Gleyser Gomes Da Silva	
A PERMISSIVIDADE E POSSÍVEL INTERPRETAÇÃO ABUSIVA DO ARTIGO 53 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	95
Marília Damasceno De Andrade; João Humberto Andrade Brito Ribeiro	
A ELITE E A ARISTOCRACIA NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO	105
Letícia de Souza Silva	
O ENUNCIADO 347 DO STF E O TCU	111
Ulisses De Araújo Malveira	
UM BREVE ENSAIO CRÍTICO SOBRE OS PROBLEMAS DO PROCESSO LEGISLATIVO BRASILEIRO	117
Rafaela Araújo de Melo; Tatiana Alves	

A GARANTIA DO DIREITO À CRECHE ATRAVÉS DA INTERVENÇÃO JUDICIAL E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL: GARANTINDO EFETIVAMENTE O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

*Diego Lucas Ferreira De Souza Lima
João Carlos Almeida Dos Santos*

11

1. DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO E SEU DESDOBRAMENTO NO DIREITO À CRECHE.

O direito social à educação, tal sua importância, foi erigido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como um dos direitos sociais básicos, a teor do que dispõe o art. 6º, *in verbis*:

Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

É imperioso destacar que a educação, antes mesmo de ser garantida como direito fundamental no supracitado dispositivo da Constituição de 1988, faz parte do rol universal de direitos humanos, distinção que a torna mais relevante, visto que está prevista na ordem internacional, como se infere do art. 26 da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948:

1. Todos os seres humanos têm direito à educação. A educação será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A educação elementar será obrigatória. A educação técnico-profissional será acessível a todos, bem como a educação superior, esta baseada no mérito.
2. A educação será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A educação promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.
3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de educação que será ministrada aos seus filhos.

É de clareza solar que a educação básica constitui-se direito subjetivo público e dever prioritário do Estado, tudo com base na Lei das Leis, no Estatuto da Criança e do Adolescente, e, de igual modo, na Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

Nessa inteligência, o Estado encontra-se mais que compelido a promover a efetivação de tal direito fundamental. Calha dizer que, com fulcro no princípio da máxima eficiência, não basta a mera oferta para considerar o direito suprido mas, em verdade, as ações estatais desenvolvidas devem possuir padrão de qualidade.

Não é demasiado lembrar que, conforme a doutrina da proteção integral, prevista no art. 227 da CRFB/1988, a criança e adolescente possui prioridade no atendimento as suas

demandas, visto que é encontra-se na condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, conforme preconiza o Códex Infanto-juvenil.

De fato, a Carta Magna, assim trata a questão da educação, em especial da inserção da criança e creche e pré-escola pública:

Art. 205. A educação, direito de todos e **dever do Estado** e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, **visando ao pleno desenvolvimento da pessoa**, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 208. **O dever do Estado com a educação** será efetivada mediante a garantia de: I – **educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade**, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009) (Vide Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006);

§ 1º. **O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.**

§ 2º. **O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.**

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, **com absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à **educação**, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Grifou-se)

Conforme estabelece o inciso IV, do artigo 208, da CRFB/88, o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 05 (cinco) anos de idade, sendo este um direito gratuito de assistência dos trabalhadores urbanos e rurais, na forma do art. 7º, inciso XXV, da Carta Magna.

Assim, não remanescem dúvidas de que a educação é dever do Estado, que dela deve se incumbir desde a formação inicial do cidadão. Nesse contexto, o direito fundamental à educação, inclusive a infantil, classificado pela Carta Magna enquanto direito social, detém a prerrogativa de aplicabilidade imediata, a teor do que dispõe o art. 5º, § 1º, da CFRF/1998, posto que o Legislador Originário não diferenciou a aplicabilidade entre os direitos previstos no art. 5º e os demais direitos fundamentais.

Ressalte-se que há um esforço doutrinário para classificar os direitos fundamentais assegurados na Lei Maior, *vide* a melhor (e mais aceita) doutrina de José Afonso da Silva em seu livro “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, segundo o qual divide as normas

constitucionais de eficácia plena¹, de eficácia contida² e de eficácia limitada³.

2. DA CONTROVÉRSIA ACERCA DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Nos últimos anos, o País passou a conviver com o fenômeno da judicialização das políticas públicas. A partir de um olhar mais detido sobre o papel da Constituição, suas diretrizes e vertentes enquanto opções declaradas de construção de um Estado Social e Democrático de Direito, surgiu uma nova concepção do direito, que tem como premissas fundamentais a força normativa da Constituição, a sua superioridade e centralidade no sistema jurídico (BARCELLOS, 2007).

Tal judicialização decorre de uma mudança em termos paradigmáticos no que concerne ao alcance dos mandamentos constitucionais. Tais mandamentos avultam-se deixando de ser visto como meros preceitos normativos a serem interpretados conforme vontade dos Poderes Constituídos e se tornem verdadeiras normas jurídicas, dotadas de aplicabilidade imediata, a teor do que dispõe o parágrafo único do art. 5º da Carta Magna, passando a vincular e condicionar a atuação estatal.

É de fundamental importância destacar que as normas constitucionais, sobretudo aquelas vinculadas a uma prestação de ação positiva por parte do Estado, ganham arena e ostentam caráter cogente, impondo e determinando as escolhas políticas do Estado. Nesse sentir tal gama de direitos concretiza o princípio da dignidade da pessoa humana, também erigido na Lei Maior enquanto fundamento da República Federativa do Brasil logo em seu art. 1º, inciso IV. É dizer: a dignidade da pessoa humana é tida como pilar superior do sistema jurídico pátrio devendo, portanto, pautar as deliberações político-majoritárias.

Contudo, a atuação do judiciário no controle de políticas públicas é tema de grande polaridade entre a doutrina, os julgadores e os operadores do Direito, havendo quem diz ser essencial a atuação judicial visando efetivar os mandamentos constitucionais, enquanto há aqueles que dizem que, com isto, se cria uma judicialização da política. Assim reconhece a renomada doutrinada Élide Graziane Pinto, vejamos senão:

Controvérsia de larga monta instala-se no debate administrativista quando se questiona a possibilidade de o Judiciário determinar – imperativamente – a execução de projetos e atividades constantes de uma determinada política pública, tanto gerando

¹ São aquelas que possuem aplicabilidade imediata, direta e integral.

² São aquelas que o legislador constituinte regulou satisfatoriamente os interesses relativos a uma determinada matéria, porém deixou margem a restrições por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados.

³ São aquelas que apresentam aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, pois necessitam de uma norma posterior, infraconstitucional, para que incida totalmente sobre o interesse em questão, que irá lhes desenvolver aplicabilidade.

obrigações de fazer para o administrador, quanto causando repercussão orçamentária nas contas públicas. Vale perguntar, pois, se estaria o Judiciário ferindo a liberdade de escolha de prioridades (de que goza o gestor) quando determina, em sede de controle de atos lesivos a direito, que a Administração arque com despesas não previstas na lei orçamentária anual. (PINTO, Élidia Graziane. **Financiamento de direitos fundamentais: políticas públicas vinculadas, estabilização monetária e conflito distributivo no orçamento da União do pós-Plano Real**, p. 139. Belo Horizonte: Editora O Lutador, 2010)

3. DA RESERVA DO POSSÍVEL E A SUA NÃO APLICAÇÃO EM QUESTÃO EDUCACIONAL

14

Aqui, em que pese não ser esta a opinião pactuada pelos autores, discute-se da aplicação ou não de um princípio muito específico, o chamado Princípio da Reserva do Possível. Os defensores de tal princípio, para afastar a obrigação estatal de prestação de serviços, pugnam pelo reconhecimento da necessidade de estabelecer limites ao fenômeno de sindicância realizada pelo Judiciário quanto à condução das políticas públicas a cargo do Executivo, sob pena de inviabilização da própria sobrevivência do Estado Democrático de Direito e desarmonia entre os poderes públicos.

Invocam, por seu turno, o julgamento da ADPF 45/2004⁴, em decisão emblemática do saudoso Ministro Celso de Mello, por meio do qual firmou os limites para a admissão da judicialização das políticas públicas, compreendendo que terá ser cabida quando satisfazer, simultaneamente, os seguintes itens: (a) quando a omissão ou a política já implementada não oferecer condições mínimas de existência humana; (b) se o pedido de intervenção for razoável; (c) se a omissão ou a política for desarrazoada. Em todos os casos, é preciso que haja verba e condições materiais para a implementação das medidas. É dizer, deve-se demonstrar com clareza que há omissão estatal e razoabilidade no pleito, bem como que existem recursos orçamentários ou meios materiais para custear a pretensão levada a juízo.

Acerca do que se convencionou chamar de reserva do possível, que vem a ser a capacidade e disponibilidade orçamentária para arcar com os custos da implementação da política pública exigida em juízo, o Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADPF 45, assinalou:

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a

⁴ ADPF 45-9 – Distrito Federal, Relator: Min. CELSO DE MELLO DJ DATA-04/05/2004 P – 00012.

limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS ("A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais", p. 245-246, 2002, Renovar):

"Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição.

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível." (grifei)

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

Data vênia o argumento daqueles que entendem pela aplicação do reserva do possível, reafirma estes subscritores que a cláusula da reserva não encontra amparo para aplicação em matéria educacional, posto que, tendo por corolário lógico a Lei Maior, a maioria doutrinária considera a educação enquanto direito social e, nesta condição, direito fundamental que, por sua vez, é um direito intangível e com aplicabilidade imediata.

N'outras palavras, a educação compõe o rol dos direitos que representam a ideia de "mínimo existencial" e, como primordiais a população do Estado brasileiro, não encontram (ou melhor: não deveriam encontrar) limitações orçamentárias. Em verdade, deveria ser o contrário: os Poderes Constituídos deveriam destinar grande vult das verbas para concretizar os anseios básicos da população erigidos na Carta Maior.

Assim, diante da relevância da formação intelectual e social do cidadão, de forma a propiciar a possibilidade de uma vida digna, a Administração Pública deve, por determinação constitucional, assegurar ao público infante-juvenil acesso irrestrito à educação básica a todos que se enquadrem no quanto disposto na CRFB e no ECA.

Outrossim, é bom destacar o art. 4º do Estatuto que regulamenta o Princípio da Prioridade Absoluta, sobretudo seus incisos “c” e “d” que asseguram a preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e, ainda, destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Vale dizer que observa-se com frequência alegações escapatórias de reserva do possível utilizadas pelo administrador público negligente de conveniência e oportunidade, sendo certo que, sendo um direito fundamental da criança, não sofre incidência da reserva do possível.

Neste sentido, transcreve-se parte do brilhante voto do Ministro do STJ Herman Benjamin, relator do Recurso Especial nº 440.502 (2002/0069996-6), mais recente, inclusive que a decisão do Ministro Celso de Mello proferida no bojo da ADPF 45/2004:

VOTO: Se um direito é qualificado pelo legislador como absoluta prioridade deixa de integrar o universo de incidência da reserva do possível, já que sua possibilidade é, preambular e obrigatoriamente, fixada pela Constituição e pela lei. Ao comentar esse dispositivo, Ingo Sarlet bem nota que alegar-se, neste contexto, eventual indeterminação ou incompletude das normas constitucionais beira as raízes do absurdo (A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 6ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, p.354). **Em tal contexto, seriam impertinentes os argumentos relativos à reserva do possível e à incompetência dos tribunais para examinar o direito ao ensino público gratuito, pois as regras sobre as competências na esfera do ensino, já estão inequivocamente contidas na própria Constituição**.⁵ (Grifou-se)

4. DA POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA GARANTIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO.

Evidenciado a não aplicação da reserva do possível em matéria educacional, debruçemo-nos agora sobre a legitimidade do Judiciário para conferir eficácia ao mandamento constitucional através de intervenção judicial.

Em sede preliminar, insta comentar que a Constituição de 1988 foi além dos temas tradicionalmente tratados nas Leis Fundamentais dos diversos países, abrangendo pormenorizadamente um vasto campo de relações sociais, econômicas e públicas (VIEIRA, 2018). Tal Lei Fundamental ao elencar enquanto direito fundamental o amplo acesso à justiça, previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, torna possível a existência da plena judicialização de matérias elementares ao Estado.

Calha destacar que, conforme bem exposto por PINTO (2010), a Constituição da República de 1988 entregou ao Poder Judiciário o controle da ordem pública, da legalidade,

⁵ Voto do Ministro do STJ Herman Benjamin, relator do Recurso Especial nº 440.502 - 2002/0069996-6.

além do controle sobre a constitucionalidade de leis (em sentido amplo) e atos públicos ou privados. A Carta de 1988, em especial, não admitiu que fosse afastada a possibilidade de haver controle judicial sobre qualquer lesão ou ameaça a direito.

Por isso, VIANNA (1999) defende que foi dado um grande e denso voto de confiança institucionalizado constitucionalmente a que todos os magistrados pudessem intermediar os interesses e conflitos sociais sob a linguagem do sistema jurídico. O mesmo autor denuncia que se o Judiciário passa a determinar imperativamente a agenda pública por meio de ações localizadas, quer tenha sido provocado individualmente, quer tenha lhe chegado a demanda pelo Ministério Público, os cidadãos – que, por falta de informação ou de recursos, não têm como ingressar com ações judiciais – jamais verão seus interesses representados.

Dito de outro modo, uma minoria com acesso ao Judiciário passa a fixar – sem qualquer regra de representação política – uma grande parte da agenda pública. Com isso não se está dizendo que tal processo seja bom ou ruim, mas apenas restritivo do ponto de vista da formulação das políticas públicas, as quais, constitucionalmente, devem passar pelo crivo dos poderes com representação política, quais sejam, o Executivo e o Legislativo (VIANA, 1999 *apud* PINTO, 2010).

Para MEDEIROS (2016), a judicialização significa dizer que algumas questões de grande repercussão política ou social serão resolvidas pelo Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais, como Congresso Nacional e Poder Executivo. Assim, a judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Decorre daí que a judicialização não decorreu de uma opção ideológica ou filosófica do Judiciário, pois esse decide em cumprimento, de modo estrito, ao ordenamento jurídico vigente.

Em contramão da judicialização, para SALOMÃO (2018), o ativismo judicial relaciona-se ao comportamento dos juízes. Significa conduta que desborda da atuação puramente técnica e judicial. A interpretação ocorre de maneira expansiva. Assemelha-se ao que a nova – e não tão reconhecida no meio acadêmico – doutrina constitucionalista denomina de pós-positivismo (ou neoconstitucionalismo, a depender do ângulo), consistente na ideia de que o magistrado age sob a alegação de defesa da ética, para garantir direitos e o próprio funcionamento da sociedade.

Aqui é de extrema importância frisar que o Brasil, historicamente, é considerado um país adepto da *Civil Law*, um sistema de direito consubstanciado pelas normas positivadas através do Poder Legislativo. Contudo, é inegável a crescente influência do sistema de *Common Law*, no qual as decisões dos tribunais são dotadas de um caráter vinculante. Tal fenômeno é melhor compreendido a partir da análise feita pelo Doutor em Direito Constitucional Dirley da

Cunha Junior, em sua obra “Controle de constitucionalidade: teoria e prática”, na qual ele faz uma brilhante comparação entre as Constituições brasileiras, evidenciando a ascensão da relevância das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e a importância deste órgão, responsável pela proteção dos valores constitucionais.

Dessa forma, a jurisprudência tornou-se algo de extrema relevância no país, principalmente quando oriunda do Supremo Tribunal Federal, que acumula funções de corte constitucional e suprema corte e cujas decisões possuem, em determinados casos, força *erga omnes*. É dizer as decisões do STF têm efeito para todos. Essa amplitude opõe-se ao efeito “*inter partes*” – aquilo que fica restrito somente às partes participantes da relação.

O Supremo Tribunal Federal, atento a necessidade fundamental que é a educação, bem como respeitado o direito de acesso à justiça, estabeleceu precedente vital a discussão aqui proposta, por meio do qual a Corte se posicionou no sentido de manter a condenação de município a criar vagas em creches e pré-escolas para crianças de zero a cinco anos em unidade próximas de suas residências, afastando, em definitivo, a tese da suposta impossibilidade de intervenção do Poder Judiciário na seara da administração, que sucumbe diante da clareza do texto constitucional relativo à obrigatoriedade da oferta de educação infantil para todas as crianças. Reconhece ainda, na mesma decisão, a possibilidade da imposição das “astreintes” ao Poder Público.

CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS "ASTREINTES" CONTRA O PODER PÚBLICO - DOUTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS "ESCOLHAS TRÁGICAS" - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PRINCÍPIO "JURA NOVIT CURIA" - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida

às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças até 5 (cinco) anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.

DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgredir, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes.

A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À "RESERVA DO POSSÍVEL" E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS "ESCOLHAS TRÁGICAS". - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras "escolhas trágicas", em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas

definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de "mínimo existencial", que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS "ASTREINTES". - Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A "astreinte" - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial.”⁶

Há de se salientar, ainda, importante julgado da Corte Suprema, datado de 12/05/2016, ratifica as decisões anteriores, *in verbis*:

EMENTA: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE MUNICIPAL. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO. A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTO AO PODER PÚBLICO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como a primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e, também, o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).

- Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional

⁶ STF. 2ª T. ARE nº 639337 AgR/SP. Rel. Min. Celso de Mello. J. em 23/08/2011

de criar condições objetivas que possibilitem, de *maneira concreta*, em favor das “crianças até 5(cinco) anos de idade”(CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se *inaceitável omissão governamental*, apta a frustrar, *injustamente*, por inércia, o integral adimplemento, *pelo Poder Público*, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

- A educação infantil, *por qualificar-se como direito fundamental de toda criança*, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de pruro pragmatismo governamental.

- Os Municípios – que atuarão, *prioritariamente*, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – *não poderão demitir-se do mandato constitucional*, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da *discricionariedade político-administrativo* dos entes municipais, cujas opções, *tratando-se de atendimento* das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, *com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade*, a eficácia desse direito básico de índole social.

- Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, *no entanto*, ao Poder Judiciário, *ainda que em bases excepcionais*, determinar especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, *com a sua omissão*, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estrutura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível” (STF, RE 956475 / RJ, Relator: Min. Celso de Mello, j. 12/05/2016)

Importa enaltecer, que o STF, nos seus mais recentes julgados, todos do ano de 2018, vêm mantendo e consolidando seu posicionamento acerca da matéria supracitada. Nesse sentido, são as seguintes ementas:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE – ATENDIMENTO EM CRECHE – EDUCAÇÃO INFANTIL – DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) – COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO – DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO (CF, ART. 211, § 2º) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – SUCUMBÊNCIA RECURSAL – (CPC, ART. 85, § 11) – NÃO DECRETAÇÃO, NO CASO, ANTE A AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA NA ORIGEM – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. (RE 1101106 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 08-08-2018 PUBLIC 09-08-2018)

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO EM 25.09.2017. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. ESTRUTURAÇÃO E REGULARIZAÇÃO DE ESCOLAS PÚBLICAS. EDUCAÇÃO INFANTIL. SEPARAÇÃO DOS PODERES. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. RECURSO NEGADO. 1. A decisão recorrida está de acordo com a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal que consolidou-se no sentido de que, nos casos de omissão da administração pública, é legítimo ao Poder Judiciário impor-lhe

obrigação de fazer com a finalidade de assegurar direitos fundamentais dos cidadãos, como é o caso dos autos, que trata da obrigação de promover obras e adquirir materiais necessários ao bom funcionamento de escolas públicas com a finalidade de garantir o acesso à educação infantil. 2. Agravo Regimental a que se nega provimento. (ARE 679066 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 08/06/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-153 DIVULG 31-07-2018 PUBLIC 01-08-2018)

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE – ATENDIMENTO EM CRECHE – EDUCAÇÃO INFANTIL – DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) – COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO – DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO (CF, ART. 211, § 2º) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – SUCUMBÊNCIA RECURSAL – MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA – PRECEDENTE (PLENO) – NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DOS LIMITES ESTABELECIDOS NO ART. 85, §§ 2º E 3º DO CPC – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.(RE 1076911 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-069 DIVULG 10-04-2018 PUBLIC 11-04-2018)

CONCLUSÕES

À guisa de arremate há de se esclarecer que carece de fundamento a alegação costumeira de que a matrícula determinada pelo Poder Judiciário resultaria na violação do Princípio da Isonomia. Ora, a ofensa ao referido princípio é uma falácia, posto que todos têm direito à educação infantil, motivo pelo qual deveria inexistir critérios de acesso ou fila de espera. Repita-se: TODOS têm o mesmo direito.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas, in Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais, org. Marcelo Novelino Camargo, Salvador: Jus Podivm, 2ª ed., 2007, p. 43/64.

JUNIOR, Dirley da Cunha. Controle de constitucionalidade: teoria e prática. Salvador: Jus Podivm, 10ª ed., 2019.

MEDEIROS, Amanda. Judicialização ou ativismo judicial? Entenda a diferença. Disponível em: <https://www.politize.com.br/judicializacao-e-ativismo-judicial/>. Acesso em 14 de novembro de 2020.

PINTO, Élidia Graziane. Financiamento de direitos fundamentais: políticas públicas vinculadas, estabilização monetária e conflito distributivo no orçamento da União do pós-Plano Real. Belo Horizonte: Editora O Lutador, 2010.

SALOMÃO, Luís Felipe. Ativismo judicial: para quem e por quê? Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/289426/ativismo-judicial-para-quem-e-por-que>. Acesso em 14 de novembro de 2020.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

VIANNA, Luiz Werneck . A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 15-45, 149-156.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia em Crise in A batalha dos poderes.

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

Márcio Leal Almeida

1. INTRODUÇÃO

O artigo a seguir tem como objetivo ilustrar os pressupostos e principais características do Controle Judicial de Constitucionalidade, bem como compreender as razões de sua existência e analisar a importância de sua continuidade e os desdobramentos que a ele são inerentes.

A escolha do tema se dá pela importância, amplitude de ação e fascínio que esse instituto exerce no ordenamento jurídico e político brasileiro. Não obstante, visa apontar a divergência entre pontos positivos e negativos do ativismo judicial brasileiro, compreendendo a sua origem e analisando o caminho que se pretende seguir. A judicialização da política ou a politização do judiciário são um tema constante nos jornais de todo o país e tem se tornado parte da vida política do País de forma bastante contundente.

Analisar, compreender e criticar acerca de tão relevante assunto é, portanto, fundamental ao estudo e exercício do direito no Brasil.

2. FUNDAMENTAÇÃO HISTÓRICA

O ano é 1801. A transição do governo Adams para o governo de Thomas Jefferson revelou conflitos não apagados após a Guerra Civil americana, que havia anos antes dividido o país.

Visando manter a influência e controle das decisões importantes nos Estados Unidos da América, John Adams resolve engendrar uma manobra política, reformando o judiciário, reduzindo os cargos que viriam a ser nomeados pelo novo presidente, e mantendo aqueles que eram em sua maioria ocupados pelos federalistas – o viés político no qual mantinha suas bases. Além disso, criou 42 cargos de juízes federais, que seriam por ele nomeados ainda no final de sua administração. Todavia, John Marshall, Secretário de Estado do governo Adams, não conseguiu realizar a investidura de cargo dos quarenta e dois nomeados antes de finda o governo, tendo apenas um dia para executar a ação.

A Suprema Corte não tinha competência necessária para obrigar um chefe do Executivo a assumir a responsabilidade de empossar os nomeados faltantes, visto que esses não foram nomeados pelo presidente eleito. Thomas Jefferson não permitiu que seu Secretário de Estado, James Madison, realizasse a posse dos nomeados. No entanto, William Marbury, um dos juízes nomeados e não empossados, entrou com uma ação na Suprema Corte contra essa decisão, no

famoso caso *Marbury versus Madison*, processo esse que ganhou fama e influência nas cortes de vários países, especialmente os ocidentais.

Fato curioso é que o próprio Marshall, que havia sido Secretário de Estado de John Adams, fora nomeado presidente da Suprema Corte com aprovação do Senado e agora tinha a missão de julgar o processo de *Marbury x Madison*. Apesar de reconhecer o direito de Marbury a investidura do cargo, John Marshall afastou a lei federal na qual tal feito seria pautado, reconhecendo que a Corte não poderia exigir o dever de fazer ou não fazer aos atos do poder executivo quando estes fossem motivados por decisões políticas ou expressamente pelo poder discricionário, uma vez que houvesse lei originária que contrariasse o Texto Constitucional, sendo, portanto, inválida por ser uma lei inconstitucional. Além disso, o presidente da Suprema Corte estabelecia, sem oposição veemente dos contrários, a autoridade do órgão que presidia para exercer o controle judicial de constitucionalidade.

Desta maneira, Marshall, em uma estratégia política, mantinha no mais alto cargo do poder judiciário sem conflito direto com o governo republicano de Thomas Jefferson, tendo ao mesmo tempo prevalecido no campo político e judiciário.

De acordo com Barroso (2018), Marshall justificou sua decisão por três grandes fundamentos: a supremacia da Constituição, a nulidade de lei a ela contrária, e a competência do Poder Judiciário como intérprete final da Constituição.

3. OS PRESSUPOSTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Conforme George Lima Carvalho explica em seu artigo, *Pressupostos do controle de constitucionalidade*, “*A construção histórico-jurídica acerca das Constituições ensejou a constatação de três pressupostos para efetivação do controle de constitucionalidade: uma Constituição formal; uma Constituição que seja compreendida como norma jurídica fundamental; e, por fim, que preveja a existência de um órgão de controle...*”.

Para o jurista Dirley da Cunha Junior, esse órgão de controle serviria como um “guardião da Constitucional”. Esse guardião inexoravelmente precisa ser o órgão máximo da aplicação da justiça em um país fundamento por uma constituição formal. No caso do Brasil, esse órgão é o Supremo Tribunal Federal (STF) – a Suprema Corte brasileira.

Assim, para que haja o instituto do controle judicial de constitucionalidade, é necessário haver uma Constituição escrita formal, que abarque todo o conteúdo material que rege um país em um único documento. Tal controle não pode ser exercido onde a constituição é material e não escrita dado ao fato de que em países com essa característica a Carta Magna não exerce supremacia, e sim o Parlamento.

George Lima Carvalho afirma que,

De acordo com as premissas adotadas, da Constituição como um reflexo político, porém dotada de normas jurídicas, é de se concluir que o Tribunal Constitucional é um órgão jurisdicional, – porquanto aplique métodos e técnicas nitidamente jurídicas, além de ser composto por membros com o exigido notório saber jurídico, porém as repercussões de suas decisões –, autorizado a exercer uma função política, de governo, diante do quanto legitimado pela Constituição. Logo, tem uma natureza jurisdicional, mas com uma eminente (mas não única) função política.

Analisando essa afirmação, resta-nos o entendimento de que o Tribunal Constitucional possui todos os elementos jurídicos necessários para fazer valer a Constituição, tendo suas decisões consequências políticas. Não estranha assim o fato de esse instituto ser cada vez mais utilizado no ordenamento jurídico do Brasil, impetrado por interesses meramente políticos.

4. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL DO SÉCULO XXI

A separação dos poderes na democracia brasileira tem como um de seus fundamentos o sistema de freios e contrapesos. Como bem explica a juíza federal Oriane Piske, em seu artigo *Considerações sobre a Teoria dos freios e contrapesos (Checks and Balances System)*,

O Sistema de Freios e Contrapesos consiste no controle do poder pelo próprio poder, sendo que cada Poder teria autonomia para exercer sua função, mas seria controlado pelos outros poderes. Isso serviria para evitar que houvesse abusos no exercício do poder por qualquer dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário). Desta forma, embora cada poder seja independente e autônomo, deve trabalhar em harmonia com os demais Poderes.

Visando o equilíbrio entre os poderes, o controle constitucional seria, portanto, um remédio, que garantisse a legitimidade de direitos puramente pautado na Constituição, evitando-se assim as discrepâncias provocadas por leis confusas, divergentes da Lei Fundamental do país.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 103, elencou os órgãos competentes para motivar o Poder Judiciário a exercer o controle judicial de constitucionalidade, quais são:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A CF/1988 trouxe algumas inovações. Para o controle abstrato, trouxe o advento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) cujos legitimados são os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) genérica e da ação declaratória de constitucionalidade (ADC). Para os casos concretos, o mandado de injunção foi adicionado nos termos do art. 5º, inciso LXXI, da CF/88.

Considerando ainda os dispositivos do mandado de segurança – uma criação genuína do sistema constitucional brasileiro – o habeas corpus, o habeas data, a ação civil pública e a ação popular, o ministro do STF, Gilmar Mendes, declara que:

A multiplicidade de mecanismos processuais e a robustez do texto constitucional, o qual possui um dos catálogos de direitos fundamentais mais extensos do mundo, têm permitido ao Supremo Tribunal Federal do Brasil desenvolver o controle de constitucionalidade com extrema desenvoltura.

O próprio ministro afirma, ainda que “o início deste Século XXI tem sido marcado, no Brasil, por uma vertiginosa evolução da jurisdição constitucional, o que pode também ser caracterizado pelo ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal na proteção da Constituição e dos direitos fundamentais.”

Uma vez que os dispositivos legais e infralegais visam estabelecer o equilíbrio entre os poderes executivo, legislativo e judiciário, fundamentado no sistema de freios e contrapesos, com a capacidade de cada poder exercer o autocontrole e, também, atuar como um fiscalizador dos demais, quando um desses poderes possui inúmeros dispositivos dos quais pode lançar mão para exercer o controle sobre o excesso nas funções dos demais poderes, há um risco de desequilíbrio entre esses. Todavia, há que se reconhecer que o diferencial do Poder Judiciário é que este não pode agir por iniciativa própria, somente o fazendo quando for provocado (Princípio da Inércia), como está disposto no art. 2º do Código de Processo Civil brasileiro:

Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

Pelo princípio da inércia, o Poder Judiciário não pode atuar por vontade própria. A exceção está nas atividades deliberativas de caráter discricionário, previstas no regimento interno de cada órgão e em geral referem-se ao âmbito administrativo. Assim, a finalidade jurídica dos órgãos do judiciário só poderá ser exercida se provocada.

O reconhecimento desse princípio não contradiz o pensamento do ministro Gilmar Mendes, quando este cita a emenda 45/2004, em que qualquer interessado pode fazer valer a orientação do STF por meio de apresentação de uma reclamação por descumprimento de

decisão judicial. Dado ao fato de que a Constituição Federal de 1988 promoveu a transição do modelo difuso para o modelo concentrado do controle de constitucionalidade, tornou-se ato comum ao STF o julgamento de questões objetivas e posições pessoais subjetivas sob seu espectro, vinculando-se ainda as decisões entre os órgãos judiciários e os da Administração Pública.

Justificando a crescente ação do STF nas discussões sobre a constitucionalidade das leis, Gilmar Mendes cita o julgamento da ADI nº 815,

na qual se discutiu sobre a polêmica questão quanto à existência de normas constitucionais inconstitucionais, - a pleora de emendas constitucionais do período pós-88, - assim como a abertura normativa das denominadas cláusulas pétreas, tornaram o exercício do controle de constitucionalidade das reformas constitucionais uma atividade recorrente.

Cabe ainda ao Supremo refutar a omissão legislativa por meio da ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão), tornando-o órgão garantidor da aplicação dos direitos fundamentais, quando a lei não define ou não garante que tais direitos sejam precipuamente exercidos no caso concreto, como nos mandados de injunção 670 e 7082 em que, de acordo com o ministro:

reconhecendo o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos, de um lado, com o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua, de outro, bem assim, tendo em conta que ao legislador não é dado escolher se concede ou não o direito de greve, podendo tão-somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina, reconheceu a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que couber, da Lei 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada.

Não há que se estranhar que as crescentes emendas e as lacunas existentes na Lei Fundamental originariam o instituto de tantos dispositivos que visassem o controle de constitucionalidade dado o fato que o inadimplemento dos direitos fundamentais, garantidos no Texto Constitucional, trariam o amadurecimento das decisões vinculantes que desembocariam na vida política do país, uma vez que o surgimento desse controle é uma decisão jurídica com consequências políticas. O oposto também pode ser interpretado quando a vontade política surge enviesada por argumentos jurídicos convincentes que tendem a manter o *status quo*, garantindo, não a plena aplicação da justiça, mas sim beneficiando subjetivamente os interessados nas disputas políticas.

CONCLUSÃO

Em países populosos, em que há grande diversidade social, cultural, econômica, como no caso do Brasil, é natural que o ativismo judicial possa ser o único meio pelo qual haja a

resolução de conflitos subjetivos (entre civis) e objetivos (quanto a norma). Porém, não se pode esquecer que o Legislativo e o Executivo são capitaneados por pessoas escolhidas pelo povo, o que difere das escolhas referentes ao judiciário onde, apesar do notável saber jurídico, seus ocupantes são pessoas concursadas ou escolhidas pelo Chefe do Executivo. Assim, a legitimidade do poder que emana do povo, em uma república federativa presidencialista, está nas Casas Legislativas e no Chefe do Estado, e não nas mãos dos Juízes.

O imbróglio está longe de se afastar da ordem do dia, mas há que se estudar dispositivos que garantam a continuidade do equilíbrio entre os poderes, visando essencialmente a satisfação das necessidades do povo.

REFERÊNCIAS

ALVES JR., Luís Carlos Martins. O ativismo judicial da República togada e o princípio da legalidade na democracia parlamentar: uma breve análise crítica acerca de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, sob as luzes da separação dos poderes e da soberania popular. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 23, n. 5392, 6 abr. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64972>. Acesso em: 18 dez. 2020.

BARROSO, Luís Roberto et. al. Os grandes julgamentos da história. Organizado por José Roberto de Castro Neves. 1 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018. pp. 381-393.

CARVALHO, George Lima. Pressupostos do controle de constitucionalidade. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42165/pressupostos-do-controle-de-constitucionalidade>. Acessado em 18/12/2020.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle de constitucionalidade: teoria e prática. Salvador, BA: Juspodivm, 2014.

DA SILVA, Adriano Laurentino. A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil e suas espécies. Portal Âmbito Jurídico. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-evolucao-do-controle-de-constitucionalidade-no-brasil-e-suas-especies/> Acessado em 18/12/2020.

MENDES, Gilmar. Os novos desafios da Jurisdição Constitucional no Século XXI: a perspectiva brasileira. Disponível em:

MONTENEGRO. Filho, Misael. Novo Código de Processo Civil Comentado - 2. ed. rev. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2016.

PEREZ, Guilherme Francisco Souza. O sistema de freios e contrapesos não se aplica ao Supremo Tribunal Federal. Portal Âmbito Jurídico. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-sistema-de-freios-e-contrapesos-nao-se-aplica-ao-supremo-tribunal-federal/> Acessado em 18/12/2020.

PISKE, Oriana; SARACHO, Antonio Benites. Considerações sobre a Teoria dos freios e contrapesos (Checks and Balances System). Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e->

entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske>.
Acessado em 18/12/2020.

ATUAÇÃO DOS PODERES EXECUTIVOS: AUTONOMIAS E COMPETÊNCIAS FRENTE À COVID-19 NO CENÁRIO BRASILEIRO

*Ariel Ribeiro Rêgo
Ananda Gabrielle Zacarias Araújo*

1. INTRODUÇÃO

Como objeto da pesquisa, o artigo em questão trata sobre a atuação, aliando a teoria à prática, dos poderes executivos no país, no âmbito da União, dos Estados-membros e dos Municípios, analisando-se como essas esferas estabelecem seus planos práticos diante da pandemia, à luz de suas competências, soberania e autonomia previstas na Constituição.

O problema da pesquisa se pauta no choque atinente à atuação entre essas esferas é muitas vezes a problemática que está imersa nesse contexto de atribuição de competências, por isso, é preciso compreender como cada ente atua, respeitando os princípios constitucionais.

A metodologia de pesquisa utilizada neste artigo reside sumariamente na utilização de doutrinas que tratam do Direito Constitucional, fazendo-se uma análise dogmática sobre o assunto através de autores renomados, juntamente com a referência a decisões de tribunais nacionais, e também de artigos e outros conteúdos advindos dos principais sites jurídicos, dada a situação de pandemia

A descrição da problemática que este tema trata, de maneira geral, sobre quais são as atividades previstas pela CF/88 referentes à atuação exercida pelo Presidente, Governadores, Prefeitos e os seus respectivos vices são desempenhadas diante da pandemia

A hipótese a qual se pretende defender é que existe notoriamente uma discussão prática entre os entes da Federação, sobretudo se observando diante o cerne pandêmico em que o Brasil está inserido. A atuação dos executivos e suas políticas adotadas refletem ou não as suas competências

O objetivo da pesquisa é entender de que forma a Constituição Federal delimita as competências de cada ente federativo, observando como se constitui a atuação dos poderes executivos nas suas respectivas escalas: nacional, estadual e municipal; Compreender como se estabelece na prática os princípios de soberania e autonomia frente à pandemia no Brasil.

A relevância do trabalho se justifica no fato de que esse artigo se faz relevante pois, em meio à pandemia oriunda da COVID-19, o Brasil presencia diversas situações em que há impasses e debates entre os entes federativos, discutindo sobre as medidas e ações tomadas pelos seus principais gestores e como está se dando a administração e competências diante do cenário de crise.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 OS “TRÊS” PODERES: BREVE PANORAMA HISTÓRICO

O princípio das separações dos poderes é consagrado historicamente, em principal no ocidente. Aristóteles foi um dos primeiros a tratar do assunto em sua obra “A Política”, enunciando os poderes que intitulou de Judiciário, Deliberativo e Executivo. Muitos anos à frente, Montesquieu cria e estabelece as atribuições consagradas e conhecidas atualmente. Sua importância se firma durante a Revolução Francesa, em que José Afonso da Silva afirma:

Tornou-se, com a Revolução Francesa, um dogma constitucional, a ponto de o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 declarar que não teria constituição a sociedade que não assegurasse a separação de poderes, tal a compreensão de que ela constituiu técnica de extrema relevância para a garantia dos Direitos do Homem, como ainda o é.^[1]

Esta separação se deu com a finalidade de impedir excessos do Estado, dividindo o seu poder político em funções exercidas de formas distintas. Desta forma, há a possibilidade de especialização das funções exercidas, em que cada órgão atua em função clara e pré determinada, e também independência orgânica, na qual não existe relação de subordinação ou hierarquia entre os poderes.^[2]A própria Constituição Federal vigente afirma no seu segundo artigo que: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”^[3] ou seja, não pode existir uma sobreposição de um poder perante outro.

O poder político, como fenômeno sociocultural, é uno e indivisível, ou seja, não pode ser fragmentado/dividido. Existe esse entendimento equivocado de que tal poder é dividido, porém, o que de fato se distribui é a função, que é marcada justamente pela harmonia e independência delas. Esse poder se manifesta através das conhecidas funções: executiva, legislativa e judiciária. Historicamente, elas eram concentradas e, com a separação de poderes, houve a separação dessas funções, de forma a se administrar, controlar e impor competências perante os órgãos estatais.

O formato tripartido é o mais estabelecido historicamente e é formado no Brasil pelos poderes Judiciário, Legislativo e Executivo. Aos dois primeiros é estabelecida à incumbência de, respectivamente, fiscalizar o cumprimento das normas e atualizar o sistema normativo. Ao poder executivo cabe em principal os atos de governo e chefia de Estado. Sobre este último, o artigo pretende abordá-lo de maneira mais detida, posto que a pandemia impôs situações em que os chefes desse executivo precisam tomar medidas cruciais para a contenção disseminativa do vírus da Covid-19.

Conforme trata Alexandre de Moraes, na obra Direito Constitucional, “ao legislador ordinário e ao intérprete, em especial às autoridades públicas dos poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e da Instituição do Ministério Público, esses objetivos fundamentais da República deverão servir como vetores de interpretação, seja na edição de leis ou atos

normativos, seja em suas aplicações”. O que se pode afirmar é que tais objetivos guiam os entes federativos numa rede de cooperação e auxílio nas suas políticas.

2.2 PODER EXECUTIVO: A PRÁXIS CONSTITUCIONAL

2.2.1 Importância e Características

O poder executivo é responsável pela execução das leis criadas pelo poder Legislativo e efetivamente concretizar e possibilitar os meios para que os direitos e deveres dos cidadãos sejam cumpridos. A atribuição de chefia de estado é outra prerrogativa exclusiva, exercida pelo Presidente da República, sendo auxiliado pelos Ministros de Estado. A esta função cabem as atribuições estabelecidas pelo artigo 84 da Constituição Federal, como manter as relações diplomáticas com Estados estrangeiros (inciso VII), declarar guerra e paz (incisos XIX e XX respectivamente) e também as chefias de governo e da Administração Federal.

Todos representantes do Executivo são eleitos pelo povo por voto direto, podendo ser dividido em três níveis de governo, responsáveis pela gestão dos entes federativos e do Distrito Federal. A nível federal, tem-se a União, com o presidente e vice-presidente; estadual e Distrito Federal, há os governadores e vices, e por fim, à nível municipal, prefeitos e vices. Fazem parte também do poder executivo os agentes públicos integrantes de secretarias e ministérios, responsáveis por auxiliarem na gestão e estarem, por exemplo, administrando principais pastas, como saúde, educação, etc.

2.2.2 Competências: a prática da jurisdição

A estrutura federalista baseia-se na organização de um estado formado por entes federados que possuem autonomia e que busca proporcionar equilíbrio para formação de um estado federal. “Quando examinamos os princípios fundamentais do título I da Constituição brasileira, destacamos que o princípio federativo é princípio estruturante ou de organização que define a forma de Estado adotada por uma Constituição”, segundo Dirley da Cunha Jr, na obra Curso de Direito Constitucional.

Desta forma, cada estado integrante do pacto federativo abre mão de parte de sua soberania para formação deste centro político integrado, buscando conviver harmonicamente com os outros estados. Entretanto, não há uma relação hierárquica entre a União, conjunto dos estados membros, e os estados propriamente ditos: na estrutura federativa, eles possuem autonomia de governo, mas não soberania para agir frente a órgãos internacionais, cabendo este papel a União.^[12]

O federalismo no Brasil se estabelece em 1889 com a proclamação da República e passou historicamente por diversas fases até assumir a forma que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu: federalismo por segregação, dualista e também por grandes tendências

centralizadoras, em principal durante o regime militar. A Constituição Cidadã, promulgada após a redemocratização do Brasil, buscou conferir mais autonomia aos estados membros, outrora perdida, e estabelece a tríplice estrutura do estado, dando aos municípios status de ente federativo, descentralizado ainda mais o poder.^[13]

Para estabelecimento do federalismo, faz-se sumária a repartição de competência de cada ente, sendo no Brasil esta divisão extremamente complexa. No Título III, a Constituição Federal versa sobre a organização político-administrativa do estado, estabelecendo os critérios horizontais e verticais de competências. No que se refere aos critérios horizontais, tem-se que existem competências exclusivas à União, municípios e Distrito Federal. As atribuições estaduais são as que não competem a nenhum destes três e que não seja uma competência concorrente, intitulada de competências residuais dos estados.

Nessa seara, a ADPF 672 MC-Ref, relatada pelo Ministro Alexandre de Moraes e julgada em 13/10/2020, traz, na sua ementa que:

Pandemia do coronavírus (covid-19). Respeito ao federalismo. Lei Federal 13.979/2020. Medidas sanitárias de contenção à disseminação do vírus. Isolamento social. Proteção à saúde, segurança sanitária e epidemiológica. Competências comuns e concorrentes e respeito ao princípio da predominância do interesse (arts. 23, ii, 24, xii, e 25, § 1º, da CF). Competências dos estados para implementação das medidas previstas em lei federal. arguição julgada parcialmente procedente.

Expressa-se, então, a importância do estado federado e a predominância de interesses. Nessa vertente, Gilmar Mendes e Paulo Branco, na obra Curso de Direito Constitucional, tratam que:

A autonomia importa, necessariamente, descentralização do poder. Essa descentralização é não apenas administrativa, como, também, política. Os Estados-membros não apenas podem, por suas próprias autoridades, executar leis, como também é-lhes reconhecido elaborá-las. Isso resulta em que se perceba no Estado Federal uma dúlice esfera de poder normativo sobre um mesmo território e sobre as pessoas que nele se encontram, há a incidência de duas ordens legais: a da União e a do Estado-membro

As competências verticais são competências concorrentes dadas à União, aos Estados e ao Distrito Federal, em que a União é responsável por criar normas gerais sobre dado tema e os outros dois entes, normas complementares responsáveis por adequar às suas realidades específicas. Neste caso, é vedado aos municípios à criação de competência legislativa com a União. Além disto, segue-se doutrinariamente a Teoria da Predominância do Interesse, na qual cada ente atua na sua esfera de poder: se local, refere-se ao município; regional aos estados e Distrito Federal e se nacionais, cabe à União.

O sistema de distribuição de competências previsto pela CF/88 é histórico e de sumária importância para se entender a dinâmica de atuação no país. A CF prevê que a República Federativa do Brasil guarda consigo a soberania no artigo 1º, isto é, uma característica que

denota o Estado federal analisado em seu conjunto perante outros países. A autonomia de seus entes federativos, estes que são os municípios, Distrito Federal, Estados e União, materializa-se nos 4 grandes atributos: auto-organização, auto-administração, autogoverno e autolegislação. Tais tarefas são protagonizadas por seus gestores. Presidente, Prefeitos e governadores têm, sob as suas gestões, atuações que demandam iniciativas perante sua esfera de competência.

O autor Júlio Cesar de Sá Rocha traz, na sua obra “Direito da Saúde - Direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos” que essas competências são “as modalidades de poder de que se servem as entidades estatais para realizar as suas funções”. De forma assertiva, ele fala que a predominância de interesses é o princípio que norteia a repartição de competência entre as entidades componentes do Estado federal. É preciso entender que existe uma soberania do Estado Brasileiro e autonomia dos seus entes federativos, posto que, o artigo 18 prevê: “a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.”

Ainda assim, o artigo 23 da CF/88 exprime que “é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios o cuidar da saúde e assistência pública, ou seja, em todas essas esferas deve-se tutelar esse direito fundamental, destinando políticas públicas a medidas para proteger esse direito. Cabe mencionar que a Constituição é bastante imperativa no que toca a essas competências, como trazido no Art. 24, que trata: “compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente” sobre, por exemplo, no inciso XII a proteção e defesa da saúde”, portanto, todos os poderes devem atuar de modo a proteger a saúde da população.

Os parágrafos desse artigo 24 são enfáticos no que se refere às competências:

§1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades

§4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Como trazido pelos artigos, a CF/88 aborda aos entes da Federação competências para que eles atuem em searas que ela determina. Essa forma de repartição de competência é primordial para que um ente não se sobreponha ao outro. A Carta Magna adota 2 formas de repartição de competência entre esses entes: que são a vertical e a horizontal. Quando se trata das competências privativas/exclusivas da União, correlaciona-se com a repartição horizontal, que baseia-se em um ente não interferir na atuação do outro.

Quando se trata das competências concorrentes e as comuns, a CF prevê a vertical, em que todos os entes trabalham de modo síncrono, harmônico, em conjunto. Ainda assim, de forma programática, a CF traz, nos artigos 21 e 22 as competências da União e as que são privativamente dela, respectivamente, ou seja, de forma exclusiva, não podem ser delegadas aos outros entes. No que toca aos municípios, o artigo 30 trata sobre suas competências; outrora, não há a listagem das competências dos Estados, restando-lhes as competências remanescentes, posto que não foram delimitadas à União, nem aos municípios. De forma cooperativa, as competências comuns são destinadas a todos os entes, conjuntamente. Concorrentemente, no artigo 24, XII, a proteção à saúde é cabível de atuação em todos os entes.

Tratando-se da soberania e autonomia constitucionais, Celso Ribeiro Bastos, em Curso de Direito Constitucional, fala que “a soberania é a supremacia do poder dentro da ordem interna e, diante da ordem externa, só encontrar Estados de igual poder. Ter a soberania como fundamento do Estado brasileiro significa que dentro do território brasileiro não se admitirá força outra que não a dos poderes juridicamente constituídos, não podendo qualquer agente estranho à Nação intervir nos seus negócios.”. Tais conceitos são fundamentais para que se entenda as competências de cada ente e a importância para a estruturação de suas ações e medidas.

2.2.2.1 Executivo federal

Em âmbito federal, o poder executivo no Brasil é representado pelo presidente e seu vice, eleitos a cada 4 anos por voto direto. Atualmente, o presidente e seu vice são eleitos conjuntamente, embora outrora existissem votações para ambos os cargos de forma separada, podendo-se escolher representantes de chapas políticas distintas, como o ocorrido em 1960, nas eleições em que Jânio Quadros foi eleito presidente, e João Goulart como seu vice.^[4]

O mandato como chefe do executivo é de 4 anos, podendo ser perdido por cassação por crime de responsabilidade ou decorrente de decisão judicial por crime comum; extinção em casos de morte, renúncia, perda de nacionalidade ou suspensão de direitos políticos. Outras possibilidades são as declarações de vacância caso à posse não seja realizada e por ausência do país por mais de quinze dias sem licença do Congresso Nacional.^[5]

O papel do presidente como representante do Executivo envolve várias funções distintas que são detalhadas no artigo 84 da Constituição Federal, na seção II intitulada “Das Atribuições do presidente da República”. Estas atuações têm relação com à gestão federal e econômica, diplomacia e sanção de leis e decretos. Desta forma, cabe a ele o veto à projetos de lei (§ V), propor orçamentos (§ XXIII) e celebração de tratados internacionais (§ VII). À União, cabem as matérias de interesse geral, nacional;

2.2.2.2 *Executivo Estadual*

Na figura do governador e vice-governador, o executivo na esfera estadual tem seu estado administrado e representado político, administrativo e juridicamente. Ele atua junto à respectiva Assembleia Legislativa nos estados, ou, no Distrito Federal, na Câmara Legislativa. Com mandato de 4 anos, podendo ser reeleito por mais 4, suas responsabilidades se assemelham às do presidente da república, mas com a competência residual. Como assegura a CF/88, aos estados, cabem aos estados-membros as matérias, assuntos e discussões que permeiam o interesse predominantemente regional.

Enquanto representante máximo do poder executivo estadual, ele deve fazer a propositura de leis para serem encaminhadas às Assembleias Legislativas, administrando a rede estadual de ensino, a seara de saúde no estado, área de segurança pública, etc. É trazido na CF as suas competências, mas não de forma nítida.

Art. 25 - CF/88 - Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.
§ 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

2.2.2.3 *Executivo Municipal*

No panorama municipal, o prefeito e o vice-prefeito são os responsáveis pelo ordenamento da cidade. Por 4 anos, sendo possível a reeleição por mais 4, a autoridade desse ente federativo deve zelar pela administração da cidade, gerindo a coisa pública no que lhe for competente, exercendo o controle do erário público, planejando e concretizando obras, além de outras funções, segundo o TSE.

O art. 52 trata que o Poder Executivo é exercido pelo prefeito, competindo-lhe: V - baixar decretos e demais atos administrativos fazendo-os publicar em órgãos oficiais. No cenário de pandemia, decretos, leis e portarias são publicados de modo a adequar a vida cotidiana aos protocolos de saúde, como notado em restrições ao deslocamento, por exemplo.

No capítulo IV, Dos Municípios, o artigo 29 da CF/88 traz que: “o Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: I - eleição do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Vereadores, para mandato de quatro anos, mediante pleito direto e simultâneo realizado em todo o País; Cabem os assuntos de interesse local, previsto no artigo 30 como: “compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

De forma coordenada, o prefeito pode promover essa integração entre demais prefeitos e níveis governamentais, a fim de se articular para melhor administrar a cidade.

Art. 6º São princípios que fundamentam a organização do Município:

I - o pleno exercício da autonomia municipal;

II - a cooperação articulada com os demais níveis de governo, com outros municípios e com entidades regionais que o Município integre ou venha a integrar;

Como exemplo, é trazido um artigo retirado da Lei Orgânica da cidade de Salvador/Bahia:

Art. 7º Ao Município do Salvador compete:

I - dispor sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

Art. 8 Compete ao Município, em comum com a União, o Estado e o Distrito Federal, observadas as normas de cooperação fixadas em lei complementar:

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

As legislações, quer federal, quer municipal ou estadual desvelam suas competências a fim de delimitá-las, mas não restringi-las, ou seja, são pontuadas para que cada ente cumpra seu respectivo papel e, caso não seja feito, é possível cobrar medidas perante o judiciário e legislativo para que eles saiam da inércia e atuem de modo programático.

2.3 COVID-19: CRONOLOGIA DISSEMINATIVA E REFLEXOS NO BRASIL

Causador de infecções respiratórias, o coronavírus (Sars-CoV-2019) foi descoberto no fim de 2019 na China, após alguns casos incipientes. Embora cause sintomas distintos em cada pessoa, os mais comuns são tosse seca, cansaço e febre. Em casos que evoluem para uma maior gravidade, há comprometimentos sérios do sistema respiratório, sobretudo dos pulmões, podendo levar a uma pneumonia e em outros casos, ao óbito.

Sua forma de transmissão oficialmente confirmada é por via gotículas respiratórias ou contato direto em secreções de pessoas contaminadas, embora muitos estudos ainda estejam sendo feitos para confirmar se a transmissão restringe-se apenas a este modo, por tratar-se de uma doença nova. Desta forma, qualquer pessoa a menos de 1 metro de alguém infectado tem risco de contaminação, caso não esteja com o distanciamento e máscara, sendo esse um vírus altamente contagioso.

Os primeiros casos foram confirmados em Wuhan^[6], capital da província chinesa de Hubei, sendo reportados inicialmente como pneumonia no mês de dezembro de 2019. Nas semanas iniciais de janeiro, o governo chinês o classificou como uma nova forma do coronavírus e o primeiro paciente falece em 11 de janeiro em decorrência da doença. No decorrer do primeiro mês de 2020, Japão, Tailândia, Coreia do Sul, Austrália, Canadá e outros países confirmam primeiros casos em seu próprio território. Durante este mês, diversos países

adotam medidas cautelares como medição de temperatura em aeroportos, monitoramento de sintomas de turistas entre outras ações para evitar que o vírus se espalhasse pelo mundo.

O primeiro caso da doença no Brasil é confirmado em 25 de fevereiro de 2020^[7], por meio de um homem que havia estado na Itália. Apesar disto, as primeiras ações contra o vírus começaram em 9 de fevereiro, com a repatriação de brasileiros que moravam na cidade de Wuhan, sendo estabelecidos em Goiás e permanecendo em quarentena por 14 dias. Um mês seguinte ao primeiro caso confirmado no país, já eram 2.271 casos confirmados e 48 mortos, tendo como epicentro da doença a cidade de São Paulo.

No início de março o Ministério da Saúde, liderado à época por Luiz Henrique Mandetta, distribuiu 30 mil kits de testagem para os estados, passou a classificar mais nações como países em alerta e assina contratos para compra de máscaras e EPI'S relacionados, estabelecendo mais ativamente ações de combate à doença viral. No final do mesmo mês, o avanço é dado como acelerado pois, do primeiro caso ao milésimo, passaram-se 25 dias. Em contrapartida, do milésimo caso ao dois milésimo, apenas seis dias.

Diversos estados passam a tomar iniciativas mais regionalizadas, pautadas nos monitoramentos feitos pelos governadores e prefeitos. A cidade de Salvador, na Bahia, suspende o funcionamento do comércio de rua, é criado o Consórcio Nordeste - iniciativa dos estados da região de enfrentamento à pandemia - dentre outras ações tomadas por gestores estaduais e municipais. Muitas destas causaram conflitos e discordâncias tanto entre outros entes federativos quanto às instâncias federais. Nesse panorama, tem-se a STP 334 AgR, relatada pelo Ministro Dias Toffoli, julgada em 18/08/2020, que traz:

Agravo regimental em suspensão de tutela provisória. Covid-19. Decreto municipal que estabelece flexibilização das restrições impostas à atividade comercial. Risco inverso à ordem administrativa. Necessidade de ação coordenada entre os entes da Federação, conforme decidido na ADI nº 6.341/DF e na ADPF nº 672/DF. (...)

Medidas nesse panorama foram implementadas por diversos gestores: lockdown, quarentena e outras ações restritivas com o fito de diminuir a circulação do vírus e, para isso, foram delimitados horários de funcionamento, com os protocolos de segurança estabelecendo diversas diretrizes para a abertura e funcionamento de estabelecimentos.

Em 16 de abril, ainda no cerne da pandemia que crescia assustadoramente, assume o novo Ministro da Saúde, Nelson Teich e o país registra 30.000 casos confirmados. Outros países do mundo, em principal na região da Europa, epicentro da pandemia à época, passam pelo pico da pandemia. Grande parte do Brasil estabeleceu medidas de isolamento social como fechamento de comércios, lockdown e distanciamento social. Estas medidas foram muito

criticadas pelo Presidente da República e em algumas regiões receberam baixa adesão. Em 15 de maio, o ministério da Saúde anuncia a exoneração de Nelson Teich do cargo, assumindo como interino Eduardo Pazuello que é efetivado apenas em 16 de setembro.

No mês de maio, mais de 100.000 casos são confirmados e 7.000 o número de óbitos, embora muito se fale de subnotificação de casos no país por conta da baixa testagem e devido ao fato de grande parcela dos infectados serem assintomáticos frente à doença. No mesmo mês, o país alcança o dobro de mortes acumuladas que a China se comparado diante do mesmo momento da pandemia.

Cerca de três meses após o primeiro caso no Brasil, são 363.211 infectados e 22.666 o número de mortos, o que faz com que instâncias internacionais, como os Estados Unidos, passem a estabelecer medidas frente ao país, a exemplo de decisão proferida por Donald Trump de proibir a entrada de brasileiros em solo norte americano.

Em 6 de junho, o Governo Federal tira do ar a plataforma com informações atualizadas sobre a doença e o Presidente afirma ser para adequar fluxos e rotinas, evitando inconsistências dos dados. Dois dias depois, veículos de saúde se reúnem para acompanhar o número de casos, solicitando informações das Secretarias Estaduais de Saúde. Os números do mês são extremamente preocupantes, em que, por exemplo, apenas o Estado do Ceará acumula mais mortes que toda a China. Após 4 meses do primeiro caso registrado, já são 1.233.147 pessoas infectadas no Brasil.

As consequências do Covid no país não resumiram-se apenas à saúde: em maio, manifestantes de grupos pró governo realizaram atos no Rio de Janeiro e São Paulo, apesar das medidas de isolamento social. O presidente na mesma época passeou a cavalo por Brasília em manifestações dadas como antidemocráticas e anti-Supremo Tribunal Federal além de outras manifestações ocorridas ao redor do Brasil contra às medidas de isolamento social e ações regionais implementadas por prefeitos e governadores. Desta forma e, diante desses fatos, além de passar por um momento de crise na saúde pública, o Brasil passou e ainda passa por um momento intenso de crise política e social.

Até a data de 24 de outubro de 2020, foram confirmados pelos veículos de imprensa 156.529 mortes e 5.356.035 casos confirmados, embora os dados apontem para uma variação de -22% em relação há 14 dias, demonstrando uma tendência de queda no número de mortes^[8]. Em relação à crise política e social, 43 pedidos de Impeachment contra o presidente Jair Bolsonaro foram homologados apenas em 2020^[9], uma grande quantidade de pedidos de impeachment de governadores, a exemplo de Wilson Witzel, do Rio de Janeiro, passaram a ser solicitados^[10]. A imagem do país frente a outras nações proveniente da condução da pandemia

está desgastada^[11] e outros assuntos acabaram ressaltando a complexa relação que o brasileiro tem frente aos seus chefes do executivo.

Pode-se observar que, nesse período de março até praticamente dezembro, a cronologia dos fatos mostrou recuos incipientes da disseminação do vírus, mas com alarmantes avanços, dada a existência da 1a e 2a ondas, tanto no Brasil, quanto no mundo. Tais reflexos mostram a procura a UPA's e hospitais particulares, alta de internações, em leitos e UTI's por todo o país, e, cada vez mais, menos cumprimento de medidas por parte da população, ignorando os protocolos de saúde veiculados pelos governantes. Tais comportamentos adversos às recomendações dos órgãos de saúde mostram o quanto contribuem para o avanço do vírus e causando impactos não somente na saúde, mas também na economia, política e direito.

2.5 ATUAÇÃO DOS PODERES EXECUTIVOS FRENTE À PANDEMIA

O contexto pandêmico causado pelo novo coronavírus trouxe diversas novas questões, não apenas para o âmbito da saúde e economia, mas também ao âmbito jurídico. Ao observar as medidas de enfrentamento a esta doença, em relação às competências do poder executivo, nota-se ações distintas e conflituosas que trouxeram diversos impactos à sociedade. Ressaltando o poder executivo na esfera federal e estadual, pode-se observar planos de ações diferenciados que abordam questões fortemente associadas à estrutura e história do federalismo brasileiro, bem como a relação complexa da estrutura de competência dos entes federativos.

Dada esta complexidade histórica, muitos conflitos na condução de medidas de saúde pública de enfrentamento à pandemia ocorreram, pois as dificuldades de precisar quem era competente para estabelecer ações e a quais interesses, se locais, municipais ou nacionais, estavam sendo atendidos, foram grandes. Outro fator emblemático foi a escolha de cada chefe de poder executivo frente à situação, apresentando tendências contrárias e dissonantes, causando não apenas conflitos jurídicos, mas também políticos, responsáveis por grandes desgastes e mal estar social. Posto isso, a ADI 6343, MC-REF, trata que:

(...) 2.A gravidade da emergência causada pela pandemia do coronavírus (COVID-19) exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis e tecnicamente sustentáveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde. 3.A União tem papel central, primordial e imprescindível de coordenação em uma pandemia internacional nos moldes que a própria Constituição estabeleceu no SUS. 4.Em relação à saúde e assistência pública, a Constituição Federal consagra a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23, II e IX, da CF), bem como prevê competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, da CF); permitindo aos Municípios complementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local (art. 30, II, da CF); e prescrevendo ainda a descentralização político-administrativa do Sistema de Saúde (art. 198, CF, e art. 7º da Lei 8.080/1990), com a consequente descentralização da execução de serviços, inclusive no que diz respeito às atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 6º, I, da Lei 8.080/1990)

É cabível mencionar acerca das ações implementadas pelo poder em questão nas suas vertentes da União, dos estados e municípios. Diversas portarias e decretos foram publicados de forma a conter o avanço disseminativo da COVID-19, a exemplo do Decreto nº 32.249 de 14 de março de 2020, que estabeleceu orientações aos órgãos e entidades integrantes da administração pública municipal direta e indireta, quanto às medidas de proteção para enfrentamento da covid-19.

Governadores e prefeitos fazem aliança em prol da obtenção da vacina, distribuição de máscaras à sociedade, campanhas de prevenção atuando em diversos bairros e cidades, gripários, leitos e hospitais de campanhas destinados às internações pela Covid, testagem em massa, dentre outras medidas.

Uma das medidas de enfrentamento à pandemia estabelecidas pelo governo federal foi à promulgação da Lei 13.979 de 6 de fevereiro de 2020^[14], regulando e estabelecendo quais medidas deveriam ser tomadas. Esta lei foi modificada pela Medida Provisória Nº 926, de 20 de março De 2020^[15], que ensejou diversas questões sobre as competências dos entes federativos em relação à saúde pública.

Esta medida provisória foi elemento de indagação postulada na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, iniciada pelo Partido Democrático Trabalhista. O argumento era que a redistribuição de poderes de polícia sanitária interferia na relação entre os entes corporativos, alegando também abuso de poder:

Destaca ser o tema da saúde reservado, como gênero, a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a teor do artigo 23, inciso II, da Constituição Federal. Aludindo ao parágrafo único do preceito, menciona a pertinência de lei complementar para a normatização da cooperação entre os entes federados, descabendo, segundo afirma, a edição de medida provisória tendo em conta o previsto no artigo 62, § 1º, da Carta da República. Frisa configurado abuso de poder, na modalidade excesso. Aponta a invalidade, por arrastamento, do Decreto nº 10.282/2020, a regulamentar a Lei nº 13.979/2020, no que definidos serviços públicos e atividades essenciais^[16]

Para o relator, ministro Marco Aurélio, seu entendimento é que não há transgressão ao preceito constitucional afirmando que:

Vê-se que a medida provisória, ante quadro revelador de urgência e necessidade de disciplina, foi editada com a finalidade de mitigar-se a crise internacional que chegou ao Brasil, muito embora no território brasileiro ainda esteja, segundo alguns técnicos, embrionária. Há de ter-se a visão voltada ao coletivo, ou seja, à saúde pública, mostrando-se interessados todos os cidadãos. O artigo 3º, cabeça, remete às atribuições, das autoridades, quanto às medidas a serem implementadas. Não se pode ver transgressão a preceito da Constituição Federal. As providências não afastam atos a serem praticados por Estado, o Distrito Federal e Município considerada a competência concorrente na forma do artigo 23, inciso II, da Lei Maior. ^[17]

No que se refere ao poder executivo e às ações de enfrentamento à pandemia, é cabível pontuar sobre uma nítida gestão de crise. O “choque” de competências se mostrou concreto

diante de um cenário pandêmico, trazendo consequências e riscos para a saúde da população. Houve distinção na atuação de cada poder executivo, em relação às suas posições atinentes à condução da pandemia, desvelando-se o choque entre essas autonomias.

A ADI 6343 MC-Ref, relatada pelo Ministro Marco Aurélio, julgada no dia 06/05/2020, aduz que:

(...) As regras de distribuição de competências são alicerces do federalismo e consagram a fórmula de divisão de centros de poder em um estado de direito (arts. 1º e 18 da cf). Competências comuns e concorrentes e respeito ao princípio da predominância do interesse (arts. 23, ii, 24, xii, e 25, § 1º, da cf). cautelar parcialmente concedida. 1. Em momentos de acentuada crise, o fortalecimento da união e a ampliação de cooperação entre os três poderes, no âmbito de todos os entes federativos, são instrumentos essenciais e imprescindíveis a serem utilizados pelas diversas lideranças em defesa do interesse público, sempre com o absoluto respeito aos mecanismos constitucionais de equilíbrio institucional e manutenção da harmonia e independência entre os poderes, que devem ser cada vez mais valorizados, evitando-se o exacerbamento de quaisquer personalismos prejudiciais à condução das políticas públicas essenciais ao combate da pandemia de COVID-19.

De forma detida, observa-se que ele pontua sobre o nítido momento de crise e a necessidade de fortalecimento entre as esferas, de modo a se auxiliarem mutuamente. Ainda, a ADI 6362, julgada pelo Ministro Ricardo Lewandowsky em 02/09/2020 traz que:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei 13.979/2020, que dispõe sobre medidas para o enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da Covid-19. Competência comum dos entes federados para cuidar da saúde. Arts. 23, ii, e 196 da CF. federalismo cooperativo. (...) I - a constituição federal prevê, ao lado do direito subjetivo público à saúde, a obrigação de o estado dar-lhe efetiva concreção, por meio de “políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196). (...).

Pecebe-se que as atuações do poder executivo sempre é posta em discussão para que se bem priorize as competências e a saúde coletiva. Exigindo o dever de prestar contas de suas ações é de fundamental importância para que se executem suas políticas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É preciso entender o cenário atual e a complexidade que essa temática evoca à sociedade, aos gestores e à atuação de ambos. De forma geral, foram trazidas aqui explicações prévias sobre o entendimento perante os “três” poderes, a importância das funções, o papel fundamental da distribuição de competências, focando no papel do Poder Executivo, fazendo-se o recorte do executivo federal, estadual e municipal diante dos seus administradores públicos e das medidas contra o vírus.

Pensar sobre a atuação desses poderes é de suma relevância para a sociedade atual, seja da área jurídica ou não, posto que é uma discussão em que se pode ver, concretamente, reflexos diretos no combate ao coronavírus. Entender sobre a atuação desses entes, compreendendo sobre como funciona a soberania do Estado nacional e a autonomia dos entes federativos traz

um norte para direcionar as políticas públicas e ações de enfrentamento à doença no cenário brasileiro. Embora todos os poderes devam prezar pela harmonia entre eles, é nítido o quanto o poder executivo e seus posicionamentos estão em maior destaque pelos veículos midiáticos diante dos alicives e declives de suas ações.

Cabe salientar sobre a importância dos outros poderes no que se refere à atuação diante da pandemia. O legislativo e judiciário, no âmbito de seus atributos, tentam adequar seus funcionamentos ao “novo-normal”, imposto pela Covid-19. No que toca o executivo, exige-se que ele cumpra com as normas e leis, assessorie a compra de medicamentos/ possíveis vacinas, dentre outras medidas que estão sob a sua incumbência.

Desse modo, a concreção da Constituição através das ações dos gestores executivos é sumária para que cada ente atue do modo como foi estabelecido. É preciso que ela seja cumprida com rigor, com todo o seu arcabouço de delegações e competências pré-estabelecidas, de modo a salvaguardar a autonomia de seus entes e visando o aprimoramento de suas ações, em sintonia com os outros poderes e gestores.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

CORREIO BRAZILIENESE. Rodrigo Maia já recebeu 56 pedidos de impeachment contra Bolsonaro. *In*: Rodrigo Maia já recebeu 56 pedidos de impeachment contra Bolsonaro., 18 nov. 2020. Disponível em: <https://blogs.correiobraziliense.com.br/vicente/rodrigo-maia-ja-recebeu-56-pedidos-de-impeachment-contrabolsonaro/>. Acesso em: 18 nov. 2020.

COSTA XAVIER, Gabriela; COSTA XAVIER, Camila. O federalismo: conceito e características. *Âmbito Jurídico*, , 1 out. 2014. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-tributario/o-federalismo-conceito-e-caracteristicas/>. Acesso em: 24 out. 2020.

Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, Curso de direito constitucional / Manoel Gonçalves Ferreira Filho. – 38. ed., rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.

FGV. Vice-presidente de JK > Vice-presidente pela primeira vez. *In*: Vice-presidente de JK > Vice-presidente pela primeira vez.. Disponível em: https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/Jango/artigos/VicePresidenteJK/Vice_presidente_pela_primeira_vez. Acesso em: 3 nov. 2020.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 38. ed. atual. G1. Brasil tem média móvel de 462 mortes por Covid-19 por dia e se aproxima de 157 mil. *In*: Brasil tem média móvel de 462 mortes por Covid-19 por dia e se aproxima de 157 mil. 24 out. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/10/24/casos-e-mortes-por->

coronavirus-no-brasil-em-24-de-outubro-segundo-consorcio-de-veiculos-de-imprensa.ghtml. Acesso em: 3 nov. 2020.

G1. Primeiro caso confirmado de Covid-19 no Brasil ocorreu em SP e completa seis meses nesta quarta. *In*: Primeiro caso confirmado de Covid-19 no Brasil ocorreu em SP e completa seis meses nesta quarta. , 26 ago. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/08/26/primeiro-caso-confirmado-de-covid-19-no-brasil-ocorreu-em-sp-e-completa-seis-meses-nesta-quarta.ghtml>. Acesso em: 23 out. 2020.

<http://coepbrasil.org.br/>

<https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-09/eduardo-pazuello-sera-efetivado-como-ministro-da-saude>

<https://coronavirus.es.gov.br/>

<https://coronavirus.saude.gov.br/linha-do-tempo/>

JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional. 13. ed. atual. [S. l.]: JusPodium, 2018.

LEI Nº 13.979, DE 6 DE FEVEREIRO DE 2020. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. LEI Nº 13.979, DE 6 DE FEVEREIRO DE 2020, [S. l.], 6 fev. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13979compilado.htm. Acesso em: 27 out. 2020.

LIMA, Bruna; CARDIM, Maria Eduarda. Imagem negativa do Brasil no exterior se deve à pandemia. *In*: Imagem negativa do Brasil no exterior se deve à pandemia. 20 set. 2020. Disponível em:

https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2020/09/20/interna_nacional,1187169/imagem-negativa-do-brasil-no-exterior-se-deve-a-pandemia.shtml. Acesso em: 24 out. 2020.

Material virtual - Direito Constitucional p/ Iniciantes (Nível Médio e Superior) - Curso Estratégia Concursos, professores Nádia Carolina e Ricardo Vale

Material virtual - Direito Constitucional p/ Senado Federal 2017 (Analista - Administração) - Curso Estratégia Concursos, professores Nádia Carolina e Ricardo Vale

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 12. ed. atual. [S. l.]: Saraiva, 2017.

MINISTÉRIO DA SAÚDE (Brasil). Resposta nacional e internacional de enfrentamento ao novo coronavírus. *In*: Resposta nacional e internacional de enfrentamento ao novo coronavírus. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/linha-do-tempo/>. Acesso em: 24 out. 2020.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 33. ed. atual. [S. l.]: Atlas, 2017.

SCHUQUEL, THAYNÁ. Onda de pedidos de impeachment atinge governadores e prefeitos com bases frágeis. *In*: Onda de pedidos de impeachment atinge governadores e prefeitos com bases frágeis. , 26 set. 2020. Disponível em: <https://www.metropoles.com/brasil/politica->

brasil/onda-de-pedidos-de-impeachment-atinge-governadores-e-prefeitos-com-bases-frageis.
Acesso em: 24 out. 2020.

SECRETARIA GERAL DA REPÚBLICA. Medida Provisória Nº 926, De 20 De Março De 2020. *In: MEDIDA PROVISÓRIA Nº 926, DE 20 DE MARÇO DE 2020.* , 20 mar. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-926-de-20-de-marco-de-2020-249094248>. Acesso em: 17 out. 2020.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. 905 p.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. 905

STF. MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.341 DISTRITO FEDERAL. *In: MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.341 DISTRITO FEDERAL.*, 24 mar. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>. Acesso em: 27 out. 2020.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS

Ana Carolina Da Franca Schaper

1. INTRODUÇÃO

Como produto legislativo máximo do Direito Constitucional encontramos a própria Constituição, elaborada para exercer dupla função: garantia do existente e programa ou linha de direção para o futuro (Alexandre de Moraes, direito constitucional)⁷

47

Ao pensarmos em direito constitucional é impossível não associarmos a palavra constituição, a qual denota a lei suprema de um Estado, fornecendo as diretrizes para toda organização político-administrativa da nação. De tal modo, é na constituição federal que encontraremos o princípio que rege a estrutura organizacional brasileira, de tripartição de poderes.⁸

A partir do art. 2º, compreendemos o Estado Brasileiro, uno e indivisível, dotado de tripartição das funções públicas, de modo que, o executivo, o legislativo e o judiciário, apresentam complementariedade, harmonia e independência entre si.

A lógica de tripartição dos poderes foi essencial para o desenvolvimento da democracia tal como a concebemos atualmente, uma vez que possibilita que os excessos provenientes de cada esfera de poder sejam regulados. Contudo, é imprescindível lembrar os antecedentes históricos que permitiram o desenvolvimento e eficaz execução da tese de Montesquieu.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Para entender a teoria de separação dos poderes, é de extrema importância conceber as características históricas que culminaram neste processo evolutivo. Embora o Barão de Montesquieu seja o oráculo consultado associado ao tema, a noção primitiva de separação de poderes nasce na Grécia antiga com Platão. Na obra intitulada “a república” o autor introduz a ideia da Polis ideal, na qual a sociedade estaria dividida a partir de funções com respectivas competências.

Ainda na idade antiga, Aristóteles, em seu tratado “Política” delineia o conceito de constituição mista, onde os três principais tipos de autoridade – democracia, aristocracia e monarquia – seriam mesclados a fim de que suas virtudes contrabalanceassem os defeitos. Tendo em vista que na idade média o foco das discussões não estava voltado a questões sociais e políticas, há um lapso temporal, de modo que o debate sobre o tema será retomado apenas na

⁷ Moraes, Alexandre – Direito Constitucional, décima terceira edição Atualizada com a EC n.º 39/02, pág. 29.

⁸ Vide Art. 2 da constituição federal de 1988.

idade Moderna com o filósofo contratualista, John Locke, vejamos o que versa a obra “segundo tratado sobre o governo civil”:

Em todo caso, enquanto o governo subsistir, o legislativo é o poder supremo, pois aquele que pode legislar para um outro lhe é forçosamente superior; e como esta qualidade de legislatura da sociedade só existe em virtude de seu direito de impor a todas as partes da sociedade e a cada um de seus membros leis que lhes prescrevem regras de conduta e que autorizam sua execução em caso de transgressão, o legislativo é forçosamente supremo, e todos os outros poderes, pertençam eles a uma subdivisão da sociedade ou a qualquer um de seus membros, derivam dele e lhe são subordinados (Locke, 1690).⁹

Ante o exposto, fica claro que apesar de propor a tripartição de poderes, a ideia de Locke pregava a supremacia do legislativo, de modo que o poder executivo e o poder federativo estariam destinados ao monarca e submetidos aos legisladores. Além do mais, Locke versa sobre a possibilidade de um poder que emana do povo em caso atípico:

Se o poder legislativo não respeitar os limites da duração ou se aqueles que o exercem perderem a autoridade pelas faltas que cometerem, o poder legislativo volta a reverter para o povo. (Locke, 1690)¹⁰

Não obstante diversos autores tenham apresentado noções sobre o tema, foi com Montesquieu que a teoria se consolidou propriamente como a concebemos no pós-modernidade. Destarte, o filósofo apresentou a ideia de divisão do poder em outros três poderes harmônicos e independentes. Em sua obra “o espírito das leis” publicada em 1748, o autor discorre sobre o sistema dos freios e contrapesos, o que de forma simplória, consistiria no exercício de regulação entre os poderes.

Para a separação funcionar, existe o sistema de freios e contrapesos, consagrado pelo pensador francês Montesquieu em sua obra “O Espírito das leis”. “Quem formula as leis não pode ser responsável pela sua execução, e quem é responsável pela sua execução não pode ser responsável por decidir se essas leis são constitucionais ou não, resume o cientista político Ricardo Caldas.¹¹ (Planalto.gov, 2018).

Contudo, o autor não enxergava os três poderes de forma igualitária, de modo que ao judiciário caberia um papel mais restrito e de menor importância se comparado ao restante. Posto isso, é possível verificar o desencadear do processo evolutivo que desembocaria nos sistemas democráticos. Logo, o primeiro momento em que podemos atestar tal processo na prática dar-se-á com a Declaração de direitos do bom povo de Virgínia – publicada em 16 de junho de 1776:

Que os poderes legislativo, executivo e judiciário do Estado devem estar separados e que os membros dos dois primeiros poderes devem estar conscientes dos encargos

⁹ LOCKE, JOHN. Segundo tratado sobre o governo civil, edição 2003, pág. 75.

¹⁰ LOCKE, JOHN. Segundo tratado sobre o governo civil, edição 2003, pág. 76.

¹¹ Sistema de freios e contrapesos garante harmonia entre os poderes. Notícia Planalto

impostos ao povo, deles participar e abster-se de impor-lhes medidas opressoras; que, em períodos determinados devem voltar à sua condição particular, ao corpo social de onde procedem, e suas vagas se preenchem mediante eleições periódicas, certas e regulares, nas quais possam voltar a se eleger todos ou parte dos antigos membros (dos mencionados poderes)., segundo disponham as leis.¹² (Biblioteca virtual de direitos humanos - USP)

Em paráfrase a Sarlet em sua obra a eficácia dos direitos fundamentais, concebe-se que as declarações americanas passaram a incorporar virtualmente os direitos e liberdades reconhecidos pelas suas antecessoras inglesas do século XVII.¹³

Dessa forma, a tripartição dos poderes expressa-se substancialmente no processo transitório para os Estados liberais. Nessa seara, verificamos a constituição norte americana de 1787:

Todos os poderes legislativos conferidos por esta Constituição serão confiados a um Congresso dos Estados Unidos, composto de um Senado e de uma Câmara de Representantes. (EUA, 1787).¹⁴

O Poder Executivo será investido em um Presidente dos Estados Unidos da América. Seu mandato será de quatro anos, e, juntamente com o Vice-Presidente, escolhido para igual período [...]. (EUA, 1787).¹⁵

O Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido em uma Suprema Corte e nos tribunais inferiores que forem oportunamente estabelecidos por determinações do Congresso. Os juízes, tanto da Suprema Corte como dos tribunais inferiores, conservarão seus cargos enquanto bem servirem, e perceberão por seus serviços uma remuneração que não poderá ser diminuída durante a permanência no cargo. (EUA, 1787).¹⁶

Seguindo a lógica americana, em 1789, a França adota em assembleia constituinte a declaração do direito do homem e do cidadão com 17 artigos, o que influenciará as demais constituições democráticas que se formariam, além de representar um notável valor no que diz respeito a afirmação de direitos fundamentais à pessoa humana. Fica estabelecido, portanto, no artigo 16º a separação de poderes como garantia básica para uma sociedade detentora de constituição. Uma vez que exaurimos a historicidade a respeito da tripartição dos poderes, concentraremos nosso estudo no poder judiciário.

3. PODER JUDICIÁRIO.

O poder judiciário é o poder que exerce de forma típica a função jurisdicional, isto é, é a capacidade de dizer o direito no caso concreto com definitividade. Contudo, a atuação do judiciário em decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de

¹² Declaração de direitos do bom povo de Virgínia – 1776, inciso V (Biblioteca virtual de direitos humanos - USP)

¹³ SARLET. Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

¹⁴ Tipificado no artigo 1º, seção 1, da Constituição Norte-Americana de 1787:

¹⁵ Tipificado no artigo 2º, seção 1, da Constituição Norte Americana de 1787:

¹⁶ Tipificado no artigo 3º, seção 1 da Constituição Norte Americana de 1787:

políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade divide opiniões como assinala Luiz Roberto Barroso em seu artigo “judicialização, ativismo e legitimidade democrática”. Contrapondo-se ao autor supracitado, Canotillo¹⁷, concebe que a realização de direitos sociais estaria muito mais associada a questão de participação política da sociedade do que atuação dos tribunais.

Em contraposição a esse entendimento, há uma vasta gama de autores que acreditam na utilização do judiciário para garantia e efetivação de direitos constitucionais, como Andreas Joachim Krell que argumenta que em caso de menor nível de organização e atuação da sociedade civil para participar e influenciar na formação da vontade política, aumenta-se a responsabilidade dos integrantes do poder judiciário na concretização e no cumprimento das normas constitucionais.¹⁸ (Avila, 2013).

A título de exemplificação da atuação do judiciário em questões de primazia importância social, Barroso apresenta em seu artigo, anteriormente citado, fatos históricos onde verificam-se “um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária” como a intervenção da suprema corte canadense sobre os testes com mísseis realizados pelos EUA no território do Canadá, a decisão da corte Israelense sobre a compatibilidade entre a constituição e os atos internacionais a respeito da construção do muro da palestina, bem como a influência da corte constitucional da Turquia para manutenção de um Estado laico. Resta evidente, que apesar de dividir opiniões sobre sua validade, a atuação do poder judiciário nessas questões é latente.

A grande crítica a intervenção do judiciário para garantia de direitos constitucionais, fundamenta-se no princípio de Montesquieu, sobretudo no que concerne a questão orçamentária. Entretanto, Sarlet Ingo Wolfgang rebate tal argumento com maestria:

Além disso, assume caráter emergencial uma crescente conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário, que não apenas podem como devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas ao fazê-lo haverão de obrar com a máxima cautela e responsabilidade, seja ao concederem, ou não, um direito subjetivo a determinada prestação social, seja quando declararem a inconstitucionalidade de alguma medida restritiva e/ou retrocessiva de algum direito social, sem que tal postura, como já esperamos ter logrado fundamentar, venha a implicar necessariamente uma violação do princípio democrático e do princípio da separação dos Poderes (Sarlet, 11ª Edição)

Nesse diapasão, não há uma discussão sobre o judiciário criar políticas públicas, afinal, essa é a função típica do legislativo. Contudo, há uma veemente necessidade de que o judiciário

¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. (2003, p. 357, ed. 7 (CANOTILHO, 2003))

¹⁸ KRELL, Andreas Joachim. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

atue de maneira a se envolver em questões sociais, garantindo sim, que direitos previstos em texto constitucional sejam ofertados de forma adequada a população.

Nessa linha de entendimento, há dois conceitos extremamente importantes a serem delineados: a Judicialização da política e o ativismo judicial.

4. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A partir do fenômeno da judicialização, o judiciário torna-se o órgão responsável por sanar questões político-sociais e analisar as práticas dos demais poderes. Em paráfrase a Luís Roberto Barroso, três fatores foram essenciais para o processo de judicialização da política: *a redemocratização* que possibilitou o fortalecimento e expansão do poder judiciário, *a constitucionalização abrangente* que permeou o acolhimento de inúmeras matérias pela constituição que antes eram resolvidas por processo político majoritário e com legislação ordinária e *o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*. Vejamos o trecho em que o Ministro aduz brilhantemente como o sistema de controle de constitucionalidade corrobora para a judicialização política:

Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF. (Barroso, 2012)

No artigo em questão, o jurista faz questão de esclarecer que o processo de judicialização não ocorreu por uma vontade ideológica, filosófica ou metodológica da corte. De modo que o julgamento pelos Ministros do STF se limita a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, “em conformidade com o desenho institucional vigente”, isto é, uma vez que as ações são cabíveis, é obrigação do STF se manifestar, e, portanto, a atuação mais abrangente em âmbito político não é decorrente de uma opção dos Ministros.

No evento *USP talks conectando universidade e sociedade*, o cientista político da Universidade de São Paulo, Rogério Arantes, ao discorrer sobre a judicialização da política afirma que não se trata de um movimento novo e que talvez o primeiro observador atento da cena política a identificar o fenômeno tenha sido um pensador francês, Alexis de Tocqueville, que visitando os EUA no início do século XIX, observando as instituições e a política norte americana, disse o seguinte:

Observei a organização judiciária nos EUA e não encontrei nela nenhuma coisa de muito diferente, o poder judiciário aqui se estrutura de maneira convencional e não se mete em política a não ser por acaso, mas o acaso acontece todos os dias. (Arantes, 2017)

Em conformidade com o pensamento do Ministro Barroso, Rogério afirma que assim como o pensador francês, ele acredita que a razão do fenômeno de judicialização reside no desenho das instituições. Por conseguinte, o cientista político aduz que a expansão do judiciário sobre os domínios da política, pode ser verificada em três níveis: no controle de constitucionalidade, no controle de políticas públicas e no controle dos próprios políticos. Sobre o controle de constitucionalidade, vejamos:

No maior e mais elevado nível, nós temos a possibilidade de que o judiciário controle a constitucionalidade das leis que o legislador elabora ou que o poder executivo eventualmente edita na forma de medidas provisórias. (...) Há países que distribuem essa função a todos os juízes, limitando ao mesmo tempo o alcance das suas decisões, de modo que aquela decisão será válida apenas para o caso concreto. Há países que entregam essa função a uma corte constitucional concentrada que por sua vez recebe ações diretas contra a lei e na medida em que essas cortes decidem, elas decidem sobre a lei em si mesmo. O Brasil é um caso raro de combinação dos dois sistemas.

Outrossim, é imperioso destacar que a constitucionalização de políticas públicas é fato determinante para “intromissão” do judiciário no que concerne à política. De tal modo, precisamos conceber a constituição federal como uma das mais emendadas do mundo contemporâneo, uma vez que as políticas públicas se encontram em nível constitucional, portanto, todas as vezes que um governo decide alterar algo nessa seara é necessário fazê-lo através de emenda. Dessa forma, o poder judiciário é atraído ao campo, visto que, essas políticas tornam-se passíveis de serem judicializadas.

Ademais, a avançada legislação de direitos coletivos na sociedade brasileira, além de propiciar a judicialização da política, atribui ao Ministério público o papel de defesa desses direitos. É veemente destacar que a instituição do Ministério público não é vinculada a nenhum dos poderes, nem mesmo a órgãos judiciais, possuindo um papel independente, que atuará com bastante proximidade, provocando o poder judiciário.

Por fim, falemos sobre o controle dos próprios políticos. Esse controle pode ser exercido através de três atores: os eleitores, os próprios políticos e órgãos externos (no caso brasileiro, verificamos o poder judiciário, o ministério público e a polícia Federal). Embora, durante um bom tempo as ações de improbidade administrativa tenham sido as preferências dos promotores, de 2014 em diante, vimos a consolidação de uma nova modalidade de controle político, as operações de combate à corrupção, capitaneadas por uma força tarefa composta pela polícia, o ministério público e de atuação expressiva do judiciário.

É inegável que a mais expressiva dessas se tornou a operação lava-jato, que do ponto de vista da atuação do magistrado Sergio Moro, foi alvo de intensas críticas por juristas. Endossando esse posicionamento, o professor Thomas Bustamante¹⁹, afirma que:

Colocando nas palavras de Dworkin: importa o que os juízes fazem, importa como os juízes decidem e eles decidem sempre com base no direito, eles estão autorizados a decidir apenas com o direito. Alguns juízes acham que eles precisam salvar o mundo, acabar com a corrupção, mudar a política e moralizar a vida das pessoas, porém esse não é o papel deles (...) o Estado de Direito exige que nós tenhamos maneiras de dizer o que é uma decisão correta e uma decisão incorreta à luz do direito, e não apenas à luz de parâmetros morais, pragmáticos ou éticos que se possa imaginar. (Bustamante, 2020)

De tal forma, é veemente que o poder do judiciário é fundamental para garantia de direitos constitucionais e efetiva execução de políticas públicas. Contudo, é necessário respeitar a linha tênue, existente entre as decisões dotadas de afeição pré-conceitual e a impressão de paixões pessoais no decorrer do julgado, isto é, o juiz não deve ser uma máquina meramente aplicadora de conceitos normativos jurídicos.

De tal modo, a adequação das normas deve ser realizada levando em consideração concepções valorativas, partindo de uma análise minuciosa do caso concreto. Entretanto, não podemos conceber que o julgado ocorra de forma completamente parcial, levando em consideração paixões pessoais do magistrado. A fim de facilitar a compreensão a respeito do tema, vejamos jurisprudências que se coadunam ao anteriormente narrado:

Constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias (ADIn 3.510/DF, Rel. Min. Carlos Britto) Por maioria, a Corte julgou improcedente ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra o art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005). O referido artigo, em seus diferentes dispositivos, autorizava e disciplinava as pesquisas científicas com embriões humanos resultantes dos procedimentos de fertilização *in vitro*, desde que inviáveis ou congelados há mais de três anos. Prevaleceu o voto do relator, Ministro Carlos Ayres Britto, no sentido de que não havia, na hipótese, violação ao direito à vida, nem tampouco ao princípio da dignidade da pessoa humana. A posição do relator, julgando a ação totalmente improcedente, prevaleceu por seis votos a cinco. Dos cinco votos vencidos, dois deles tinham, como traço central, a proibição de destruição do embrião (Ministros Menezes Direito e Ricardo Lewandowski). Os outros três, sem se oporem à pesquisa que comprometesse o embrião, entendiam dever ficar explicitada na decisão a existência obrigatória de um órgão central de controle dessas pesquisas (Ministros Cezar Peluso, Eros Grau e Gilmar Mendes)²⁰

1. Afronta aos princípios da liberdade de manifestação de pensamento e da autonomia universitária. (...) Inconstitucionalidade de interpretação dos arts. 24 e 37 da Lei n. 9.504/1997 que conduza a atos judiciais ou administrativos que possibilitem, determinem ou promovam ingresso de agentes públicos em universidades públicas e

¹⁹ Professor da UFMG, graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora, mestrado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2003) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2007), com período de investigação na University of Edinburgh, Reino Unido, como bolsista da CAPES. Citação retirada do recente Bate-papo virtual entre Thomas, o professor Daniel Oitaven Pearce e a advogada Alessandra Oitaven Pearce.

²⁰ Trecho retirado do Artigo judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Ministro Luís Roberto Barroso.

privadas, recolhimento de documentos, interrupção de aulas, debates ou manifestações de docentes e discentes universitários, a atividade disciplinar docente e discente e coleta irregular de depoimentos pela prática de manifestação livre de ideias e divulgação de pensamento nos ambientes universitários ou equipamentos sob administração de universidades públicas e privadas e serventes a seus fins e desempenhos. [[ADPF 548](#), rel. min. Cármen Lúcia, j. 15-5-2020, P, DJE de 9-6-2020.]

2. A oficialização da Bíblia como livro-base de fonte doutrinária para fundamentar princípios, usos e costumes de comunidades, igrejas e grupos no Estado de Rondônia implica inconstitucional discrimen entre crenças, além de caracterizar violação da neutralidade exigida do Estado pela Constituição Federal. Inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 1.864/2008 do Estado de Rondônia. A previsão legal de utilização da Bíblia como base de decisões e atividades afins dos grupos religiosos, tornando-as cogentes a 'seus membros e a quem requerer usar os seus serviços ou vincular-se de alguma forma às referidas Instituições', implica indevida interferência do Estado no funcionamento de estabelecimentos religiosos, uma vez que torna o que seria uma obrigação moral do fiel diante de seu grupo religioso uma obrigação legal a ele dirigida. Inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 1.864/2008 do Estado de Rondônia. [[ADI 5.257](#), rel. min. Dias Toffoli, j. 20-9-2018, P, DJE de 3-12-2018.]

Ante o exposto, podemos conceber que o ponto tangente entre as ações de controle de constitucionalidade anteriormente apresentadas, reside no fato de que em todas há uma intervenção do judiciário, no que concerne fatos controversos da sociedade. Independente do tema explicitado, a orientação judicial torna-se oráculo, atuando como um guia de posicionamento, além de controlar diretamente os demais poderes, ao conceber que tal norma não encontra adequação em âmbito constitucional.

Entretanto, é indubitável que a judicialização da política se faz presente não apenas em ações de controle de constitucionalidade. Verificamos a prática em diversos julgados, sobretudo, em temas que concernem a efetivação de políticas públicas relativas à prestação de serviços essenciais. No julgado inframencionado, podemos conceber que ao pacificar o entendimento sobre os entes federados como dotados de legitimidade passiva em ações relativas à prestação pública de saúde, verificamos, ora senão, uma atuação do judiciário frente ao executivo, impondo-lhe a responsabilidade acerca do descrito em norma constitucional no art. 196:

O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. [RE 855.178 RG, rel. min. Luiz Fux, j. 5-3-2015, P, DJE de 16-3-2015, Tema 793.]

O entendimento sobre a possibilidade de o poder judiciário exigir da esfera Estatal a aplicação efetiva de direitos constitucionais, sobretudo, os sociais, é pacificado pelo Tribunal superior, conforme verifica-se em ementa infracitada:

O direito a segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. [RE 559.646 AgR, rel. min. Ellen

5. ATIVISMO JUDICIAL

O termo em voga, batizado pelo jornalista americano, Arthur M. Schlesinger Jr., em 1947, remonta a jurisprudência norte americana, visto que possuiu sua primeira menção em uma de suas matérias, na qual produziu o perfil político e ideológico dos nove Ministros da Suprema Corte dos EUA. No entanto, a utilização do termo atualmente distancia-se parcialmente do originário, de modo que a atuação encontra, hoje, enfoque muito mais ativista. Para Barroso, o ativismo judicial e a judicialização são primos, porém, apresentam origens distintas. Enquanto a judicialização decorre dos desenhos institucionais, o ativismo judicial é analisado como decorrente apenas da escolha interpretativa constitucional do juiz.

Nessa senda, Barroso aduz que a prática pode ser verificada nas condutas a seguir:

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.²²

Embora, no artigo ora citado, o Ministro defenda claramente a existência de ativismo judicial no Brasil, é importante ressaltar que esse não é mais o posicionamento do presidente do Superior Tribunal Eleitoral (TSE). Em entrevista ao programa “roda viva” em 15 de junho de 2020, o ministro afirma que o “*ativismo judicial é uma lenda, e, o que existe no Brasil é um certo protagonismo do judiciário.*” Em contraposição, Lenio Streck²³, tece críticas ao Ministro, afirmando que há sim no Brasil um excesso de ativismo judicial. A fim de exemplificação, o autor apresenta a situação das uniões homoafetivas como um ato clássico de ativismo judicial:

Por exemplo, o Congresso nunca quis falar da regulamentação das uniões homoafetivas (atenção: não quero reiniciar a discussão do mérito dessa ação). Trata-se de um assunto que o Congresso, ao decidir não regulamentar, na prática o STF “regulamentou” de forma negativa. E o que fez o Judiciário, na ADPF 132? Fez interpretação conforme para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, dando procedência da ação, atribuindo, inclusive, efeito vinculante. Ou seja, nem tudo o que parece, é. (Streck, 2013)

Em seguida, Lênio pontua que seria um erro afirmar a inexistência de ativismo judicial no cenário brasileiro, e, portanto, cita a decisão do STF referente ao art. 366 do CPP, o qual

²¹ Julgado retirado do site do STF.

²² Barroso, L. R. (2012). JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE. *Pág. 6.*

²³ Lênio Luiz Streck procurador de Justiça no Rio Grande do Sul, doutor e pós-Doutor em Direito.

determina que a prova urgente fica ao arbítrio do juiz, de modo que além da institucionalização da discricionariedade a partir do ativismo judicial, o STF também estaria “legislando”.

Em recente posse, o atual presidente do STF, Luiz Fux, apresentou em seu discurso as “novas diretrizes” para atuação judiciária. Embora tenha afirmado que o STF adotaria posturas mais minimalistas, de modo que os poderes, executivo e o legislativo, resolvam *interna corporis* seus conflitos, sem consulta ao oráculo da nação. O Ministro foi contundente ao afirmar que “o judiciário não hesitará em proferir decisões exemplares para a defesa de minorias, da liberdade de expressão e imprensa, para preservação da nossa democracia.”

Ante o exposto, resta evidente que a prática intervencionista judiciária é uma realidade na sociedade brasileira. Embora o tema polarize opiniões de acadêmicos e juristas, precisamos conceber que a problemática não reside na intervenção judiciária, afinal, essa foi fundamental em diversos momentos para a efetivação de direitos. Contudo, é imprescindível que tal intervenção ocorra de maneira extremamente fundamentada. É, portanto, inconcebível moldar o direito, com rasas e simplórias noções argumentativas, bem como, adequá-lo e alterá-lo apenas para satisfação e benefício de determinados atores sociais.

Ademais, podemos conceber que vivemos hoje um cenário de supremacia judicial, dado o papel de importância do Supremo Tribunal Federal e demais órgãos judiciais, em situações controversas sociais. O advogado e mestrando em Direito constitucional pela Universidade de São Paulo, João Paulo Jacob, adicionada ainda que a atividade judiciária maior, também decorre de um parlamento desacreditado pela população e pelo fato de o poder Legislativo se omitir das grandes questões nacionais.²⁴

A título de exemplificação, podemos analisar a questão do aborto. Embora seja uma prática amplamente difundida na população brasileira e denota intimamente questões de saúde pública e disparidades socioeconômicas, o congresso “fecha os olhos” para tal problema, afinal, trata-se de uma questão com grande apelo social e religioso, o que polariza a comunidade. De tal modo, evitando as consequências dessa decisão, o legislativo prefere omitir-se, deixando que o judiciário lide caso a caso.

Apesar da legislação penal tipificar como crime o aborto realizado por gestante ou por outrem com seu consentimento, salvo as hipóteses de necessidade para preservação da saúde da gestante ou de estupro, a 1º turma do STF decidiu, no julgamento do Habeas Corpus (HC) 124306, pelo afastamento da prisão preventiva, sob as alegações do Relator, Luís Roberto Barroso, de que além de não estarem presentes no caso os requisitos que autorizam a prisão cautelar, a criminalização do aborto é incompatível com diversos direitos fundamentais, entre

²⁴ Periódico Gazeta do Povo. Justiça e Direito, 2020.

eles os direitos sexuais e reprodutivos e a autonomia da mulher, a integridade física e psíquica da gestante e o princípio da igualdade. (Supremo Tribunal Federal , 2016).

6. OBJEÇÕES À INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NA VIDA POLÍTICA

Retomando o pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet, exposto no tópico II do presente artigo, podemos conceber que a primeira corrente de óbices à intervenção judiciária tem fundamento no purismo da teoria de Montesquieu, de modo que a alegação consiste no fato de um poder apresentar-se com mais veemência em âmbito nacional. Ademais, a questão orçamentária é de primaz importância para os críticos, que afirmam, que antes da exigência judiciária frente ao Estado, é necessário verificar se há condições financeiras de que o Estado arque com tais obrigações. Todavia, o argumento de escassez de recursos, é ínfimo frente a fundamentalidade dos direitos previstos na constituição.

A segunda linha de objeções, fundamenta-se no fato de que para alguns autores, a crescente intervenção poderia oferecer riscos à legitimidade democrática. Isto é, o fato de membros do poder judiciário, não eleitos, se sobreponem a membros escolhidos por vontade popular é identificada na teoria constitucional como *dificuldade contramajoritária*, tal como esclarece o ministro Barroso. É fato que na maioria dos Estados Democráticos, uma parcela do poder político é reservada a membros não eleitos com a função de análise imparcial, contudo, a controvérsia aqui apresentada reside no fato dos nossos membros do judiciário não se apresentarem como meros aplicadores da lei, como já exposto anteriormente.

No rol das objeções encontramos ainda a crítica aos riscos de politização da justiça, isto é, ainda que Direito e Política estejam intrinsecamente relacionados, não podemos conceber direito como política e vice versa. De tal modo, o guardião da constituição, não pode agir conforme suas concepções políticas pessoais no exercício do direito. Ora vejamos o que versa, Luís Roberto Barroso sobre o tema:

Quando se debateu a criação do primeiro tribunal constitucional na Europa, Hans Kelsen e Carl Schmitt travaram um célebre e acirrado debate teórico acerca de quem deveria ser o guardião da Constituição. Contrário à existência da jurisdição constitucional, Schmitt afirmou que a pretensão de judicialização da política iria se perverter em politização da justiça¹⁵. No geral, sua profecia não se realizou e a fórmula fundada no controle judicial de constitucionalidade se espalhou pelo mundo com grande sucesso. Naturalmente, as advertências feitas no capítulo anterior não de ser levadas em conta com seriedade, para que não se crie um modelo juriscêntrico e elitista, conduzido por juízes filósofos. Nessa linha, cabe reavivar que o juiz: (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. Aqui, porém, há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo

democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia.” (Barroso, 2012)

Por fim, a última óbice reside na capacidade institucional do judiciário. Ao pensarmos em capacidade institucional, devemos ser remetidos a noção de aptidão para ação decisória, isto é, a depender do tema em debate, não será o judiciário o órgão competente para àquela decisão, uma vez que envolve aspectos técnicos e científicos que não fazem parte do domínio do direito. Ao analisarmos a recente discussão levada ao STF, sobre a validação das vacinas contra o covid-19, há uma perfeita subsunção da teoria ao caso concreto. O estudo científico a fim de desenvolver uma vacina eficiente e sem danos à população, envolve uma intensa pesquisa, de modo que os rasos conhecimentos de um jurista sobre o tema, não são suficientes para arbitrar tal decisão, sobretudo, contrapondo-se ao órgão competente, dotado de corpo técnico. De tal modo, essa é uma linha perigosa que o magistrado deve estar atento.

CONCLUSÃO

Conforme delineado no início deste artigo, buscou-se aqui, realizar considerações acerca do papel do judiciário frente a efetivação de direitos constitucionais.

A partir da análise histórica, foi esclarecido como ocorreu o processo formativo de tripartição dos poderes, bem como quais foram as bases que propiciaram o fortalecimento do poder judiciário. Tal esclarecimento foi fundamental para compreendermos o porquê podemos conceber o cenário atual como dotado de uma supremacia judiciária, tendo em vista o papel protagonista que os órgãos desse poder desempenham atualmente.

Conforme narrado anteriormente, apresentamos as principais objeções à crescente intervenção judicial na vida brasileira. De tal modo, as reunimos como: a crítica a questões orçamentárias, os riscos para legitimidade democrática, o risco de politização da justiça e a capacidade institucional do judiciário.

Ante o exposto, observa-se que apesar do papel judiciário para efetivação de direitos constitucionais ser de extrema importância, é fundamental estabelecer limitações de atuação aos membros desse poder. Reiterando a ideia já apresentada, não pretende-se aqui prosperar o entendimento de que os juízes sejam máquinas aplicadoras de normas, é indubitável que como seres humanos, esses coloquem suas impressões morais e valorativas no caso julgado. No entanto, não podemos nos render a noção de discricionariedade por completo. É fundamental que qualquer decisão seja norteada por princípios com previsão constitucional. Ademais, é imprescindível que a arrogância, muitas vezes inerente aos juristas com poder decisório seja afastada, a fim de que se conceba humildemente quando o mesmo não possuir condições técnicas para a tomada de decisão.

REFERÊNCIAS

A Constituição e o Supremo. (s.d.). Fonte: Supremo tribunal Federal. :
<https://constituicao.stf.jus.br/>

Arantes, R. (2017). Judicialização da política. (U. T. sociedade., Entrevistador)

Avila, K. C. (01 de 03 de 2013). Âmbito jurídico . Fonte: ÂMBITO JURÍDICO:
<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-papel-do-poder-judiciario-na-garantia-da-efetividade-dos-direitos-sociais/#:~:text=%C3%89%20dever%20constitucional%20do%20Poder,e%20defesa%20do%20ordenamento%20jur%C3%ADdico.>

Barroso, L. R. (2012). JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE. (SYN)THESIS, 01-29.

Biblioteca virtual de direitos humanos - USP . (s.d.). Fonte:
<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>

Bustamante, T. (Novembro de 2020). Teoria e Prática do Common Law. (D. O. Pearce, Entrevistador)

CANOTILHO, J. J. (2003). Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina.

Locke, J. (1690). Segundo tratado sobre o governo civil .

Moraes, A. d. (s.d.). Direito Constitucional .
Planalto.gov. (30 de outubro de 2018). Fonte:
<http://www2.planalto.gov.br/mandatomicheltemer/acompanhe-planalto/noticias/2018/10/sistema-de-freios-e-contrapesos-garante-harmonia-entre-os-poderes>

Sarlet, I. W. (11ª Edição). A eficácia dos direitos fundamentais . Livraria do advogado.

Streck, L. L. (13 de junho de 2013). O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?
Fonte: Conjur: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns#author>

Supremo Tribunal Federal . (29 de Novembro de 2016). Fonte: Site do STF :
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330769>

CRISE DE LEGITIMIDADE DO LEGISLATIVO E ATIVISMO JUDICIAL

Pedro Paulo Gomes de Paula

1. TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

O princípio da separação dos três poderes é um modelo político que tem como principal objetivo a fragmentação do poder do Estado em órgãos distintos, autônomos e com competências próprias para evitar que o poder resida na mão de um único grupo de pessoas criando uma oligocracia. A principal referência quando se fala dessa separação é Charles de Montesquieu por conta de seu livro “O Espírito das Leis”, de 1748, que serve como base para a divisão moderna política em três poderes, apesar de ser a base dessa teoria, houveram outras civilizações que utilizaram esse modelo, como a da Grécia Antiga e a República Romana.

Para garantir que os poderes se mantiveram dentro daquilo que foi previsto, evitando corrupção ou mal uso de suas atribuições foi criado o sistema de freios e contrapesos que “consiste no controle do poder pelo próprio poder, sendo que cada Poder teria autonomia para exercer sua função, mas seria controlado pelos outros poderes. “(BARBOSA e SARACHO, 2017), assim, todos os poderes precisam agir em harmonia uns com os outros. A origem desse sistema embora tenha sido pensada no livro “O Espírito das Leis” (1748) ainda hoje faz parte de todos os modelos de Estado de Direito modernos, seja o Liberal, Social ou Democrático.

O Brasil, como um Estado Democrático de Direito, em conformidade com o art. 1º da Constituição Federal “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito...” assim como o art. 2º que define a separação dos poderes “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”, possui a divisão em três poderes, que se fiscalizam e controlam através do sistema de freios e contrapesos.

2. FUNÇÃO DO LEGISLATIVO

“Ao Legislativo toca, precipuamente, a criação do direito positivo. Já o Executivo, no sistema presidencialista brasileiro, concentra as funções de chefe de Estado e de chefe de governo, conduzindo com razoável proeminência a política interna e externa. Legislativo e Executivo são o espaço por excelência do processo político majoritário, feito de campanhas eleitorais, debate público e escolhas discricionárias. Um universo no qual o título principal de acesso é o voto: o que elege, reelege ou deixa de fora.” (BARROSO, 2016)

Além do papel da criação do direito positivo também é atribuição do Legislativo fiscalizar, A função fiscalizadora do Poder Legislativo atua conjuntamente com a função de

legislar, segundo o artigo 49, inciso X da CR/88, “o Poder Legislativo tem a função de fiscalizar e controlar os atos do Poder Executivo sejam eles da administração pública direta ou indireta.”

Também é importante ressaltar “que nos países presidencialistas – e no Brasil, especialmente –, o chefe do Executivo tem participação destacada no processo legislativo, seja pela iniciativa, seja pelo poder de sanção ou veto.” (BARROSO, 2016)

Quanto a escolha dos membros do legislativo, ela é composta de representantes do povo conforme disposto no art. 45 da CF, “A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.”, ou seja, os membros do legislativo na teoria deveriam representar o povo, seus ideais, suas crenças e suas opiniões.

3. FUNÇÃO DO JUDICIÁRIO

Segundo Thamires Pereira o “Poder Judiciário tem como função típica a função de julgar, também conhecida como função jurisdicional, ou seja, dizer o direito ao caso concreto, dirimindo conflitos que lhe são levados, quando da aplicação das leis. Não obstante, pode o Poder Judiciário exercer funções atípicas, tais como elaborar o regimento interno de seus tribunais (legislativa) assim como, conceder licenças e férias a seus magistrados e serventuários (executiva).”

Concluindo assim que é função do Judiciário definir qual o direito em cada caso, determinando se o indivíduo e sua ação se enquadram em determinado tipo jurídico, aplicando a ele a lei que cabe. Além disso tem a autonomia administrativa para com seus membros bem como a autoridade de elaborar seu regimento interno.

4. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Segundo o art. 101 da CF:

O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Nesse contexto, a escolha dos Ministros do STF não depende de uma votação democrática, mas sim da decisão do representante do Executivo. Quanto a sua competência, segundo o art. 102, alíneas “a” e “p” da CF:

Art. 102 “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I–Processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (...)p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade; (...)"

5. LEGITIMIDADE DO LEGISLATIVO E EXECUTIVO

A respeito da legitimidade dos poderes é essencial trazer o parágrafo único do primeiro artigo da Constituição Federal, “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”, a partir da análise desse parágrafo se depreende que a legitimidade dos poderes é proferida pelo povo, através do voto que legitima determinados representantes a assumir esse poder, para utilizando-o em prol da sociedade (o próprio povo).

Nesse contexto, em que o povo escolhe seus representantes no Legislativo, se torna evidente que são essas pessoas que possuem a legitimidade para criar as leis que irão regular a sociedade e definir os comportamentos aceitos.

6. CRISE DE LEGITIMIDADE DO LEGISLATIVO

Considerando que o voto é a ferramenta que comprova a legitimidade do legislativo e do executivo, o recente panorama da política brasileira parece sugerir que essa legitimidade está se esvaindo. Dessa forma, esses poderes que deveriam representar a vontade popular, já não conseguem mais cumprir essa função.

Numa pesquisa realizada pelo TSE apontou na eleição presidencial de 2018 houve um aumento de 60% dos votos brancos e nulos em relação ao ano anterior, e a soma desses com as abstenções chegou a 30% do total de aptos a votar. Implicando que 30% da população não participou da legitimação dos seus representantes. Assim, esse cenário demonstra uma queda na legitimidade dos políticos, seja por conta dos grandes escândalos de corrupção ou pela tomada de ações que vão de encontro à opinião popular.

Além disso, considerando que o voto é obrigatório (apesar de muitos considerarem a multa apenas simbólica, ainda existem grupos que votam por se considerarem obrigados), esse percentual poderia ser ainda maior. Um dado que contribui para essa linha de pensamento é a pesquisa de agosto de 2013 do IBOPE que revela uma baixa confiança do brasileiro nos partidos políticos e no Congresso Nacional, entre as dezoito instituições avaliadas essas foram as piores colocadas.

7. NEOCONSTITUCIONALISMO

O Neoconstitucionalismo é um movimento teórico (mas com efeitos na prática) que buscou (e busca) aumentar a efetividade das Constituições, as movendo do antigo papel de “um repositório de promessas grandiloquentes, cuja efetivação dependeria quase sempre da boa

vontade do legislador e dos governantes de plantão” (SARMENTO 2009), para outro em que seus textos se tratam de normas com o mais alto grau de efetividade.

“No Neoconstitucionalismo, a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis, ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais” (SARMENTO 2009).

8. JUDICIOCRACIA

A Judiciorracia se trata de um termo utilizado para definir a ação do Judiciário quando ele extrapola a sua função jurisdicional e passa a se comportar como um “governo”. Dessa forma, passa a criar interpretações para as normas constitucionais, ou seja, assume indiretamente a função do Legislativo.

Surge então uma problemática, como o judiciário diferente dos outros poderes não é escolhido por voto popular, suas decisões carecem de credibilidade democrática, indo de encontro com a própria Constituição Cidadã.

Outro problema é em relação as decisões em áreas nas quais os juristas não tem conhecimento técnico e assim não deveriam arbitrar, por conta de sua incapacidade para entender qual o reflexo de sua decisão para os indivíduos que serão afetados (como o exemplo do julgamento a respeito das pesquisas com células tronco que será tratado mais à frente na obra).

A interpretação judicial da Constituição tende a obscurecer o papel central de outras instâncias na definição do sentido da Constituição – como o Legislativo, o Executivo, e a própria esfera pública informal. Trata-se de um desvio que gera consequências negativas tanto no plano descritivo como na esfera normativa. Sob o prisma descritivo, transmite-se uma imagem muito parcial do fenômeno constitucional, que não é captado com todas as suas nuances e riquezas, já que o foco se concentra apenas sobre a ação de um dentre os vários agentes importantes que povoam a seara da hermenêutica constitucional. Sob o ângulo normativo, favorece-se um governo à moda platônica, de sábios de toga, que são convidados a assumir uma posição paternalista diante de uma sociedade infantilizada (SARMENTO, 2009)

9. JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo (LUÍS ROBERTO, 2016, p. 6).

O Ativismo Judicial se caracteriza pela atuação proativa do Poder Judiciário no meio político buscando a concretização da chamada justiça social, onde o Judiciário atua com maior interferência na esfera de poder do Legislativo e Executivo, para muitos estudiosos essa posição

ativista é a ferramenta para concretizar direitos fundamentais sociais, para outros é uma ameaça para o Estado Democrático de Direito (LUÍS ROBERTO, 2008, p. 6).

Ou seja, ambos fenômenos tratam da movimentação do judiciário em assumir o papel de protetor da sociedade. Porém não de forma indireta como guardião da Constituição, mas sim de forma direta ao interferir na atuação dos outros poderes através da criação de leis e na imposição de uso de determinadas verbas.

Entretanto surge um problema a respeito do ativismo judicial e da judicialização, que é a questão da legitimidade, pois, vez que a função do Judiciário é julgar, utilizar a lei criada pelo legislativo para determinar se determinado indivíduo ou grupo é culpado assim como sua pena, função puramente técnica, qual seria a legitimidade desse para interferir nas questões dos outros poderes e determinar como esses devem atuar, vez que a escolha dos juristas não é feita através de voto popular.

Acontece que, a legitimidade do judiciário tem outra fonte, a própria constituição federal, aquela que representa não só os pilares da sociedade, mas também suas aspirações, ou seja, representa a vontade do povo no nascimento da nação. Além dessa fonte, pode-se citar também o fato de que este tem função reativa, isso é, só atua quando provocado, logo suas ações na verdade são respostas, e no caso do Brasil todas as sessões de julgamento do STF são televisionadas para permitir que a população entenda o processo bem como possa dar seu “feedback” através de manifestações favoráveis ou contrárias, bem como realiza audiências públicas aumentando a participação popular no processo.

10. CASOS CONCRETOS

Para melhor entendimento da judicialização o uso de casos concretos é essencial, como um exemplo da interferência do Judiciário no Legislativo o julgamento pelo STF do habeas corpus 82.959-7, onde o tribunal decidiu, indo de encontro a decisão das duas Casas Legislativas a respeito da proibição de progressão dos crimes hediondos, pela inconstitucionalidade da vedação baseando-se na ideia da individualização da pena, isso é, cada indivíduo deve ter sua pena decidida de acordo com o caso, não sendo constitucional uma pena geral para casos que não são iguais. Uma clara e explícita interferência, atuando dentro da área do legislativo.

Outro exemplo é o da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 proposta pelo PPS (Partido Popular Socialista), onde os Ministros do Supremo votaram e decidiram por criminalizar a homofobia e transfobia, enquadrando esse comportamento como tipo penal definido na Lei do Racismo (lei 7.716/1989) até que o congresso edite lei sobre a matéria. Ou seja, o STF criou uma lei a pedido da população (representada nesse caso pelo

partido político PPS) indo de encontro com o Congresso que por omissão se ateve de criar uma lei similar.

Quando se trata da legitimidade das votações do ativismo judicial do STF um caso que se tornou emblemático pela participação popular é a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510 proposta pelo Ministério Público Federal. Essa ação tinha como proposito combater o artigo 5º da Lei número 11.105/2005 (conhecida como lei de biossegurança).

Em um resumo, as alegações do MPF eram de que esse artigo era inconstitucional vez que feria o princípio da dignidade da pessoa humana bem como estaria indo de encontro ao direito a vida inato do embrião. Essa é uma questão moral que causa um grande debate na sociedade por conta de aspectos religiosos e científicos, e por conta disso o STF convocou diversas Audiências Públicas (APs) para que cientistas e juristas pudessem dialogar e a decisão não fosse tomada sem que os aspectos técnicos relevantes para se chegar a uma decisão fossem ignorados.

Ao fim do julgamento ficou decidido que o artigo era constitucional. A convocação das APs foi de suma importância não só para garantir a tecnicidade da decisão, mas como também para aumentar a legitimidade da decisão, pois, essa foi tomada ouvindo especialistas da área, aqueles que possuem o maior interesse na decisão e cuja a vida seria influenciada por ela.

CONCLUSÃO

Após a análise dos expostos, fica evidente que o Supremo Tribunal Federal vem atuando constantemente na área que é de ofício do Legislativo. Isso ocorre tanto por conta da falta de ação desse em resolver demandas populares (como no caso da criminalização da homofobia e transfobia) quanto pela judicialização da política.

Quanto a questão da legitimidade do ativismo judicial, fica evidente que apesar do STF não ser escolhido pela população através do voto direto, suas ações são feitas baseando-se tanto na defesa dos ideais primordiais da sociedade brasileira, a Constituição Federal, quanto nas demandas da própria população, representada pelos partidos políticos, e quando não acionada por esses entes o próprio tribunal tem convocado Audiências Públicas para que os envolvidos e entendidos do caso possam se manifestar e influenciar os ministros. Ou seja, o Supremo possui a legitimidade necessária para atuar nesses casos apesar de não a receber como os outros poderes, através do voto direto.

Surge a dúvida então de porque essas questões vem sendo tratadas no STF e não no legislativo, e essa resposta pode estar na pesquisa que revela a falta de confiança do povo no Congresso, pois a mesma considera o Poder Judiciário a 10ª mais confiável instituição entre as pesquisadas, ou seja, está ocorrendo uma inversão de confiança, enquanto que o órgão que mais

deveria representar o povo está sem credibilidade, o judiciário goza de um status elevado por trazer a população para perto de suas decisões e de seu sistema. Enquanto o legislador tenta manter o povo alienado de suas decisões para não comprometer sua futura candidatura, o jurista tenta se aproximar do povo para validar suas decisões, algo que à primeira vista parece bom, mas a longo prazo tem risco de se tornar algo grave.

A tripartição dos poderes tem como objetivo impedir a concentração de todo o poder do Estado em um único ponto, porém com as recentes ações do STF isso pode estar ameaçado, a possibilidade de uma Judiciocracia é algo temerário pois como diz Daniel Sarmiento “a ditadura de toga pode não ser muito melhor do que a ditadura de farda.” Ou seja, apesar das ações atuais do Supremo representarem a vontade popular, caso se amplifiquem podem ao contrário representar apenas as vontades individuais dos seus membros.

Considerando esse panorama a necessidade de aumentar a credibilidade do Legislativo é essencial, e para isso determinadas ações são imperiosas, a exemplo do STF a realização de audiências públicas para tratar de temas de grande relevância para a sociedade traria a população para perto do Congresso ao mesmo tempo que reforçaria que as decisões tomadas por esse têm como base não apenas o desejo individual daqueles que deveriam representar o povo, mas como também a vontade do próprio povo.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Oriana Piske; SARACHO, Antonio Benites. Considerações sobre a Teoria dos freios e contrapesos (Check and Balances System). 2017 Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske>> Acesso em 10 de dezembro de 2020

BARROSO, Luiz Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. 2016. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20160322062110/http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf> Acesso em 10 de dezembro de 2020

BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e legitimidade democrática. 2008. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em 10 dezembro de 2020.

BRABILLA, Lendro Vilela. O que se entende por Neoconstitucionalismo? 2009. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1764534/o-que-se-entende-por-neoconstitucionalismo-leandro-vilela-brabilla#:~:text=Neoconstitucionalismo%20trata-se%20de%20um%20movimento%20te%C3%B3rico%20de%20revaloriza%C3%A7%C3%A3o,a%20partir%20da%20segunda%20metade%20do%20s%C3%A9culo%20XX.>> Acesso em: 10 de dezembro de 2020

BRASIL. Constituição Federal. 1988. Disponível em:
<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf>
Acesso em 9 de dezembro de 2020

CYSNE, Diogo. Poder Judiciário. Disponível em:
<<https://www.infoescola.com/direito/poder-judiciario/>> Acesso em 10 de dezembro de 2020

IBOPE. Cai a confiança dos brasileiros nas instituições. Ago. 2013. Disponível em:
<<https://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/cai-a-confianca-dos-brasileiros-nas-instituicoes/>>. Acesso em: 10 dez. 2020.

LENZA, Pedro. DIREITO CONSTITUCIONAL ESQUEMATIZADO. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Giovanne Willian; COSTA, Caroline Meireles. Ativismo Judicial. 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/86303/ativismo-judicial>> Acesso em 10 de dezembro de 2020

PISSURNO, Leandro Paixão. O Espirito das Leis. Disponível em:
<<https://www.infoescola.com/livros/o-espírito-das-leis/>> Acesso em 11 de dezembro de 2020

SANTOS, Thamires Pereira dos. A Estrutura do Poder Judiciário. 2017. Disponível em:
<<https://thamipereiras.jusbrasil.com.br/artigos/502269026/a-estrutura-do-poder-judiciario>>
Acesso em 10 de dezembro de 2020

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea (Coord. Daniel Sarmento). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FUNÇÃO ESSENCIAL DA JUSTIÇA: E AS MULHERES?

Kauane Nunes Alcedino

1. INTRODUÇÃO

Vivenciamos nas últimas décadas um forte debate acerca de temas públicos e polêmicos voltados a população feminina no país, dentre eles, podemos destacar o assédio, o aborto, a maternidade, o corpo, como tema sensíveis a população e que torna o espaço de debate mais democrático no que concerne ao espaço feminino dentro da sociedade.

O feminismo enquanto movimento de propagação democrática vem avançando em diversos setores, dos mais diversos países, nos últimos anos, podemos observar os avanços alcançados pelas mulheres, principalmente dentro da carreira política, mas que ainda se mostram fracos e necessitantes de uma unidade que efetiva da igualdade promulgada na Carta Magna.

Muitas mulheres ainda têm dificuldades de ocupar cargos de poder, serem eleitas ou terem voz ativa nas tomadas de decisões políticas. Isso acontece devido à exclusão histórica das mulheres na política e que reverbera, até hoje, no nosso cenário de baixa representatividade feminina no governo.

Diante desse quadro, percebe-se que as mulheres não têm alcançado as esferas de poder do Estado de maneira igualitária, o que as deixa à margem dos processos de elaboração das políticas públicas. Ou seja, as mulheres não se encontram devidamente representadas nesse sistema político vigente.

Embora existam cotas eleitorais (lei que assegura uma porcentagem mínima de 30% e máxima de 70% a participação de determinado gênero em qualquer processo eleitoral vigente) esse mecanismo pouco tem contribuído para melhorar a atuação e a chegada das mulheres aos cargos do governo brasileiro.

2. A MULHER NA POLÍTICA.

Não é de hoje que o debate acerca do papel feminino com recorte de raça e classe no âmbito jurídico é levantado, tampouco as discussões que regem a falta de representatividade política, que se sustenta nas percepções da pluralidade social, em um espaço onde múltiplos vetores interferem diretamente na percepção de si e do outro.

Nesse contexto, não seria diferente considerar o Direito, como uma das principais bases de mudanças efetivas na lógica política de uma construção de igualdade, dada em todos os âmbitos, sejam eles, sociais, econômicos, raciais, territoriais, ambientais sexuais e afins.

As funções essenciais da justiça, quando pautadas por uma cultura ibero-americana, que se liga essencialmente a cultura europeia do passado colonial, se estabelece dentro das condutas racistas e patriarcais que diminuem a percepção política do feminino, e do ser feminista como um ator de mudanças.

É em 1889 que o debate acerca da coisa pública, ou da República, é ampliado, trazendo consigo diversos fatores que abarcavam a discussão sobre o interesse popular nas novas democracias e nos países livres.

No final do século XIX e início do XX, a sociedade brasileira ainda possuía vestígios da estratificação escravagista e aristocrata. Nesse ínterim, portanto, salienta-se que os fatores raça e classe social complementam o gênero na construção dos estigmas e das opressões sofridas. Assim, as mulheres dentro das configurações sociais possuem diferentes papéis, estes sempre voltado ao âmbito privado, podendo observar-se no decorrer histórico, a delegação feminina fora da vida pública e das decisões políticas da comunidade.

Como descrito por Angela Davis, a atribuição da mulher presente no meio oligárquico e burguês brasileiro se limitava a presença do sentimento maternal e as obrigações que o acompanhavam. Assim, a construção da mulher na sociedade era restrita à sua presença dentro do ambiente doméstico, em que predominava construções de famílias tradicionais com a presença do patriarcado como um lugar de posse, superioridade e chefia.

Nesse sentido, o substrato biológico de ser mulher — rica e branca — dentro desse contexto é consonante com repulsa à política (“assunto de homem”) de quem, até 1932 não tinha direito a voz e mesmo com a possibilidade, a partir dos anos de 1880, de acessar o ensino superior, a educação era restrita, até mesmo para aquelas que possuíam condições financeiras.

A emancipação intelectual dependia da postura afirmativa dos pais e/ou maridos, pois tal “liberdade” não tirou as mulheres da condição de “*sexo frágil*”. Nesta perspectiva, é fulcral apontar que, nesse mesmo período, cresce as reivindicações e lutas feministas nos países europeus e nos Estados Unidos.

No Brasil, apesar das reivindicações “tardias” em comparação ao restante do globo, as mulheres brasileiras começam em maior volume, discutir sobre a sua inserção dentro da política, sendo criado em 1910 o Partido Republicano Feminino (PRF), que contou com a luta de Leolinda Daltro, mulher que liderou diversas passeatas pelo direito ao voto, além de ser ativista pelos direitos e resistência indígena. Dessa forma, em 1932, as mulheres conseguem o Direito ao Voto no Brasil, após a derrota de 1891, no decreto 21076 assinado pelo presidente Getúlio Vargas.

No que tange a posição das mulheres negras na sociedade brasileira, salienta-se que, apesar de serem impedidas de adentrar na política, seus corpos sempre ocuparam um posicionamento de resistência social.

As lutas feministas enquanto a luta pelo sufrágio universal e mais tarde pelo controle dos corpos e inserção no mercado de trabalho, pode-se ser separada da luta feminista negra, que aparece na 2ª onda do feminismo, na década de 60 a 80, o interessante aqui é observamos, que enquanto as mulheres brancas, eram tidas para o lar, as negras eram tidas para os bichos, nesse mesmo sentido Lélia Gonzalez esclarece que:

O lugar em que nos situamos determinará nossa interpretação sobre o duplo fenômeno do racismo e do sexismo. Para nós o racismo se constitui como a sintomática que caracteriza a neurose cultural brasileira. Nesse sentido, veremos que sua articulação com o sexismo produz efeitos violentos sobre a mulher negra em particular. GONZALEZ, Lélia. Racismo e Sexismo na Cultura Brasileira. p.p 224.

Ainda que a abolição tenha ocorrido em 1888, não fora formado uma estrutura capaz de retirar as mulheres negras dentro da torpe e nefasta estrutura escravagista. Desse modo, não houveram políticas de inserção que as tirassem da posição de *incógnitas sociais* e lhe dessem a possibilidade de, ao menos, ser cidadã brasileira.

Assim, a partir dessas amarras históricas, é possível compreender, mesmo após décadas, que a luta das mulheres persiste e ganha novos contornos.

Os afazeres domésticos e gerência do lar ainda é estigmatizado como ofício prioritariamente feminino, além disso, a partir da década de 70, houve o início de uma inserção da mulher no mercado de trabalho, mas isso não aconteceu de modo abrangente e homogêneo.

Os cargos mais altos têm, ainda hoje, como predominância, a presença de homens brancos e ricos e as mulheres contam com dificuldades para ascender dentro da lógica capitalista.

Alcançar o prestígio empregatício sendo mulher, como demonstrado anteriormente, é um caminho cheio de percalços, e isso significa diretamente em conseguir passar pela barreira do estigma dos preconceitos de gênero. Nesse sentido, é importante versar sobre a importância da ascensão feminina e a sua representatividade.

Atualmente, segundo dados da PNAD (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios) feita pelo IBGE em 2019, a população brasileira é composta por 51,8% de mulheres, entretanto, mesmo sendo mais da metade da população, no governo liderado por Jair Messias Bolsonaro, a partir de dados retirados do site da Câmara Legislativa, existem apenas 2 ministras dentre as 22 pessoas que ocupam o cargo.

Com lamentosos dados, o Brasil ocupa a posição 149 no total de 188 países no ranking de representatividade no governo. Quando é analisado o parlamento, o cenário permanece

congênera, possuindo apenas 77 deputadas entre as 513 cadeiras e somente 12 senadoras entre os 88.

Ressalta-se, ainda que, mesmo aquelas que conseguem adentrar o espaço político, possuem barreiras para o reconhecimento e prestígio, nesse sentido, nenhuma mulher nunca ocupou a posição de presidência da Câmara dos Deputados ou do Senado. Ao analisarmos as Comissões Permanentes, no ano de 2019, apenas 16% das mulheres ocupavam o cargo de presidência.

Em observação aos números é notório que as mulheres não ocupam cargos políticos de modo significativo, dessa forma, a representatividade é irrisória e o protagonismo é tratado como subsidiário quando posto ao lado do interesse das grandes corporativas. Entende-se, portanto, que o poder majoritário vigente não tem como objetivo e plano de governo a mudança do *status quo*.

A partir da expressiva falta de representatividade de mulheres dentro do parlamento, é fulcral a elucidação sobre a importância da ocupação feminina dentro dos espaços políticos.

Cumprе salientar que, os corpos ignorados politicamente sofreram uma violência simbólica ocasionada pelo descaso governamental. A falta de representação se posiciona como uma violência simbólica aos corpos que são ignorados politicamente.

Tendo em vista, que, como apontado, a mudança de paradigmas exige a diversificação do parlamento, onde as vivências sejam um ponto importante de discussão. A escuta sobre as experiências que pertencem a uma grande parcela da população é capaz de causar a reflexão e construção dialética para o estímulo de criações políticas que proporcionem uma melhoria de estilo de vida. Nesse sentido, a agenda da representatividade se torna a elaboração de um ideal democrático estabelecido dentro das perspectivas da equidade.

A presença feminina dentro do parlamento foi proporcionada através do rompimento do padrão sistemático enraizado. Alcançar o espaço de poder dentro da esfera pública significa não só, ultrapassar os percalços da estigmatização social, mas também as barreiras materializadas, como o menor investimento em candidaturas femininas pelos partidos ou o próprio boicote partidário das cotas, tema que será aprofundado posteriormente.

3. AS POLÍTICAS AFIRMATIVAS E SUA FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição de 1988 representou um marco progressista no que diz respeito aos direitos femininos. A igualdade entre homens e mulheres prevista no inciso I do artigo 5º é a primeira evidência de uma abordagem constitucional mais equânime e sensível às discrepâncias de direitos e tratamentos referentes aos sexos ao longo do tempo no Brasil e suas sequelas.

A luta feminista, que por muito tempo foi tratada como secundária, começava a ganhar espaço nas discussões públicas e nos textos legislativos.

Neste diapasão é que foi aprovada a primeira lei que determinaria ações afirmativas em prol da participação feminina no Brasil. A Lei 9.504/97, em seu artigo 10, inciso III, estabelece que os partidos políticos deveriam reservar pelo menos 30% de suas vagas a candidatas mulheres:

§ 3º Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo²⁵

Todavia, a aprovação das “cotas” não ocorreu sem ressalvas. Muitas foram as críticas quanto a uma suposta “inconstitucionalidade” do dispositivo, ao prever a reserva de 30% das vagas de candidatura de cada partido às mulheres. Tantas foram as reprimendas, que o texto legal foi alterado, prevendo a reserva de no mínimo 30% e no máximo 70% “para cada sexo”

É dispensável falar que as acusações de inconstitucionalidade eram muitas e infundadas. A interpretação da Carta Magna não deve ser literal, sem influências históricas e sociológicas - se o inciso I do artigo 5º estabelece a igualdade entre homens e mulheres, é porque a ocorrência de fatos históricos, permitem encaixar as mulheres em um espaço minoritário, espaço este onde a igualdade material e efetiva ainda não ocorreu.

As consequências desses atos (inferiorização da mulher) geram sequelas que são perceptíveis. Não é apenas a igualdade formal que buscaram garantir os constitucionalistas, mas a material: “*tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual, no limite da sua desigualdade*”.

-
- ²⁵ Ac.-TSE, de 1º.3.2018, na Cta nº 060405458: a expressão “*cada sexo*” refere-se ao gênero, e não ao sexo biológico.
 - V. Res.-TSE nº 23270/2010: utilização do sistema CANDex para gerar as mídias relativas aos pedidos de registro e aviso aos partidos e coligações quanto aos percentuais mínimo e máximo de *cada sexo*.
 - Ac.-TSE, de 17.9.2019, no REspe nº 19392: caracterizada a fraude na cota de gênero, prescinde-se, para fim de perda de diploma, de prova incontestada da participação ou da anuência de todos os candidatos beneficiários que compuseram as coligações. Tal comprovação é imprescindível apenas para impor aos beneficiários sua inelegibilidade para eleições futuras.
 - Ac.-STF, de 15.3.2018, na ADI nº 5.617: o patamar legal mínimo de candidaturas femininas previsto neste dispositivo equipara-se ao mínimo de recursos do Fundo Partidário alocado a cada partido, para eleições majoritárias e proporcionais.
 - Ac.-TSE, de 16.8.2016, no REspe nº 24342: possibilidade de, em ação de investigação judicial eleitoral, verificar se o partido está cumprindo efetivamente o conteúdo deste parágrafo.
 - Ac.-TSE, de 11.11.2014, no AgR-REspe nº 160892: “os percentuais de gênero devem ser observados no momento do registro de candidatura, em eventual preenchimento de vagas remanescentes ou na substituição de candidatos”.
 - Ac.-TSE, de 6.11.2012, no REspe nº 2939: na impossibilidade de registro de candidaturas femininas no percentual mínimo de 30%, o partido ou a coligação deve reduzir o número de candidatos do sexo masculino para adequar-se os respectivos percentuais.
 - Ac.-TSE, de 8.9.2010, no REspe nº 64228: irrelevância do surgimento de fração, ainda que superior a 0,5%, em relação a quaisquer dos gêneros, se o partido político deixar de esgotar as possibilidades de indicação de candidatas.

A mera afirmação de igualdade em texto normativo, nada fará pelos grupos discriminados se não forem determinadas medidas de redução discriminatória concomitante as diretrizes pautadas em lei.

Neste interim, podemos obter duas vias de ação decorrentes da previsão de equidade constante na Constituição: a primeira, de erradicação das desigualdades internalizadas em uma sociedade que se firmou em raízes racistas, patriarcais e colonizadas - um processo longo e gradual, cujos efeitos só serão sentidos nas gerações por vir; a segunda é a determinação de medidas que amenizem os efeitos de uma desigualdade que está, inegavelmente, presente em todos os âmbitos da sociedade.

A mera garantia do direito das mulheres de se candidatarem e serem votadas não é suficiente para que se afirme a sua igualdade em relação aos homens. A falta de capital político e recursos financeiros e o machismo internalizado por maior parte da sociedade são apenas alguns dos empecilhos que recaem sobre candidatas do sexo feminino, tornando a competição entre ambos desigual.

A procura pela igualdade material de homens e mulheres se evidencia no próprio texto constitucional, ao garantir direitos como a licença-gestação (art. 7, XVIII e XIX) e normas protetoras de incentivo ao trabalho (art. 7, XX).

A igualdade prevista no inciso I artigo 5º pode (e deve) ser interpretada tanto como um ponto de partida quanto como um destino a ser atingido. Devemos interpretar as normas do nosso ordenamento jurídico pressupondo a igualdade de gênero em oportunidades, direitos e obrigações, nos limites das suas diferenças, assim como devemos buscar novas formas de se obter essa igualdade e respeitar e legitimar os avanços já estabelecidos.

A presença minimamente comparável de mulheres e homens nos cargos eletivos de poder público é um pressuposto para que o ideal democrático seja atingido. Isto porque a democracia representativa baseia-se num governo que atenda ao povo e a todas as suas nuances e, por mais que seja possível (apesar de raro) que homens possam defender os direitos femininos

4. CONQUISTA E CONSTRUÇÃO DAS POLÍTICAS AFIRMATIVAS DE GÊNERO NO BRASIL

Apesar da inegável conquista que as primeiras ações afirmativas voltadas para mulheres representavam, pouco se fala nos esforços empreendidos pelos homens - então no poder - para mitigar os seus efeitos.

Após a aprovação do projeto de lei que previa a reserva de vagas para mulheres nas candidaturas de cada partido, foi aprovada uma condição: aumentaria a previsão do número máximo de candidaturas que cada partido poderia lançar para determinado cargo.

Antes, este número era de 100%, ou seja, para cada cargo público a ser preenchido, os partidos poderiam lançar um candidato. Todavia, no momento em que foi aprovada a reserva de 20% de vagas do número total de candidaturas para mulheres, aprovou-se também que o número máximo de candidaturas por partido passaria a ser 120% do número de cargos.

Em números absolutos, antes da aprovação do projeto, se houvessem 100 cargos a serem preenchidos, os partidos políticos poderiam lançar 100 candidatos, sem previsão ou limitações de gênero.

Após a aprovação da primeira reserva, os partidos passaram a poder lançar 120 candidatos - dos quais 20% (ou seja, 24 candidaturas) deveriam ser mulheres, restando 96 candidaturas possíveis para homens.

Ressalta-se que, no período, a reserva de vagas era de preenchimento facultativo, logo, não garantiria que as mulheres de fato se candidatassem, apenas limitava o número de candidaturas possíveis para os homens.

Observa-se, então, que a imposição feita aos partidos não teria grandes efeitos práticas, pois apenas limitaria um pequeno número de homens de lançarem suas candidaturas, sem garantir, no entanto, o lançamento da candidatura de mulheres.

Essa mitigação ficou ainda mais gritante quando a revisão da reserva de vagas aumentou para 30% (texto normativo vigente), o teto de candidaturas aumentou para 150% das vagas disponíveis. Ou seja, a cada 100 cargos a serem preenchidos, poderiam ser candidatos no máximo 105 homens - mais do que seria possível antes da aprovação - e estariam reservadas para as mulheres 45 vagas, sem obrigação de preenchimento.

Essa análise nos ajuda a entender porque nos primeiros anos após a aprovação da reserva de vagas os efeitos foram menores do que o esperado. Não houve real coerção aos partidos para colocarem mulheres dentre seu rol de candidatos, assim como a diminuição do máximo de candidatos homens, e números absolutos, foi ínfima.

Esse cenário apresentou melhorias em 2009, quando foi determinado o preenchimento obrigatório das vagas reservadas para mulheres. Só assim é que os partidos políticos passaram a realmente observar os efeitos pretendidos pelas medidas da lei.

5. COMBATE À FRAUDE DE AÇÕES AFIRMATIVAS

O Projeto de Lei é uma sugestão de normativa que tem a iniciativa para a elaboração como responsabilidade de Deputados, Senadores, Comissões Parlamentares da Câmara, Senado ou Congresso Nacional, Presidente da República, Supremo Tribunal Federal, Tribunais Superiores, Procurador Geral da República e o povo.

Quando o projeto é sugerido a partir de iniciativa popular o procedimento para que se torne projeto de lei é que seja subscrito por 1% do eleitorado brasileiro e que tenha pessoas de pelo menos 5 dos estados do Brasil, com 0,3% de eleitores em cada estado. Existe também, uma regulamentação no que tange a matéria que o Presidente da República, Supremo Tribunal Federal, Tribunais Superiores e Procuradoria Geral da República poderá executar.

O assunto abordado na lei e a urgência vai determinar o Processo Legislativo necessário para que ela seja aprovada. No caso de leis ordinárias que versam sobre assuntos específicos e gerais, é submetido em procedimento legislativo ordinário.

Nesse procedimento, após a apresentação do projeto, começado a tramitação na Câmara, com exceção dos projetos sugeridos pelos senadores que iniciarão no próprio Senado. Assim, irá para Casa Revisora, sendo o Senado responsável pela revisão, com exceção dos projetos elaborados por senadores. Após apreciação, caso haja alterações, o projeto voltará para casa iniciadora que poderá acatar ou não as mudanças feitas.

Logo após, o projeto de lei é enviado para as Comissões Parlamentares que serão responsáveis por elaborar pareceres. Por fim, a sugestão de lei ordinária é colocada para votação, exigindo maioria simples dos votos.

O procedimento legislativo sumário só irá acontecer quando o Presidente da República solicitar urgência na apreciação de leis sugeridas pela própria presidência. Além disso, o procedimento para realização de leis complementares — aquelas utilizadas para regulação de matérias previstas na Constituição — divergindo do procedimento legislativo ordinário apenas pelo quórum de maioria absoluta.

Entende-se, portanto, que existe um mecanismo amplo e universalizador para produção de normativas, inclusive com a possibilidade de iniciativa popular, entretanto, mesmo com a criação de instrumentos legislativos que auxiliassem a impulsão e crescimento da materialização da igualdade dentro do Congresso Nacional, apesar de frutífero, conforme demonstrado anteriormente, não obteve completo êxito.

Nasce dessa forma, a discussão sobre a efetivação e ampliação da normativa das cotas eleitorais por gênero e o desvio das fraudes eleitorais.

A Senadora Mailza Gomes, eleita pelo Partido Progressista, propôs um Projeto de Lei que combatesse as fraudes estruturando e direcionando a possibilidade de denúncias. Salienta-se que, mesmo com a verificação realizada no momento da candidatura pelo Demonstrativo de Regularidade de Atos Partidários (DRAP), com uma análise documental, ocorrem inscrições fraudulentas que, entretanto, não são detectadas no momento da inspeção.

Entende-se, portanto, o obscurantismo da lei no que tange a medidas a serem tomadas após a aferição feita pelo DRAP. Com isso, a proposta insere incisos dentro do Artigo 10 da lei

nº 9.504/97 com objetivo de conduzir as denúncias, apontando quem poderá fazê-las, qual o procedimento, quem será citado como autor e as punições para o descumprimento.

Assim, o texto do Projeto de Lei 1541/2019 atualmente está em tramitação — aprovada passou pela Comissão de Constituição, Cidadania e Justiça e foi lida no Plenário do Congresso Nacional, tendo como relatora a Senadora Daniella Ribeiro. Nesse sentido, o texto discorre:

Altera as Leis nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), e 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), com o fim de aperfeiçoar a legislação eleitoral no combate à fraude à cota de gênero. O CONGRESSO NACIONAL decreta: Art. 1º. A Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 10. § 6º. Qualquer candidato, partido político ou o Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, no prazo de até 180 (cento e oitenta) dias da diplomação, relatando fatos, e pedir a abertura de investigação judicial para apurar descumprimento à cota de gênero prevista no

§ 3º deste artigo mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento. (AC)

§ 7º. Na apuração de que trata o § 6º deste artigo, aplicar-se-á o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, no que couber. (AC)

§ 8º. Serão citados o partido político; seus candidatos, na condição de autores ou beneficiários da ilicitude; e os dirigentes partidários ou delegados responsáveis pela apresentação do DRAP – Demonstrativo de Regularidade de Atos Partidários e registros de candidatura dos candidatos à Justiça Eleitoral. (AC)

§ 9º. Comprovado o descumprimento à cota de gênero prevista no § 3º deste artigo, serão cassados o registro do DRAP – Demonstrativo de Regularidade de Atos Partidários e o registro ou diploma dos candidatos a ele vinculados, sejam eles autores ou beneficiários da irregularidade, sem prejuízo da aplicação de multa solidária no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) ao partido político e aos responsáveis pela conduta, candidatos ou não. (AC)

Art. 2º. A Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), passa a vigorar com a seguinte alteração: “Art. 354-B. Frustrar o candidato, o dirigente ou delegado partidário, o cumprimento do disposto no § 3º, do art. 10 da Lei nº 9.504, de 30/09/1991, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento. Pena. Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, não sendo candidato, dirigente ou delegado partidário, de qualquer modo, concorre para o crime. (AC)

Art. 3º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”

Esse Projeto representa o preenchimento de uma lacuna normativa e auxilia a evitar a consumação de fraudes nas cotas de gênero.

Entretanto, é salutar observar que, tal medida é utilizada de modo a reforçar a necessidade de uma mudança cultural partidária cercada de óbices no que tange candidaturas femininas para pleitear por posições legislativas.

De modo antagônico às lutas por ampliação da Legislação de Cotas de Gênero no Congresso Nacional, o Senador Angelo Coronel do Partido Social Democrático (PSD), apresentou um Projeto de Lei que objetiva a revogação da Lei de Cotas (nº 1256, de 2019). A proposta apresentada tem como argumento a ineficácia da lei e a limitação da autonomia partidária. Assim, mesmo com a rejeição por Comissão terminativa, Angelo Coronel fomentou a discussão da eficácia da lei.

O projeto presta uma homenagem a igualdade. Homens e mulheres devem ter iguais condições de concorrer as vagas a serem preenchidas. Ademais, acrescenta-se que a medida hoje existente é uma cota para ambos os sexos, impedindo, a rigor, que um partido tenha também mais de 70% de participação feminina. Este projeto consagra também, portanto, a liberdade. Os partidos podem ter até 100% de participação feminina se assim o desejarem. [PROJETO DE LEI DE ANGELO CORONEL]

É necessário salientar que, não existem condições iguais para preencherem as vagas, o número de mulheres que concorrem para as cadeiras no Legislativo, como mostrado anteriormente, é consideravelmente menor do que o dos homens. Conclui-se que, mesmo com a argumentação em consonância com a existência de um protagonismo feminino, o Senador, reproduzindo discursos a partir do senso comum, incita uma ofensa a todas as mulheres que, constitucionalmente, lutaram para ocupar ambientes políticos.

Surge então, um Projeto de Lei que visa ampliar a atuação das cotas de gênero, abrangendo o Poder Executivo. Entendendo a restrita participação feminina dentro da política no ambiente Executivo, sendo que, em âmbito nacional, apenas uma mulher foi eleita para o cargo de Presidente (Dilma Rousseff entre 2011- 2016) e nunca uma mulher ocupou o cargo de Vice-Presidente, a Deputada Carmen Zanotto propõe:

Altera dispositivos da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, para estabelecer que na composição das chapas de candidatos a cargos eletivos do Poder Executivo, em todos os níveis, será assegurada a participação de ambos os gêneros. O Congresso Nacional decreta: Art. 1º O art. 2º da Lei n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997, passa a vigorar acrescido do seguinte §: “§ 5º Na composição das chapas de candidatos a Presidente e Vice-Presidente, bem como de Governador e Vice-Governador, será assegurada a participação de ambos os gêneros.” (NR) Art. 2º O art. 3º da Lei n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997, passa a vigorar acrescido do seguinte §: “§ 3º Na composição das chapas de candidatos a Prefeito e Vice-Prefeito será assegurada a participação de ambos os gêneros.” (NR) Art. 3º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Como foi apontado, as propostas que versam sobre a dilatação das leis responsáveis por ampliar a presença feminina dentro do ambiente parlamentar, foram planejadas por mulheres e constituem como ferramentas legislativas para o alcance da igualdade, constitucionalmente prevista, e é capaz de sedimentar a construção da representatividade.

Entretanto, o entendimento sobre necessidade dessa política não é homogêneo e pacificado, como apontado na leitura do Projeto de Lei sugerido pelo Senador Ângelo Coronel.

Existe uma linha de pensamento contrária que deslegitima através da argumentação meritocrata ou utilizando retóricas baseadas em estigmas anteriormente apresentados e insistindo na superficialidade sobre a incapacidade e revelando preconceitos de gênero.

Entende-se, portanto, que é notória a continuidade da luta feminina por protagonismo dentro da política brasileira, promovendo instrumentos para evitar a sedimentação de métodos fraudulentos que obstam o seu êxito.

6. DECISÕES JUDICIAIS

Uma vez em vigor os dispositivos legais que preveem as ditas ações afirmativas, surge a preocupação em garantir o seu pleno cumprimento. Muitos partidos tendem a desprezar as medidas determinadas ou a tentar burlá-las. Incide, então, a atuação da Justiça Eleitoral, de modo a aplicar a esses partidos as devidas punições e então legitimar as políticas afirmativas legalmente previstas.

Após um longo histórico de depravações e abusos que afligem a política brasileira desde o período do Império, definiu-se através da promulgação do primeiro Código Eleitoral a separação da Justiça Eleitoral da Justiça Comum.

A Justiça Eleitoral se torna então um órgão jurisdicional especializado responsável pela regulamentação, administração e jurisdição do processo eleitoral e suas respectivas normas e demandas.

O Tribunal Superior Eleitoral, os Tribunais Regionais Eleitorais e as Juntas Eleitorais atuam para garantir o cumprimento das normas estabelecidas para o processo eleitoral antes, durante e após a sua ocorrência.

A separação da Justiça Eleitoral em um subsistema jurisdicional assegura maior controle e legitimidade sobre as decisões, livre das intervenções que possivelmente ocorreriam dentro da Justiça Comum.

Cabe ao TSE julgar e processar lides referentes aos candidatos à Presidência e Vice-Presidência, bem como os recursos interpostos em face de decisões dos TREs; a estes, é atribuída a administração do processo eleitoral nas unidades federativas. E a jurisdição para que se processe e julgue os candidatos aos cargos de Governador, Vice e membros do Congresso Nacional, assim como os recursos decorrentes de processos nas juntas eleitorais, órgãos transitórios responsáveis pela apuração das eleições nas zonas eleitorais.

Dessa forma, o julgamento de questões atinentes aos cumprimentos dos parâmetros e medidas previstas para o processo eleitoral ocorre em Tribunais Especializados, responsáveis pelo pleno funcionamento de eleições democráticas - o que inclui, é claro, a garantia de condições de igualdade entre todos os eleitores e candidatos.

Nesse sentido, a defesa aos princípios por detrás das ações afirmativas da Lei 9.504/97 deve e vem ocorrendo também pelo poder Judiciário. Em 2017, o Tribunal Superior Eleitoral desproveu agravo regimental interposto pelo Partido da República referente à sentença

protocolada no TRE de Pernambuco pela inobservância ao tempo mínimo para promoção da participação política feminina.

O PR ficou então condenado à perda de 10 minutos da propaganda eleitoral garantida nos veículos estaduais; em sua defesa, afirmou ser sua sanção uma violação à autonomia partidária prevista constitucionalmente. Clamou, então, pela proporcionalidade e razoabilidade em sede de Recurso na aplicação da sanção.

Ao fundamentar a decisão, por unanimidade, de manter a condenação, a Ministra Relatora Luciana Lóssio explicou e reafirmou a importância das ações afirmativas e necessidade da sua garantia pelo Poder Judiciário:

[...] não há espaço para a Justiça Eleitoral, valendo-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, abrandar a penalidade prevista no art. 45, § 2º, II, da Lei n. 9.096/95, especialmente por se tratar de política pública afirmativa que visa atenuar grave déficit na representação política feminina que leva o Brasil a ocupar desonrosa colocação no cenário mundial. Admitir a incidência dos referidos princípios, para atenuação da sanção, seria o mesmo que convalidar uma mera promessa retórica. A destinação de pelo menos 10% (dez por cento) do tempo de propaganda partidária à promoção feminina na política caracteriza um mínimo existencial do direito fundamental à igualdade de gênero. ”

Na mesma toada:

Registro de candidatura a deputada federal. Alteração para deputada estadual. Discordância da candidata. Autonomia partidária. Limites. Observância de norma estatutária e da lei. Inexistência de autorização para tal proceder em convenção estadual. [...]. 3. *In casu*, o TRE/RJ, após análise dos documentos probatórios, verificou inexistir outorga de poderes para que a executiva estadual do partido remanejasse candidatura, mudando para Deputada Estadual a filiada já indicada para concorrer ao cargo de Deputada Federal. [...] 4. [...] Sob o prisma da legalidade, não se trata de substituição de candidato, de preenchimento de vaga remanescente ou de indicação tempestiva de candidato. 5. Conforme asseverado no acórdão recorrido: ‘A se admitir como legítima e legal a manobra realizada pelo partido em epígrafe, não será surpresa se a partir das próximas eleições, vencidos os prazos estabelecidos pela legislação eleitoral para a escolha dos candidatos, venham os partidos, através de reunião de Executiva Estadual, realizada já fora daquele prazo, valendo-se de uma suposta outorga de poderes em Convenção, sem qualquer amparo em estatuto, modificar grande parte de seus candidatos e candidaturas.’ [...]”
(Ac. de 21.9.2006 no REspe nº 26658, rel. Min. José Delgado.)

E ainda:

[...] Número de cadeiras na Câmara Legislativa foi reduzido para a legislatura seguinte. Número de candidatos natos de um mesmo sexo supera o percentual máximo do § 3º (art. 10 da Lei nº 9.504/97), quando calculado sobre o total das vagas para candidatos. A situação específica do caso impede que se adote a literalidade do § 3º do art. 10. O cálculo da reserva do mínimo de 30% e do máximo de 70% para candidaturas de cada sexo deve levar em conta o número de candidaturas possíveis, descontadas as vagas correspondentes às candidaturas natas.”
(Ac. de 8.3.2001 no AgR-REspe nº 16897, rel. Min. Garcia Vieira, red. designado Min. Nelson Jobim.)

Em postura semelhante ao de Pernambuco, o TRE do Piauí decidiu pela cassação do mandato de seis vereadores eleitos em 2016 na cidade de Valença, como condenação pela fraude à reserva de vagas para mulheres nas candidaturas das propostas pelos partidos.

Notou-se que muitas das mulheres que lançavam suas candidaturas pelos partidos não só não apresentavam qualquer intenção de se candidatar, como possuíam laços familiares com alguns dos candidatos do mesmo partido.

Essas mulheres atuavam como o que se chama popularmente de “candidatas laranjas”. São pessoas que se registram para candidatura por determinado partido apenas para preencher a cota estabelecida. Mães, esposas e irmãs dos candidatos registravam sua candidatura para concorrer aos mesmos cargos que seus irmão, maridos e filhos - no entanto, não investiam em suas campanhas e recebiam um número ínfimo de votos.

Essa fraude tornou-se comum no Brasil após determinada a obrigatoriedade do preenchimento da reserva da 30% de vagas para as mulheres, em 2009. Ao invés de buscarem legítimas representantes do sexo feminino para se candidatarem e de fato tentarem ingressar no âmbito político, partidos por todo o Brasil recorriam às familiares e cônjuges de seus afiliados para colocarem seus nomes em candidaturas, sem qualquer intenção de realmente concorrer e ocupar as vagas pretendidas.

Assim, não representariam uma ameaça ou uma divisão dos votos remetidos aos candidatos do sexo masculino, mas garantiriam que o partido não sofresse reprimendas pelo não cumprimento do estabelecido na Lei Eleitoral de 97.

Assim, a punição pela fraude se estendeu não só às mulheres que se submeteram às candidaturas laranjas - que ficaram inelegíveis pelo período de 8 anos -, como também aos homens que se beneficiaram da fraude, seus familiares próximos, que tiveram seus mandatos cassados e se tornaram também inelegíveis por 8 anos.

As medidas tomadas pelo TRE-PI são fundamentais para que se garanta a legitimidade e êxito das políticas de benefício à entrada de mulheres na vida pública. No entanto, é lamentável observar o esforço empreendido por candidatos e partidos para burlar as medidas estabelecidas em lei - para estes, é preferível fraudar medidas legais a dar, de fato, uma chance para que mulheres adentrem o processo eleitoral e exerçam seu poder.

Para além do mero julgamento e aplicação das leis que garantem as ações afirmativas às mulheres, há também uma preocupação em ampliar as possibilidades de incidência e efeitos dessas políticas.

Foi nesse sentido que a Senadora Lídice da Mata apresentou ao Tribunal Superior Eleitoral a proposta de submeter a constituição de órgãos partidários à mesma reserva de 30% de vagas por gênero a que são submetidas as candidaturas proporcionais.

A Ministra Rosa Weber, então relatora e presidente do TSE, ao se manifestar a favor da submissão da composição dos órgãos internos à aplicação da reserva de vagas, argumentou que se a reserva de 30% não fosse aplicada igualmente aos âmbitos interno e externo das entidades, seria instituído “um verdadeiro paradoxo democrático, não sendo crível que a democracia interna dos partidos políticos não reflita a democracia que se busca vivenciar, em última instância, nas próprias bases estatais”.

CONCLUSÃO

A sub-representação feminina na política gera consequências que se refletem, principalmente, mas não unicamente, na idealização, construção e execução de políticas públicas que considerem as questões do ser mulher. Porém, existem divergências quanto o modo que essas consequências são percebidas.

Por um lado, acredita-se que a ausência de mulheres nos cargos de poder não propicia um debate adequado em torno de questões fundamentais, como saúde e segurança pública. Entende-se que a presença de mulheres na política proporcionará um maior diálogo e um pensar mais abrangente em torno de questões que estejam relacionadas às pautas femininas.

Como exemplo, podemos mencionar o caso do decreto parlamentar que regulamenta vagões de trens e metrô exclusivos para mulheres, implementados em virtude dos casos de assédio. Tal medida só foi possível porque a deputada Martha Rocha (PDT-RJ) pensou na questão da segurança enquanto mulher que usa o transporte público e, portanto, com uma necessidade de política pública diferenciada. Isso quer dizer que, como são as mulheres que sentem na pele determinados preconceitos ou dificuldades, são elas que devem participar na proposição de políticas que visam contribuir para a melhoria desses cenários.

Por outro lado, há quem alegue que a presença da mulher na política não implica, necessariamente, no avanço das questões femininas. Para a pesquisadora norte-americana Merike Blofield esse progresso não seria automático. Sua pesquisa revela que em alguns países, como Uruguai, no qual a representação feminina também é baixa, a agenda feminina é bastante evoluída, por outro lado, em outros países, como Estados Unidos no qual as mulheres tem grande presença na vida pública, a agenda feminina continua bastante conservadora.

Diante desse cenário, algumas ações foram tomadas com a finalidade de contribuir para a inclusão e a representatividade das mulheres no meio público. Uma das ações que merece destaque é a Plataforma 50-50 lançada pelo Instituto Patrícia Galvão (IPG) e o Grupo de Pesquisa sobre Democracia e Desigualdades da Universidade de Brasília (Demode/UnB) para as eleições municipais. O principal objetivo do projeto é contribuir para uma maior igualdade entre homens e mulheres no processo eleitoral. Para isso, os candidatos e candidatas assumem

compromissos com a igualdade de gênero. A iniciativa conta com a parceria do Tribunal Superior Eleitoral e da ONU Mulheres.

Embora nos últimos anos tenhamos progredido em alguns aspectos em relação às questões dos direitos das mulheres, percebemos que na atuação política, muito ainda precisa ser feito. A desejada igualdade de gênero está em progresso e ações afirmativas como a Plataforma 50-50 estimulam o debate e contribuem para que possamos reparar essa **desigualdade construída historicamente**.

Vale destacar ainda, que mesmo com a importância das iniciativas de ações afirmativas, essas não se configuram como meio e fins únicos para a viabilização de mais **mulheres na política**. Para isso, é necessário que os políticos, os partidos e o Estado se comprometam com uma agenda mais igualitária e que a sociedade civil consiga estimular e exigir uma mudança nesse cenário.

REFERÊNCIAS

Ações do TSE valorizam participação da mulher na política. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Agosto/acoes-do-tse-valorizam-participacao-da-mulher-na-politica-e-incentivam-candidaturas-femininas>. Acesso em: 10/12/2020.

GONZALEZ, Lélia. Racismo e Sexismo na Cultura Brasileira. Revista Ciências Sociais Hoje, Anpocs, 1984, p. 223-244.

JURISPRUDRÊNCIAS DO TSE. Disponível em: <http://temasseleccionados.tse.jus.br/temas-seleccionados/registro-de-candidato>. Acesso em: 10/12/2020.

Lei das Eleições – Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/lei-das-eleicoes/lei-das-eleicoes-lei-nb0-9.504-de-30-de-setembro-de-1997>. Acesso em: 07/12/2020

LEI Nº 12.034, DE 29 DE SETEMBRO DE 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112034.htm. Acesso em: 07/12/2020.

MIRANDA, Mariana Araújo. Participação das mulheres na política: À busca pela concretização da igualdade de gênero como instrumento de efetivação da democracia.

NETO, Manoel Jorge e Silva. Curso de Direito Constitucional. Imprensa: Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2018.

PINHEIRO, Luana Simões. Vozes Femininas na Política: Uma análise sobre mulheres parlamentares no pós-constituinte. Dissertação de mestrado. Universidade de Brasília. 2006.

SILVA, Salette Maria da. A carta que elas escreveram: A participação das mulheres no processo de elaboração da constituição federal de 1988.

VICISSITUDES DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS NO PROCESSO LEGISLATIVO BRASILEIRO: LIMITES AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E PRESERVAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Cristine De Carvalho Gleyser Gomes Da Silva

1. INTRODUÇÃO

O princípio da Separação dos Poderes é, hoje, um dos conceitos elementares à noção de Constituição, na medida em que garante a concreção das funções estatais e democráticas²⁶. No Brasil, com a Constituição de 1988, foi adotado o modelo da tripartição de poderes, e o poder, enquanto elemento constituinte da noção de Estado, é exercido pelas funções Legislativa, Executiva e Judiciária²⁷.

Nesse sentido, Paulo Bonavides afirma que, respectivamente à Constituição, “há liberdade quando a organização do poder se faz à base de certa distribuição dos três poderes, já referidos”²⁸. No entanto, essa noção de liberdade acaba sendo distorcida, e, ao invés de restringir a atuação do Poder Executivo, acaba perpetuando e expandindo a prevalência do Poder Executivo frente aos demais poderes (ou funções), a exemplo do Poder Legislativo, com a edição das Medidas Provisórias.

E isso se revela evidente. Como se colhe do Portal da Legislação do Governo Federal²⁹, pois, até o advento da Emenda Constitucional nº 32/2001, foram editadas 2230 Medidas Provisórias, desconsiderando-se, aí, as reedições e, desde a referida Emenda Constitucional, até 04 de dezembro de 2020, já foram editadas 1014 Medidas Provisórias. No ano de 2020, por exemplo, em meio à pandemia da COVID-19, foram editadas 58 Medidas Provisórias até o dia 3 de junho, sendo que somente três foram aprovadas³⁰. Esse fato revela a prodigalidade da utilização, pelo Poder Executivo, da edição das Medidas Provisórias, às vezes, até deliberada, visando regular matérias que dispensariam sua utilização com inegáveis reflexos negativos na produção legislativa do Congresso Nacional.

²⁶STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 8. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2019, p. 189-193.

²⁷BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 554-559.

²⁸BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 268.

²⁹MEDIDAS Provisórias. **Portal da Legislação**, 2020. Disponível em:

<<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/medidas-provisorias>>. Acesso em: 14 dez. 2020.

³⁰MALI, Tiago; MAIA, Mateus. *Começo de 2020 é o que tem mais medidas provisórias editadas na história. Poder360*, 05 jun. 2020. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/governo/comeco-de-2020-e-o-que-tem-mais-medidas-provisorias-editadas-na-historia/>>. Acesso em: 14 dez. 2020.

2. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS E AS MEDIDAS PROVISÓRIAS

No tocante ao princípio da separação dos poderes,

Historicamente, Aristóteles fora o precursor. Todavia, a construção sistemática desta teoria se dá inserta no processo histórico da, digamos, concretização do Estado moderno, através de obras de Marsílio de Pádua –*Defensor Pacis* –, Maquiavel –*O Príncipe*–John Locke—*Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Foi, contudo, com Montesquieu e seu *De L’Esprit des Lois* (1748) que emergiu a percepção de uma tripartição (Executivo, Legislativo e Judiciário), de funções como “poderes” independentes entre si. Entretanto, permanece obscuras as atribuições de cada um deles. (...). Conseqüência desta teoria, surge o sistema de freios e contrapesos (checks and balances), significando a tentativa de se estabelecer um mecanismo de controle recíproco entre os chamados três Poderes, para fins de salvaguarda da liberdade.³¹”

O mecanismo de “checks and balances” (freios e contrapesos) deriva, portanto, da existência da divisão funcional do poder, concebido para realização da missão do Estado, atribuindo tarefas por intermédio de funções: a Legislativa, a Administrativa (Executiva) e a função Judicial.

A descontração de poderes constitui, por isso, em uma das importantes conquistas para o exercício das liberdades individuais, contra o arbítrio do poder, e

Só assim é possível o controle do poder pelo poder, só assim é possível a plena realização da separação dos Poderes, que se traduz –sintetizamos *na separação funcional* (cada função deve ser confiada a cada órgão da maneira mais especializada possível) e na *separação orgânica* (os órgãos da soberania devem ter independência mútua e devem estar em tudo em idêntico pé de igualdade)³²”.

No ordenamento jurídico brasileiro, desde a primeira Constituição - a do Império, de 1824 -, que o princípio da separação dos poderes vem sufragado entre nós. O artigo IX, da referida Constituição, dispõe que a “divisão, e harmonia dos Poderes Politicos é o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição offerece³³”, embora reconhecendo, consoante formulação de Benjamin Constant, 4 (quatro) Poderes Políticos: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial. O Poder Moderador era delegado ao Imperador, sendo exercido privativamente por ele, e considerado a chave de toda a organização política do Brasil Imperial.

As demais Constituições brasileiras adotaram a tradicional tripartição dos poderes,

Contudo, o enunciou de maneira um pouco diferente em relação aos textos constitucionais passados, que prescreviam o jargão: “Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; for investido na função de um deles não poderá exercer a de outro” (...). Interessante observar que

³¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 8. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2019, p. 190.

³² CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 504.

³³ BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil (de 25 de março de 1824). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 14 dez. 2020.

o constituinte de 1988 trouxe peculiaridades no tocante ao exercício do poder político e de suas três funções. Numa palavra, conferiu ao princípio da separação funcional do poder flexibilidade, parecendo que permitiu a ingerência de uma função em outra”³⁴.

Na atual Constituição, o princípio da separação dos poderes se assenta no seu artigo 2º, no sentido de que são “Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, cuja missão de salvaguarda coube, como guardião da Constituição, ao Poder Judiciário, estabelecendo suas balizas, ora de forma mais restritiva, ora mais ampliativa para tutelar a expansão da proteção do Estado para os indivíduos, como se colhe dos seguintes julgados:

O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes, inserto no art. 2º da CF.
[RE 669.635 AgR, rel. min. Dias Toffoli, j. 17-3-2015, 2ª T, DJE de 13-4-2015.]³⁵.

As restrições impostas ao exercício das competências constitucionais conferidas ao Poder Executivo, incluída a definição de políticas públicas, importam em contrariedade ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes.[ADI 4.102, rel. min. Cármen Lúcia, j. 30-10-2014, P, DJE de 10-2-2015.]Vide RE 436.996 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 22-11-2005, 2ª T, DJ de 3-2-2006³⁶”.

É nesse cenário de prevalência da harmonia e independência entre os Poderes, em plena redemocratização, promulgada a Constituição de 1988 sob os influxos de uma nova era, e, como prenunciado do Preâmbulo da Constituição cidadã, “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias³⁷”, que nascem as Medidas Provisórias.

As Medidas Provisórias surgiram, assim, como substituição ao uso do decreto-lei, utilizado em massa durante a vigência do Estado Novo, instaurada por Getúlio Vargas com a Carta de 1937³⁸. Nesse sentido,

Como, ao longo da ditadura Vargas, o Congresso Nacional permaneceu fechado e, nesse período, o Presidente da República, usurpando-lhe as funções, editou milhares de decretos-leis, o que se teve de fato foi a mais completa permissividade jurídica, porque nenhum decreto-lei, eventualmente contrário à Constituição, seria passível de impugnação eficaz, dada a concentração, na pessoa do Chefe do Governo, do poder

³⁴BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 53.

³⁵FEDERAL, Supremo Tribunal. **A Constituição e o Supremo**. 6. ed. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2018. Disponível em: <<https://livrariasupremo.stf.jus.br/livraria.action>>. Acesso em: 14 dez. 2020.

³⁶*Idem, ibidem*.

³⁷BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (de 05 de outubro de 1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 dez. 2020

³⁸SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 169-170.

de legislar e da prerrogativa de acionar, em causa própria, o mecanismo de *anticontrôle* de constitucionalidade engendrado pelos autores da nova Carta Política³⁹

A respeito do decreto-lei, José Afonso da Silva afirma que se previa “no diploma constitucional que este instrumento seria usado, mediante autorização do parlamento ou durante períodos de recesso ou dissolução da Câmara dos Deputados. Como o parlamento não se reuniu, o uso do decreto-lei foi absoluto.⁴⁰”, expressão máxima da violação ao princípio da Separação dos Poderes por usurpação da Função Legislativa pelo Poder Executivo.

2.1 O EXCESSO DA EDIÇÃO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS E O RISCO DA HIPOTROFIA DA FUNÇÃO LEGISLATIVA DO CONGRESSO NACIONAL

As Medidas Provisórias não foram pura invenção do Poder Constituinte de 1988, foram concebidas como feição dos decretos-lei italianos- *decreti-legge*-, tendo, por pressuposto, extraordinária necessidade de urgência e “A edição desses provimentos provisórios, no país europeu, depende da iniciativa do Conselho de Ministros, órgão colegiado”⁴¹, diversamente do que ocorre aqui, entre nós, cuja competência privativa para editá-las cabe ao chefe do Poder Executivo, quer no âmbito Federal, quer no âmbito Estadual.

No direito italiano, como deflui do art. 77 da Constituição da República Italiana de 1947, o decreto-lei deve ser comunicado, no mesmo dia, ao Parlamento, e “os decretos perdem eficácia desde o início se não forem convertidos em lei no prazo de sessenta dias desde a sua publicação. As Câmaras podem, todavia, regular com a lei as relações jurídicas que surgem na base dos decretos não convertidos⁴².”

Na nossa Constituição, a Medida Provisória está prevista como espécie normativa, no artigo 59, inciso V, e regulada no art. 63, §§ 1º ao 12º, da referida Constituição, adotadas em caso de “relevância e urgência”, com força de lei, devendo ser submetidas de imediato ao Congresso Nacional, tendo incorporado algumas das soluções italianas. As Medidas Provisórias caracterizam-se como

normas com força de lei, editadas pelo Presidente da República em situações de relevância e urgência. Apesar de produzir efeitos jurídicos imediatos, a Medida Provisória precisa da posterior apreciação pelas Casas do Congresso Nacional (Câmara e Senado) para se converter definitivamente em lei ordinária. Seu prazo inicial de vigência é de 60 dias, e será prorrogado automaticamente por igual período, caso não tenha sua votação concluída nas duas Casas do Congresso Nacional. Se não

³⁹*Idem, ibidem.*

⁴⁰SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 884-885.

⁴¹MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 885.

⁴²REPÚBLICA, Senatodella. **Constituição da República Italiana**. 1. ed. Roma: Antica Tipografia, 2020.

Disponível em:

<https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2020.

for votada em até 45 dias, contados de sua publicação, entrará em regime de urgência na Casa em que se encontrar (Câmara ou Senado), ficando sobrestadas, até que se termine a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando⁴³.

A primeira problemática que se divisa é na dificuldade de se perquirir os precisos contornos dos pressupostos formais para edição das Medidas Provisórias, submetidos ao juízo político do Chefe do Executivo, e apenas ao escrutínio posterior do Congresso Nacional e, de igual forma, timidamente, pelo Poder Judiciário. Nesse sentido,

Conforme entendimento consolidado da Corte, os requisitos constitucionais legitimadores da edição de medidas provisórias, vertidos nos conceitos jurídicos indeterminados de "relevância" e "urgência" (art. 62 da CF), apenas em caráter excepcional se submetem ao crivo do Poder Judiciário, por força da regra da separação de poderes (art. 2º da CF) (ADI 2.213, rel. min. Celso de Mello, DJ de 23-4-2004; ADI 1.647, rel. min. Carlos Velloso, DJ de 26-3-1999; ADI 1.753 MC, rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ de 12-6-1998; ADI 162 MC, rel. min. Moreira Alves, DJ de 19-9-1997).

[ADC 11 MC, voto do rel. min. Cezar Peluso, j. 28-3-2007, P, DJ de 29-6-2007.] ADI 4.029, rel. min. Luiz Fux, j. 8-3-2012, P, DJE de 27-6-2012⁴⁴

Diante desse juízo discricionário do Presidente da República, a priori incondicional, para concluir no que consistem os pressupostos de relevância e urgência, é que repousam os excessos, e um convite para a prodigalidade na edição da Medidas Provisórias, avançando o Poder Executivo em função típica do Poder Legislativo, cuja autorização para regular, de forma abstrata e geral as relações jurídicas na sociedade, decorre de delegação do povo brasileiro. Como bem preleciona o saudoso professor Paulo Bonavides,

Se o plenário das assembleias parlamentares já não é o recinto da oratória brilhante dos tribunos que lá buscavam consenso para idéias em vez de compromisso para os interesses, como agora impõe a complexidade legislativa contemporânea, as casas da representação nacional podem perfeitamente funcionar com todo o prestígio e majestade de suas prerrogativas caso exerçam sobre a lei, nascida em grande parte de fontes executivas e extraparlamentares (grupos de pressão), um controle realmente eficaz, extensivo por igual à política do governo, cujos atos fundamentais encontram ali um fórum de debates onde a Nação venha sentir-se presente, falando pelos seu legítimos representantes⁴⁵

Como já assinalado, até a edição da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, foram editadas nada menos de 2230 Medidas Provisórias, desconsiderando-se, aí, as reedições, algumas delas, por dezenas de vezes, como se colhe do Portal da Legislação Federal da Presidência da República ou do Congresso Nacional e, desde setembro de 2001 até 04 de

⁴³MEDIDAS Provisórias. **Portal da Legislação**, 2020. Disponível em:

<<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/medidas-provisorias>>. Acesso em: 14 dez. 2020.

⁴⁴FEDERAL, Supremo Tribunal. **A Constituição e o Supremo**. 6. ed. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2018. Disponível em: <<https://livrariasupremo.stf.jus.br/livraria.action>>. Acesso em: 14 dez. 2020.

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 289

dezembro de 2020, período que já não era mais possível as reedições desse ato normativo, já foram editadas 1014 delas.

Conquanto a referida Emenda Constitucional 32/2001 tenha servido para diminuir a edição desenfreada das Medidas Provisórias, vedando a possibilidade das reedições e ampliando o prazo de vigência, que era, inicialmente, de 30 dias, contados da sua edição para sua conversão em lei- condição resolutiva da perda da sua eficácia-, passando para 60 (sessenta) dias com possibilidade de prorrogação por igual prazo, na forma da redação atual do art. 62, §§ 6º e 7º, - reclama o sistema, assim, decorridos dezenove anos da sua última reforma, nova intervenção.

Pela atual redação do § 6º do art. 62

Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.⁴⁶

A edição, portanto, desenfreada das Medidas Provisórias, tem um impacto direto, na dinâmica, nos trabalhos do Congresso Nacional, especialmente naquela casa onde estiver tramitando o ato normativo de competência privativa do Chefe do Executivo, podendo causar a paralisia do órgão constitucionalmente concebido para legislar.

Para que se possa avaliar com mais densidade essa questão, só neste ano de 2020, de 03 de janeiro de 2020 a 04 de novembro de 2020, já foram editadas 97 Medidas Provisórias, o maior número na história, superando o recorde anterior de 82 de 2002, início do Governo Lula, como se colhe do Portal do Senado⁴⁷. Neste ano, a primeira Medida Provisória editada fora a de nº 918 – “Cria funções de confiança destinadas à Polícia Federal e extingue cargos em comissão” - e, a última, a de nº 1014, e, coincidentemente, “Dispõe sobre a organização básica da Polícia Civil do Distrito Federal”, ambas sobre as Forças Policiais, sendo que 19 delas ainda permanecem em tramitação sem serem convertidas em lei, como possibilidade de trancar a pauta do congresso.

Não obstante o Poder Executivo disponha de órgãos específicos de consultoria jurídica, evidente que como acentua o constitucionalista Uadi, “as Medidas Provisórias têm sido editadas segundo a conveniência do Poder Executivo, que, ao emití-las, tem exorbitado as balizas

⁴⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (de 05 de outubro de 1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 dez. 2020. Acesso em 15.10.2020.

⁴⁷ SENADO, Agência. Brasil chega à milésima medida provisória em 20 anos. **Senado Notícias**, 10 set. 2020. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/09/10/brasil-chega-a-milesima-medida-provisoria-em-20-anos>>. Acesso em: 15 dez. 2020.

constitucionais”⁴⁸, o que merece uma maior reflexão no sentido de estabelecer-se mecanismos, talvez a priori, para aferir os pressupostos constitucionais de urgência e relevância, antes mesmo da edição do ato normativo, por um órgão consultivo, paritário, com representantes do Poder Judiciário, do Poder Legislativo e da sociedade civil.

Em relação ao processo *interna corporis* de aprovação da apreciação das Medidas Provisórias, a Resolução nº 01, de 08 de maio de 2002, do Congresso Nacional, dispõe que no “dia da publicação da Medida Provisória no Diário Oficial da União, o seu texto será enviado ao Congresso Nacional, acompanhado da respectiva mensagem e de documento expondo a motivação do ato⁴⁹”, estabelecendo, ainda, o § 5º do artigo 62 da Constituição da República, que a “deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais⁵⁰”.

Diversamente do que ocorria no regime anterior à EC 32/2001, a apreciação das Medidas Provisórias deixou de ser feita em sessão conjunta do Congresso Nacional, passando ser realizada em cada casa legislativa, iniciando-se a apreciação na Câmara dos Deputados e, em seguida, no Senado Federal, com análise prévia dos pressupostos constitucionais, mas após a sua edição e já produzindo o ato normativo seus efeitos. Com destaca o Exmo. Ministro Alexandre de Moraes,

Para cada Medida Provisória será composta uma comissão mista integrada por 12 Senadores e Deputados e igual número de suplentes, indicados pelos respectivos Líderes, obedecida, tanto quanto possível, a proporcionalidade dos partidos ou blocos parlamentares em cada Casa, salvo na hipótese de medida provisória que abra crédito extraordinário à lei orçamentária anual (CF, arts. 62 e 167, § 3º), em que o exame e o parecer serão realizados pela Comissão Mista prevista no art. 166, § 1º, da Constituição.⁵¹

O prazo exíguo de 60 (sessenta) dias, prorrogável por mais 60 (sessenta) dias de vigência das Medidas Provisórias; a instituição de comissão Mista composta de 12 Senadores e 12 deputados Federais para aferição do atendimento dos pressupostos constitucionais; a instituição de regime de urgência, se não apreciado o referido ato normativo em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, subsequentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da

⁴⁸BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 765.

⁴⁹CONGRESSO NACIONAL. **Resolução nº 1, de 8 de maio de 2002**. Dispõe sobre a apreciação, pelo Congresso Nacional, das Medidas Provisórias a que se refere o art. 62 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: CONGRESSO NACIONAL, 2002. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/rescon/2002/resolucao-1-8-maio-2002-497942-normaatualizada-pl.html>>. Acesso em: 15 dez. 2020.

⁵⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (de 05 de outubro de 1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 dez. 2020.

⁵¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 646.

Casa em que estiver tramitando; a deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das Medidas Provisórias, de forma sucessiva, revelam que, o exercício proativo da competência privativa do Chefe do Executivo na edição das Medidas Provisória pode engessar o Poder Legislativo ou mitigar o exercício da sua função típica de legislar .

Difícilmente todo o *iter* procedimental será cumprido sem prorrogação do prazo de vigência da Medida Provisória, sem trancamento da pauta de uma das casas legislativas, sem perda de eficácia pela não deliberação em cada casa do Congresso Nacional ou sem que haja prejuízo da apreciação regular, em igualdade de condições, pelo Senado Federal, mormente se houver emendas aditivas ao ato legislativo primário editado pelo Chefe do Executivo.

A elevação do prazo hoje previsto de 60 (sessenta dias), prorrogável por mais 60 (sessenta) dias, para votação e conversão em lei, sob pena de perda da eficácia das Medidas Provisórias, decerto majorando para 90 (noventa) dias, a restauração da apreciação da e votação em sessão conjunta pelo Congresso Nacional, como antes das modificações introduzidas pela EC 32/2001 a previsão do regime de urgência, sem trancamento da pauta, bem como elevação do prazo para 60 (sessenta) dias para o regime de urgência ou, ainda, apenas o trancamento da pauta quando não apreciadas , por exemplo, 10 Medidas Provisórias, no período de 3 meses, poderia conferir mais racionalidade ao sistema.

2.2 TRANSITORIEDADE E EFICÁCIA DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS E O POSTULADO DA SEGURANÇA JURÍDICA

O Princípio da Segurança Jurídica, disposto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, assegura no seu inciso XXXVI que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada⁵²”. Esse mesmo princípio está disposto no artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)⁵³, que define os conceitos elencados acima.

A respeito do Princípio da Segurança Jurídica, José Afonso da Silva afirma que

A segurança jurídica consiste no “conjunto de condições que torna possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza de que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída.⁵⁴

⁵² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (de 05 de outubro de 1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 dez. 2020.

⁵³BRASIL. **Decreto-Lei nº 4657, de 04 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 16 dez. 2020.

⁵⁴SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 433.

O Princípio da Segurança Jurídica é, pois, um postulado jurídico com a função de garantir a estabilidade de um Estado, baseando-se nos conceitos de fato e de ato jurídico. Essa referida estabilidade se contrapõe ao caráter das Medidas Provisórias. Sendo assim,

A Constituição cuida das medidas provisórias, enfatizando a sua índole normativa emergencial, como se percebe do *caput* do art. 62¹¹³. De outro lado, se ela não for aprovada no prazo constitucional, pelo Legislativo, perde a sua eficácia desde a edição (art. 62, § 3º). Ostenta, portanto, caráter provisório e resolúvel.⁵⁵

Como vimos, as Medidas Provisórias têm um prazo resolúvel. Isso significa que são “atos excepcionais, efêmeros, precários e condicionados”⁵⁶. A respeito desses critérios, têm-se que

Excepcionalidade. Emanam de um ato unilateral da vontade, configurando lídima exceção permitida pelo constituinte, que autoriza outro órgão, que não seja o Legislativo, a emitir atos cogentes. Possuem força de lei, criando direitos e deveres. A *excepcionalidade* é justamente esta: não são leis e têm os atributos delas.

Efemeridade. Dizemos que as medidas provisórias caracterizam-se pela *efemeridade*, porque elas têm um prazo de vida curtíssimo. As medidas provisórias são efêmeras, passageiras, transitórias(...). Óbvio que há disposições de eficácia exaurida, a exemplo do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta de 1988. Mas isso não serve para descaracterizar o cunho efêmero das medidas provisórias, que devem satisfazer o lapso temporal, adrede demarcado, para terem validade.

Precariedade. As medidas provisórias são precárias. Podem ser infirmadas a qualquer momento pelo Congresso Nacional, ao serem apreciadas por ele dentro do prazo legal. Tanto é assim que se não forem transformadas em lei perdem sua eficácia desde o início. Em contrapartida, nunca se ouviu dizer que as leis engendram o atributo da precariedade ou que dependam de conversão. Ao serem editadas passam a existir, e, se revogadas, cessam apenas os seus efeitos ex nunc. Por isso, a medida provisória não é promulgada ou proferida, como a lei. É, tão somente, expedida, adotada, escolhida, empregada.

Condicionamento. A existência das medidas provisórias condiciona-se à satisfação de dois pressupostos simultâneos: a relevância e a urgência. Ambos incidem concomitantemente, e não alternativamente.”⁵⁷

Portanto, os prazos menos dilatados dos procedimentos de apreciação das Medidas Provisórias pelo Congresso Nacional, a discricionariedade exacerbada na apreciação dos requisitos constitucionais de relevância e urgência que contribuem para perda da eficácia das Medidas Provisória, depõe contra o princípio da segurança Jurídica.

Conquanto o art. 62, § 3º e § 11, da CF/88 estabeleça que as medidas provisórias, “ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes” (§3º) e “Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta

⁵⁵MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 885-886.

⁵⁶BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 762-763.

⁵⁷ *Idem, ibidem*.

dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas” (§11)”⁵⁸, isso não é suficiente para tutela do postulado da segurança jurídica.

CONCLUSÃO

Conquanto tenha o regime institucional pátrio de elaboração das Medidas Provisórias passado por reformas estruturantes, com o advento da Emenda Constitucional nº 32/2001, esses 19 anos demonstraram que o sistema ainda padece de maior reflexão, para que se possa avançar.

Há necessidade de se repensar o equilíbrio entre os poderes Executivo e Legislativo, para mitigar a hipertrofia do Poder executivo em detrimento do Poder Legislativo, cuja função de legislar fica mitigada com excessiva edição das Medidas Provisória, preservando a independência e harmonia entre eles.

Embora já até tramite no Congresso Nacional Projeto de Emenda Constitucional, tal como a PEC Nº 70-D, DE 2011, para alterar o procedimento de apreciação das medidas provisórias pelo Congresso Nacional, modificando a redação do art. 62 da CF/88 e acrescentando o § 13 ao referido artigo para que “A medida provisória e o projeto de lei de conversão não conterão matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão.”⁵⁹, há nele, reduções de prazo, por exemplo, para a Câmara dos Deputados e o Senado Federal se manifestarem em até 30 (trinta) e 20 (vinte) dias, respectivamente, sobre a matéria a provada na outra casa, que não contribuirá para alterar o panorama atual.

Portanto, uma discussão maior sobre o tema e a previsão de nova alteração constitucional poderia conferir maior racionalidade ao procedimento de elaboração e apreciação das Medidas provisórias.

Propõe-se assim, a elevação do prazo hoje previsto de 60 (sessenta dias), prorrogável por mais 60 (sessenta) dias, para votação e conversão em lei, sob pena de perda da eficácia das Medidas Provisórias, majorando-o para 90 (noventa) dias; a restauração da apreciação e da votação das Medidas Provisórias em sessão conjunta pelo Congresso Nacional, como antes das modificações introduzidas pela EC 32/2001; a previsão do regime de urgência, sem trancamento da pauta, bem como elevação do prazo para 60 (sessenta) dias para o regime de urgência ou, ainda, apenas o trancamento da pauta quando não apreciadas, por exemplo, 10 Medidas Provisórias, no período de 3 meses.

⁵⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (de 05 de outubro de 1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 dez. 2020.

⁵⁹ DEPUTADOS, Câmara dos. **PEC nº 70-D, de 2011**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=516111>>. Acesso em: 16 dez. 2020.

Por fim, parece conferir mais estabilidade e segurança jurídica, além das majorações dos prazos do procedimento de apreciação das Medidas Provisórias pelo Congresso Nacional, também a criação de um órgão paritário, com representantes do Poder Judiciário, do Congresso Nacional e de sociedade civil, para exercer um juízo prévio dos requisitos de urgência e relevância, antes mesmo da edição e publicação do ato normativo pelo Chefe do Poder Executivo, prevenindo a rejeição, a devolução das Medidas Provisórias e até simplificando ou perdendo a densidade a formação das comissões mistas para aferição do atendimento, pelo ato normativo primário, dos pressupostos de constitucionais pelo Congresso Nacional, como previsto no § 5 do artigo 62 ou até mesmo o reconhecimento da inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário, após larga produção dos efeitos pela norma impugnada.

REFERÊNCIAS:

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 16. ed. São Paulo, Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 14 dez. 2020.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 14 dez. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (de 05 de outubro de 1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 dez. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 16 dez. 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CONGRESSO NACIONAL. Resolução nº 1, de 8 de maio de 2002. Dispõe sobre a apreciação, pelo Congresso Nacional, das Medidas Provisórias a que se refere o art. 62 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: CONGRESSO NACIONAL, 2002. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/rescon/2002/resolucao-1-8-maio-2002-497942-norma-actualizada-pl.html>>. Acesso em: 15 dez. 2020.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

DEPUTADOS, Câmara dos. PEC nº 70-D, de 2011. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=516111>>. Acesso em: 16 dez. 2020.

FEDERAL, Supremo Tribunal. A Constituição e o Supremo. 6. ed. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2018. Disponível em: <<https://livrariasupremo.stf.jus.br/livraria.action>>. Acesso em: 14 dez. 2020.

MALI, Tiago; MAIA, Mateus. Começo de 2020 é o que tem mais medidas provisórias editadas na história. Poder360, 05 jun. 2020. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/governo/comeco-de-2020-e-o-que-tem-mais-medidas-provisorias-editadas-na-historia/>>. Acesso em: 14 dez. 2020.

MEDIDAS Provisórias. Portal da Legislação, 2020. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/medidas-provisorias>>. Acesso em: 14 dez. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PORTO, Walter Costa. Constituições Brasileiras: 1937. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2018.

REPÚBLICA, Senatodella. Constituição da República Italiana. 1. ed. Roma: Antica Tipografia, 2020. Disponível em: <https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2020.

SENADO, Agência. Brasil chega à milésima medida provisória em 20 anos. Senado Notícias, 10 set. 2020. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/09/10/brasil-chega-a-milesima-medida-provisoria-em-20-anos>>. Acesso em: 15 dez. 2020.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 2150. Relator Ministro Ilmar Galvão. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375341>>. Acesso em: 14 dez. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 6096. Relator Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345079621&ext=.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 36682-DF. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341580917&ext=.pdf>>

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Ciência Política e Teoria do Estado. 8. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2019.

TÁCITO, Caio. Constituições Brasileiras: 1988. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2018.

A PERMISSIVIDADE E POSSÍVEL INTERPRETAÇÃO ABUSIVA DO ARTIGO 53 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

*Marília Damasceno De Andrade
João Humberto Andrade Brito Ribeiro*

1. INTRODUÇÃO

Para grande parte da doutrina, a imunidade parlamentar surge a partir da Revolução Inglesa, com a publicação do Bill of Rights, para assegurar liberdade e independência ao Parlamento. No Brasil, desde a primeira Constituição, em 1891, já havia uma previsão dessa imunidade:

Art. 26. Os Membros de cada uma das Câmaras são invioláveis pelas opiniões que proferirem no exercício das suas funções.

Art. 27. Nenhum Senador, ou Deputado, durante a sua deputação, pode ser preso por Autoridade alguma, salvo por ordem da sua respectiva Câmara, menos em flagrante delito de pena capital.

Desde então, todas as posteriores mantiveram alguma previsão desse gênero, exceto a Constituição de 1937, marcada por um caráter mais autoritário. Atualmente, quase todos os países democráticos do mundo adotam a imunidade parlamentar, sobretudo a material, como forma de preservar a liberdade de expressão do Legislativo. A Constituição Federal de 1988, por sua vez, foi a que trouxe os maiores avanços para a imunidade parlamentar material, no Brasil, posto que ampliou o instituto, no tocante à inviolabilidade civil. Desse modo, consta na seção V – Dos deputados e dos senadores, de acordo com a redação dada pela EC 35/2001:

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

§ 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

§ 3º Recebida a denúncia contra Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.

§ 4º O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora.

§ 5º A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato.

§ 6º Os Deputados e Senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações.

§ 7º A incorporação às Forças Armadas de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva.

§ 8º As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida.

A princípio, é necessário ratificar a importância histórica da imunidade para que os parlamentares se sentissem livres para emitir suas opiniões e votos, sem terem que se preocupar com a possibilidade de estarem ferindo os interesses de particulares. Além disso, essa é uma garantia importante para o Estado democrático de Direito, tendo em vista que assegura também a independência dos poderes. Entretanto, em decorrência do grande envolvimento de parlamentares brasileiros em crimes, principalmente em escândalos de corrupção, a aplicação dessa imunidade tornou-se alvo de duras críticas no Brasil.

Em muitos casos, os rumos da punição dos crimes, mesmo aqueles alheios ao exercício do mandato, são decididos por colegas de partido. Nesse contexto, uma eventual falta de imparcialidade, durante a votação, em razão de artimanhas políticas ou de simples coleguismo, são fatores que devem estar em constante observação, bem como a interpretação “intencionalmente ambígua” do art.53. Isso porque, essas circunstâncias podem agravar o cenário de impunidade na esfera parlamentar.

O artigo transcrito, como se pode ver, possui vários trechos que não são devidamente minudenciados. Ainda no caput, que trata sobre a imunidade material, já se faz sentir a falta de uma especificação, no que diz respeito ao período de validade dessa prerrogativa, que deveria constar como apenas aquele em que o mandato perdura. Contudo, essa ambiguidade se prolonga também pelas imunidades formais e, decerto, acaba induzindo à interpretação abusiva e, até mesmo, à exceção odiosa.

2. ANÁLISE DO ARTIGO SOB UM VIÉS CRÍTICO

A primeira problemática quanto à indulgência desse artigo já surge, justamente, no caput. A garantia de impunibilidade aos Deputados e Senadores, nas esferas civil e penal, por quaisquer de suas opiniões, palavras ou votos, vem sendo explorada e utilizada como pretexto para o abandono da compostura no ambiente parlamentar. Sob esse prisma, o respeito deixou de ser uma premissa relevante para alguns parlamentares, na medida em que excessos de linguagem passaram a ser rotineiros, mesmo podendo representar crimes, especialmente crimes contra a honra.

Vale ressaltar que essas opiniões, palavras e votos têm o conteúdo limitado pelas exigências de decoro parlamentar do Regimento Interno de cada Casa Legislativa. Portanto, a inviolabilidade parlamentar não impede que a Câmara dos Deputados ou o Senado Federal

decida, interna corporis, sobre uma sanção ao integrante que agir de forma incompatível com o decoro, nos termos do parágrafo segundo do art. 55/CF. Não obstante, a imunidade material entra em cena nos casos que são levados para o Judiciário, nos quais, é difícil encontrar um particular em que ela não tenha sido empregada como recurso.

Diante disso, o STF vem criando uma exceção à regra da ampla impunidade para os congressistas, no tocante à calúnia. Nesse sentido, se o parlamentar não conseguir provar a acusação por ele feita, esse será responsabilizado. É fato que tal exceção já é um avanço, visto que introduz uma barreira, ainda que mínima, à incivilidade desmedida de um ambiente que deveria ser composto por representantes que o respeitam, e se respeitam. No entanto, a forma como a inviolabilidade parlamentar foi positivada ainda possibilita interpretações abusivas.

Quanto às imunidades formais ou processuais, originalmente, logo no primeiro parágrafo já se encontrava um grande privilégio disfarçado de prerrogativa: o julgamento de deputados e senadores pelo STF, desde a diplomação. Desse modo, considerando-se que é um benefício ser julgado pelo Supremo, dada a sua instância única e o porte dos juízes, os parlamentares, antes mesmo de tomarem posse, já ganhavam uma vantagem significativa no sistema judicial. Contudo, em 2018, o STF restringiu o foro por prerrogativa de função somente aos crimes cometidos durante o exercício do mandato e relacionados às funções desempenhadas. Com isso, o Guardião da Constituição acabou reescrevendo-a, respeitando, agora, a principiologia do art.37/CF, especialmente os princípios da impessoalidade e da moralidade.

Além disso, também se definiu que a competência do STF não seria mais alterada, em casos que já forem, inicialmente, da sua atribuição, independentemente, da continuação ou não do parlamentar no cargo. Essa foi outra modificação significativa, haja vista que inibiu as manobras que os congressistas faziam para mudar de tribunal e postergar ao máximo o seu julgamento. Isto é, eles faziam com que o processo alternasse entre os tribunais de primeira instância e o Supremo, através de renúncias e reeleições. Manobras como essa foram denominadas pelo Ministro Gilmar Mendes como “Ciranda dos Processos”, sendo um exemplo concreto o caso do Deputado Federal Paulo Maluf.

Tais modificações, embora muito relevantes e necessárias, foram mais sintomáticas para uma delimitação da pauta do Supremo, do que para a questão da imunidade. Isso porque, grande parte do art.53, ainda deixa lacunas condescendentes, apesar de a demanda do STF, no que diz respeito aos parlamentares, ter sido expressamente reduzida. Dessa forma, no segundo parágrafo, já se pode notar, claramente, mais uma complacência absurda.

O fato de, desde a expedição do diploma, Deputados e Senadores só poderem ser presos em caso de flagrante de crime inafiançável, é alarmante. Sem mencionar a real possibilidade de soltura desses parlamentares, caso presos, visto que a decisão final está nas mãos da respectiva Casa, que resolverá por voto da maioria absoluta sobre a prisão. Ou seja, nesse trecho, que chega a ser perigoso, de tão permissivo, também é evidente uma proteção irrazoável aos membros do Congresso Nacional, inclusive desde antes da posse do cargo.

Na esfera processual, os benefícios continuam. De acordo com os parágrafos seguintes, cada Casa tem o poder de estagnar o processo de seus membros. Teoricamente, isso seria uma forma de zelar pelas atividades parlamentares, afastando a interferência de pressões externas no mandato legislativo. Todavia, é digna de nota a probabilidade de que esse processo fique parado por anos, já que não há limite para reeleição no Parlamento. Logo, novamente, trata-se de uma brecha que, indiscutivelmente, favorece, de forma desproporcional, os Deputados e Senadores, em relação aos demais cidadãos brasileiros.

A Emenda Constitucional nº 35, de 2001, trouxe como principal inovação permitir que a ação penal contra parlamentar seja instaurada sem licença/autorização prévia da Casa respectiva. Porém, por outro lado, autoriza que esta suste o andamento da ação, a partir da iniciativa de partido político nela representado e do voto da maioria absoluta de seus membros, como consta no quinto parágrafo. Assim, segundo o professor de Direito Constitucional Agassiz de Almeida Filho (2009), o processo deixa de ser exceção e passa a ser regra.

Embora essa mudança represente algum progresso, posto que atenuou o quadro de impunidade e também delimita a suspensão da prescrição à duração do mandato, ela ainda deixa a desejar em dois pontos importantes. O quinto parágrafo não especifica a quantos mandatos isso se aplica, à semelhança do quarto parágrafo, e não elucida que essa suspensão não deve obstaculizar a utilização das devidas medidas cautelares. Isso pois, julgando pela duração dos mandatos de Deputado e Senador – que já não são curtas –, a depender da quantidade de mandatos do parlamentar, a coleta de provas pode ser substancialmente prejudicada.

Os parágrafos sexto e oitavo, fogem à regra, no sentido de constarem perfeitamente claros e razoáveis. O parágrafo sete, em contrapartida, incita questionar se a imunidade parlamentar transcende até mesmo a proteção da pátria, já que abrange até mesmo militares, e ainda que em tempo de guerra. Aliás, é interessante pontuar que, ao passo que a imunidade material surge para proteger a liberdade de expressão dos parlamentares e a independência dos poderes, a imunidade formal, ao menos teoricamente, surge para proteger Deputados e Senadores de eventuais irregularidades policiais, mas parece que a última já superou em muito esse pretexto.

Dito isso, o jurista Jorge Kuranaka (2002, p.163), entende que é propícia a imunidade material, no entanto, tece críticas enfáticas à imunidade formal, que não mais existe no direito inglês, e que, sob o seu ponto de vista, é desnecessária e anacrônica, e “verte-se aos moldes de autêntico privilégio”. Nas suas palavras:

[...] a garantia de não-prisão, que tem por finalidade proteger o parlamentar contra possíveis irregularidades policiais, não mais se justifica. Prejuízo algum teria o Parlamento e o parlamentar, caso se sujeitasse este à regra comum, limitando-se a autoridade a comunicar imediatamente a Casa respectiva acerca da prisão. Ademais, o Texto Constitucional assegura a todos, inclusive aos cidadãos exercentes de mandatos parlamentares, a liberdade de locomoção (art. 5º, XV); regra que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI); [...] eventual tolhimento ilegal à liberdade de locomoção poderá sempre ser corrigida através do emprego do remédio do habeas corpus (art. 5º, LXVIII).

Divani Alves dos Santos (2009, p. 60) complementa esse pensamento, ao afirmar que “a necessidade de independência e autonomia do Congresso Nacional é incontestável, mas a ética e o decoro, atrelados à dignidade e aos valores sociais, devem estar presentes em toda e qualquer manifestação parlamentar”. Para ela, a imunidade pode, paradoxalmente, acabar poluindo a imagem do Legislativo, na medida em que surgem os excessos e os abusos.

Além disso, ela questiona se a garantia contra a prisão arbitrária é realmente necessária diante do controle processual e do poder de informação da imprensa, nos dias atuais, e defende que é inadmissível que cidadãos que têm contas a ajustar com a Justiça possam sequer se candidatar. “É necessário cercear e inibir a irresponsabilidade e a impunidade por todos os lados”, arremata Divani. Apesar de ser um dos mais incisivos críticos das imunidades parlamentares, o, já mencionado, professor Agassiz de Almeida Filho (2009), adota uma postura mais realista diante do cenário contemporâneo. Ele acredita que a supressão total das imunidades só será possível quando evidentemente condicionada a um quadro de estabilidade institucional e democrática no âmbito nacional. Nesse prisma, sustenta Agassiz:

É possível pensar na gradativa supressão do instituto da imunidade parlamentar? Sem nenhuma dúvida, visto que a Política e o Direito também são frutos do processo histórico. Mas isso depende da criação de outro critério de equilíbrio entre os poderes ou de um longo amadurecimento das instituições democráticas: representação política e participação popular como uma só força dinâmica. No dia em que houver verdadeiro equilíbrio entre os grupos que exercem e dependem do poder, quando o povo organizado finalmente definir as opções políticas do país, a imunidade deixará de ser garantia para transformar-se em privilégio. E numa democracia “realmente democrática” nenhum privilégio pode vilipendiar a igualdade entre as pessoas.

3. DECISÕES DE TRIBUNAIS NACIONAIS

Em 2017, o atual Presidente da República, Jair Bolsonaro, na época Deputado Federal, foi condenado a indenizar por danos morais Maria do Rosário, também Deputada Federal.

Bolsonaro havia afirmado publicamente, tanto na Câmara do Deputados, quanto em um vídeo postado em sua página do YouTube e em entrevista concedida ao jornal Zero Hora, que não estupraria a Deputada, pois ela não mereceria. Não mereceria, porque, segundo ele, era “feia” e “não fazia o seu gênero”.

Em recurso ao STJ, ele tentou dispor da imunidade material, já que a ofensa foi proferida no Plenário da Câmara do Deputados, e a entrevista foi concedida dentro de seu gabinete parlamentar. Porém, de acordo com a Ministra e relatora do recurso, Nancy Andrichi, a ofensa feita não possuía nenhuma relação com as funções do então Deputado, e o fato de ter sido externada na Câmara não era determinante, já que foi divulgada na internet e na imprensa. Vale salientar também que, além de tudo, o art.5º, III, do Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados prescreve que atenta contra o decoro parlamentar “praticar ofensas físicas ou morais nas dependências da Câmara dos Deputados ou desacatar, por atos ou palavras, outro parlamentar, a Mesa ou Comissão ou os respectivos Presidentes”.

Em 2019, o Ministro do STF, Marco Aurélio Mello, também rejeitou o recurso do Presidente, e manteve a decisão que havia determinado o pagamento de dez mil reais de indenização, além de aumentar o valor que ele deve pagar como honorários à defesa da Deputada, de 10% para 15% do valor da indenização.

Também em 2017, em discurso no Plenário da Câmara e na Comissão de Constituição e Justiça, o ex-deputado federal Wladimir Costa afirmou que determinados artistas eram “bandidos”, “membros de quadrilha”, “verdadeiros ladrões” e “verdadeiros vagabundos da Lei Rouanet”, simplesmente pelo fato desses apoiarem a plataforma “342”, criada para fomentar os debates sobre uma denúncia contra o Presidente da época, Michel Temer. Um grupo de 5 artistas (Glória Pires, Leticia Sabatella, Wagner Moura, Orlando Morais e Sônia Braga) ingressou com queixa-crime contra o ex-parlamentar, alegando que ele teria cometido crimes de difamação e injúria.

Em março de 2020, a Primeira Turma do STF, por maioria dos votos, recebeu a queixa-crime. Entretanto, essa decisão não representa a condenação de Wladimir. Ainda será aberta uma ação penal para que, ao final do processo, ele seja julgado.

O querelado foi intimado a se manifestar sobre o tema, mas não entregou defesa ao STF, que intimou, então, a Defensoria Pública da União para representar Wladimir. A DPU, por sua vez, argumentou que a conduta do ex-deputado estaria acobertada pela imunidade material, pois foi manifestada dentro da respectiva Casa Legislativa.

Em 2015, o Deputado Federal Eder Mauro publicou em sua página no Facebook um vídeo de uma reunião da Comissão Parlamentar de Inquérito na Câmara dos Deputados, no qual um trecho da fala do também Deputado Federal Jean Wyllys é evidenciado. Este acusou aquele

de difamação, pois a edição do vídeo fez parecer que ele afirmava que "uma pessoa negra e pobre é potencialmente perigosa", quando, na verdade ele fazia referência a um imaginário, pertencente sobretudo aos agentes das forças de segurança.

O acusado pediu a rejeição da queixa-crime, com sustentação na imunidade parlamentar, contudo, o relator, Ministro Luiz Fux, rejeitou o pedido, afirmando que a edição foi feita com a clara intenção de difamar. Isso porque, a declaração, se analisada fora de contexto, imputaria ao Deputado Jean Wyllys, "por via oblíqua", o crime de racismo – se assim fosse, a iniciativa de Mauro poderia configurar, inclusive, crime de calúnia.

Sendo assim, em setembro de 2020, ele foi condenado pelo STF, por crime de difamação agravada:

Por maioria de votos, foi fixada a pena de um ano de detenção, em regime aberto, mais 36 dias-multa no valor de um salário mínimo por dia estabelecido, a ser revertido ao fundo penitenciário. Também por maioria, a pena privativa de liberdade foi substituída pela de prestação pecuniária (artigo 45, parágrafo 1º, do Código Penal), consistente no pagamento de 30 salários mínimos à vítima.

Em 2019, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) deduziu uma interpelação judicial contra a Deputada Federal Carla Zambelli, por conta de uma postagem feita por ela no Twitter. Na postagem, ela comenta sobre uma reportagem de título "Manifestação de estudantes contra os cortes na Educação termina em confronto e ônibus incendiado no Rio", acusando os mesmos estudantes de serem "black blocs pagos por partidos de esquerda".

O comentário feito pela Deputada foi entendido como difamação pelo PSOL. No entanto, o Ministro do STF, Celso de Mello, determinou o arquivamento da ação, por entender que as manifestações públicas de parlamentares nas redes sociais também estão cobertas pela imunidade material prevista no art. 53. Parafraseando o Ministro, "A prática de atos, pelo congressista, em função do seu mandato, ainda que territorialmente efetivada em âmbito extraparlamentar, está igualmente protegida pela garantia fundada na norma constitucional em questão".

Diante desse posicionamento, todavia, é oportuno questionar, afinal, até que ponto os comentários de Deputados e Senadores nas redes sociais se relacionam às suas funções? Onde fica o limite entre o pessoal e o profissional?

Com base nessas decisões, é possível concluir que, felizmente, nem todos os casos admitem o "caráter absoluto" da imunidade material. Conquanto, pode-se ver que todos os parlamentares acusados tentaram recorrer a essa prerrogativa, cientes do seu conteúdo compassivo e, em alguns casos, até mesmo manipulável. Em um paralelo entre as decisões

1 e 4, por exemplo, é possível observar que o mesmo fator que foi determinante para a condenação de Jair Bolsonaro, fez com que Carla Zambelli fosse absolvida.

Por um lado, a relatora do caso de Bolsonaro afirmou que o fato de a ofensa ter sido divulgada na internet e na imprensa, era mais significativo do que a presença do então Deputado na Câmara durante o ocorrido, e teve o seu posicionamento ratificado pelo STF. O Ministro Celso de Mello, por outro lado, no caso de Zambelli, preferiu enxergar as manifestações de parlamentares em redes sociais como objeto a ser contemplado pela imunidade, mesmo se tratando de ações efetivadas fora do ambiente parlamentar.

Oportuno refazer o questionamento feito no ponto 4 também para repensar o caso de Jean Wyllys, onde constata-se como pode ser inconveniente uma proteção ao que os congressistas fazem nas esferas extraparlamentares. Da mesma forma que o Deputado Eder Mauro agiu de má fé ao divulgar um vídeo incompleto e descontextualizado, outros podem fazê-lo. Então, fica nas mãos dos juízes, delimitar a ambiguidade do art.53, caso a caso, atentando-se, contudo, ao risco de impunidade que certos precedentes podem ensejar. Cabe aqui, nesse sentido, relembrar o célebre voto do Ministro Marco Aurélio (2009) no Inq 2.813/DF:

O objetivo maior do preceito [art. 53 da Constituição Federal] é viabilizar a atuação equidistante, independente, sem peias, no exercício do mandato [...]. De modo algum, tem-se preceito a viabilizar atuação que se faça, de início, estranha ao exercício do mandato, vindo o Deputado ou Senador a adentrar, sem consequências jurídicas, o campo da ofensa pessoal, talvez mesmo diante de descompasso na convivência própria à vida gregária. A não se entender assim, estarão eles acima do bem e do mal, blindados, a mais não poder, como se o mandato fosse um escudo polivalente, um escudo intransponível. Cumpre ao Supremo, caso a caso, perquirir a existência de algum elo entre o que se espera no desempenho do mandato parlamentar e o que veiculado, principalmente quando isso aconteça fora da casa legislativa, em entrevista dada à imprensa.

Por fim, no que tange o caso do ex-deputado Wladimir Costa, é importante mencionar o que foi dito pelo Ministro Alexandre de Moraes (2020), relator e único a se manifestar contra o recebimento da queixa-crime. Na concepção dele, a manifestação estaria ligada à função parlamentar de fiscalizar a utilização de recursos públicos e, apesar de o querelado ter exagerado e das afirmações feitas por ele serem consideradas crime, se reproduzidas por uma “pessoa comum”, no caso em questão, elas estariam sim cobertas pela imunidade parlamentar. Além dessa colocação infeliz que, notadamente, eleva os parlamentares ao patamar de pessoas especiais, e não de servidores eleitos pela população e que devem a ela o seu respeito, ainda é possível identificar outra problemática no caso de Wladimir.

Como visto, a DPU usa o espaço físico em que aconteceu o ocorrido como justificativa para que a atitude do ex-deputado fosse abarcada pela imunidade material. Diante disso, é possível ver como, ainda hoje, é fácil apelar para uma inviolabilidade absoluta, nos casos ocorridos dentro das Casas Legislativas. Nesse contexto, a própria Ministra Rosa Weber (2020) afirmou que o STF tem enfrentado a questão de sempre acabar reconhecendo esse caráter absoluto, quando as injúrias são proferidas na tribuna. Não obstante, é necessário considerar o que Eliseu Antônio da Silva defende incisivamente.

Para o Promotor de Justiça, mesmo nas hipóteses em que as manifestações de pensamento do Parlamentar ocorram dentro do recinto da sua Casa Legislativa, é imprescindível o exame do nexo de causalidade entre tais manifestações e o exercício do respectivo mandato legislativo. Até porque, caso contrário, existe o risco, inclusive, da imunidade material representar uma afronta aos direitos fundamentais previstos no art.5º, dentre os quais estão os direitos à intimidade, à privacidade, à imagem e à honra das pessoas. Destarte, como argumentou Eliseu (2014, p.12), “o espaço físico em que instalado o Parlamento, por si só, não tem o condão de realizar o elo jurídico – que deve ser sempre averiguado pelo Poder Judiciário – entre essas ofensas e o exercício do mandato eletivo”.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, fica nítido que, primeiramente, a Constituição deve ser interpretada como o sistema normativo que é, para que as suas normas coexistam em harmonia. Portanto, deve o Supremo Tribunal Federal arcar com a imensa responsabilidade que é proteger e interpretar o texto constitucional, de forma criteriosa, e impedindo que a abertura das prerrogativas previstas no art. 53 sejam o espaço para a criação de exceções odiosas. Assim, como afirma Emerson Ademir Borges (2013, p.40):

Claro que, a depender do caso concreto, a garantia pode esconder verdadeiro privilégio, o que exige da interpretação constitucional um apego à finalidade do instituto, de forma a afastar interpretações que verdadeiramente construam categorias diferentes de cidadãos ou se traduzam em nítido abuso de direito, como no relatado episódio da “ciranda dos processos”. [...] Da mesma forma como não podem os demais poderes fazer sucumbir às garantias, não deve o Legislativo erguer verdadeira parede a proteger escancaradas inconstitucionalidades. Sobreleva-se mais uma vez o papel do Supremo Tribunal Federal nas correções dos desvios.

A responsabilidade do Supremo, porém, não exime o cidadão da incumbência de se informar antes de votar em seus representantes. Muito pelo contrário, é um trabalho conjunto. O cidadão deve se responsabilizar por eleger pessoas de caráter e competência, tendo em vista que esse candidato, além de cumprir as suas funções, poderá decidir sobre o futuro de outros

representantes, e deverá fazê-lo com coerência e imparcialidade. O STF, por outro lado, deve honrar o seu poder de decisão frente à população, e impedir a impunidade de parlamentares que usam a imunidade como instrumento para o benefício pessoal, para favorecer coligações políticas, ou simplesmente para proliferar insultos inapropriados.

A título de finalização, é válido pontuar que o alvo das críticas aqui feitas é a forma com que a imunidade parlamentar foi prevista na Constituição Federal de 1988, e como ela vem sendo aplicada no Brasil, e não o instituto da prerrogativa em si.

Entretanto, não se pode deixar de mencionar a provável intenção por trás da ambiguidade discorrida, visto que, afinal, os seus criadores também estão propensos a um dia serem reféns da sua aplicação, ou seja, podem algum dia precisar se valer dessa imprecisão.

O que congressistas, juízes, candidatos, e cidadãos devem ter em mente, nessa conjuntura, é que a imunidade parlamentar nada mais é que um aumento da atribuição de responsabilidade para os representantes, e não um “escudo polivalente”, como bem mencionou o Ministro Marco Aurélio.

A ELITE E A ARISTOCRACIA NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Letícia de Souza Silva

1. INTRODUÇÃO

Na formação histórica do Poder Judiciário, a Carta dei Rei de Portugal, de 1530, foi investido de amplos poderes de jurisdição. Depois temos a instituição das Capitanias Hereditárias, cujos titulares tinham poderes para julgar, podendo delegar poderes a Ouvidores. Mas a compreensão de um " sistema judiciário do Brasil" teve como embrião a chegada do Dr. Pero Borge, Ouvidor-Geral, que veio na companhia de Tomé de Sousa e instalou-se em Salvador no ano de 1549. Já em 1587 é criada a primeira Relação do Brasil, na Bahia, instalada em 1609, com dez desembargadores. Em 1751, é criada e instalada a segunda Relação do Brasil, Rio de Janeiro, com jurisdição sobre as Capitanias do sul e oeste. (Velloso, 95).

Em 1808 com a vinda da Corte Portuguesa, o príncipe regente, D. João VI, eleva, em 1808, a Relação do Rio, criada em 1751, à Casa de Suplicação do Brasil, com as atribuições da Casa de Suplicação de Lisboa. Com a primeira Constituição brasileira, outorgada, em 1824, pelo Imperador D. Pedro I, cria-se o Supremo Tribunal de Justiça, como sucessor da antiga Casa de Suplicação. E no art. 151 traz que:-"o Poder Judicial é independente, e será composto de Juízes e Jurados, os quais terão lugar, assim no cível como no crime, nos casos e pelo modo que os códigos determinarem.". (Velloso, 95)

O judiciário no Império configurou um Supremo Tribunal de Justiça, com sede na capital do Império, Cortes de Apelação ou Tribunais de Segunda Instância, Juízes de Direito, nas comarcas, Juízes Municipais, Juízes de Paz e Câmaras Especiais. O Judiciário na República e a Constituição de 1891, deram os primeiros passos para a instituição do Supremo Tribunal Federal nos moldes da Suprema Corte norte-americana. (Velloso, 95)

O Judiciário na Constituição de 1934, deu ao Supremo Tribunal Federal o nome de Corte Suprema, e o Decreto 19.656, de 1931, estabeleceu, os órgãos do Poder Judiciário: a Corte Suprema; os Juízes e Tribunais Federais; os Juízes e Tribunais Militares; os Juízes e Tribunais Eleitorais.

A Carta de 1937, estabelece os órgãos do Poder Judiciário, da seguinte forma: o Supremo Tribunal Federal, com onze Ministros; Juízes e Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios; Juízes e Tribunais Militares e ignora a justiça eleitoral.

Já a Constituição de 1946, trouxe: o Supremo Tribunal Federal, com onze Ministros; o Tribunal Federal de Recursos; os Juízes e Tribunais Militares; os Juízes e Tribunais Eleitorais; os Juízes e Tribunais do Trabalho.

A Emenda Constitucional nº 7, de 13.4.77, criou o Conselho Nacional da Magistratura e na ordem na ordem constitucional vigente, da Constituição de 1988, são estes os órgãos do Poder Judiciário: O Supremo Tribunal Federal; O Superior Tribunal de Justiça; os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; os Tribunais e Juízes do Trabalho e os Tribunais e Juízes Eleitorais. os Tribunais e Juízes Militares; os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. (Velloso, 95)

O Poder Judiciário, se constitui como o guardião maior dos direitos, a garantia das garantias constitucionais, contudo para Ramos e Castro (2019), os magistrados se estabelecem como um grupo especial que reserva para si um espaço sociopolítico exclusivo ao longo da história, por meio de uma série de características e disposições que compõe seu habitus, aristocrático e elitista, específico. Essa magistratura distingue-se das outras carreiras do funcionalismo público e principalmente da maioria da população brasileira. Para compreender essa configuração, este ensaio propõe um levantamento das contradições presentes na estruturação do Judiciário.

2. A ESTRUTURA PENSADE DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Para a gerenciar o país sob a força ideológico-política de formação pelos centros de Coimbra, São Paulo e Olinda-Recife, se espelhavam a partir destes centros de formação, sendo construída uma elite bacharelesca sob o ideário de ideologias importadas da Europa. A passagem de uma elite rural para uma elite “técnico-burocrática”, exigia a constituição de espaços formativos para o acesso propiciado às famílias que historicamente dominam as terras e a produção, as quais passam a inserir seus filhos nas instituições de formação. (KAMINSKY, 2013)

Nos estudos de Kaminky (2013), na obra - O Silêncio dos Vencedores – Genealogia, Classe Dominante e Estado do Paraná de autoria de Ricardo Costa de Oliveira, afirma que: “Uma das maiores alienações é o desconhecimento da própria história familiar. Nada mais silencioso que uma genealogia”. Onde a obra do autor busca a gênese da formação da classe dominante política do Paraná, onde apresenta que os bacharéis eram filhos da grande propriedade e herdeiros das tradicionais famílias da classe dominante do Paraná.

Para Bonelli (2001), traz a ligação dos magistrados às elites locais, dando maior peso ao pertencimento de classe e às relações clientelistas e identifica a homogeneidade dos interesses de classe ou dos valores da corporação como características do passado e destaca a heterogeneidade de hoje, tanto da origem social quanto dos processos de socialização.

Nos estudos de Bonelli (2001), aborda as análises de José Murilo de Carvalho (1996) sobre o papel da Magistratura no Império, destacando-a como um grupo mais profissionalizado

em contraste com outras elites políticas. A análise traz a visão aproximada onde o Tribunal da Relação da Bahia no período colonial e sua inserção na sociedade local, onde enfatiza a homogeneidade político-ideológica dos desembargadores, a importância da formação em Coimbra para essa identificação, o espírito de corpo e a perspectiva de carreira.

Já no Império, a Bonelli (2001) apud Carvalho (1996), dá maior ênfase aos laços profissionais para a organização e força da Magistratura na construção do Estado. E destaca a coesão dessa elite política favorecendo a manutenção da integridade territorial brasileira diante do fracionamento das ex-colônias espanholas na América Latina. Tal fator, traz o papel homogeneizador que a socialização em Coimbra representou para a unificação dessa elite, partilhando valores, ideologia e uma competência comum, características que se procurou reproduzir com a abertura de faculdades de Direito no Brasil após a Independência.

A burocratização da Magistratura após a Independência é planejada a partir da Constituição de 1824, através da vitaliciedade dos juizes de direito e de sua nomeação vinda de cima para baixo, feita pelo imperador e pelo gabinete, que podiam transferi-los segundo conveniências externas à corporação, recurso muito utilizado por razões políticas. (Bonelli, 2001)

A reforma judiciária de 1871 amplia algumas características na burocracia, com uma construção mais padronizada de ascensão na carreira, e a característica da inamovibilidade. Ela expande o número de posições de juizes de direito em face dos juizes municipais não-letrados, eleitos ou nomeados na província, além de implementar novos Tribunais da Relação, entre eles o de São Paulo. Já a lei eleitoral de 1881, reforça a incompatibilidade com a política, proibindo que os magistrados com postos eletivos exercessem seus cargos e recebendo vencimentos e promoções no Judiciário.

O que se verifica nesse período é, uma ampliação das características burocráticas da carreira, delimitando fronteiras com a política, mas preservando a nomeação de fora para dentro, sem autonomia aos juizes para selecionar seus pares. E essa corporação profissional, destaca-se na burocracia de Estado, com funções político-administrativas além das judiciárias, durante vários anos do Império (Bonelli, 2001)

Para Bonelli (2001), a endogenia no mundo do Direito favorece a coesão do grupo, diferenciando-o de outras elites. Em uma época marcada pela política oligárquica, a Magistratura viabiliza uma etapa decisiva na construção da sua autonomia, caracterizando a expansão do profissionalismo sobre o terreno da burocratização.

As disputas em torno de uma profissionalização apartada da política partidária, voltada para a “neutralidade” do “conhecimento técnico” e sob o domínio da jurisprudência ou a profissão comprometida com causas políticas e sociais, também se confronta com o seu tipo de

domínio nos que eles exercem, como visto os estudos de KAMINSKI (2013), que ao término de sua investigação constatou-se que vários membros pertencentes ao quadro dessa instituição são filhos, netos, bisnetos de membros do sistema judicial do Estado, por conseguinte vinculados às tradicionais famílias da classe dominante, possuindo em alguns casos conexão com o legislativo e o executivo local.

3. A ARISTOCRACIA E PODER POR TRÁS DO MÉRITO

Para Castro e Ramos, (2019), os privilégios e poderes exercidos pelos juízes são justificados (e normalizados) por um discurso de mérito pessoal e pela importância da função, mascarando os processos desiguais de acumulação de distintos tipos de capitais necessários para constituição de tal mérito. A racionalização da carreira e dos processos de seleção de magistrados oculta, o fato de que a aquisição ou o compartilhamento de uma visão de mundo (de um habitus) e dos méritos valorizados no campo judicial dependem da acumulação de capitais econômicos, sociais e culturais inacessíveis para a maioria dos indivíduos.

A posição social e econômica ocupada, tem como consequências a produção de uma homogeneização entre os interesses dos magistrados e os das elites econômicas e políticas do país, além do consequente distanciamento da realidade econômica e social; o que promove um compartilhamento não só dos espaços sociais de privilégio frequentados pelas elites do poder, como uma afinidade de habitus, interesses e impulsos conservadores das estruturas de privilégio da qual se beneficiam. (Castro e Ramos, 2019)

A configuração de uma cumplicidade, manifesta-se na tendência dessas “elites de classe” em tomar decisões que acabam favorecendo a manutenção do status quo que as perpétua e faz manutenção do sistema de produção e reprodução social. (Castro e Ramos, 2019)

A defesa de seus “méritos”, medidos supostamente de modo objetivo por meio dos concursos de ingresso na carreira, onde os requisitos e habilidades necessárias à aprovação nos concursos da magistratura são igualmente acessíveis a qualquer um; de que homens e mulheres, brancos e negros, favorecidos e desfavorecidos economicamente teriam, todos, as mesmas condições de acesso à função e aos privilégios, escamoteia a promoção de uma condição de uma igualdade material de uma classe que possui uma posição social privilegiada e vitalícia. Tal defesa oculta o habitus da magistratura (suas práticas, seus gostos, seus valores, suas visões de mundo) e sua cumplicidade estrutural com outras elites do poder (Castro e Ramos, 2019)

O censo do Poder Judiciário feito em 2013 mostrou que o percentual no quesito raça/cor dos magistrados se configura da seguinte forma: total de 84,2 % de brancos e 15,6 % de negros. A baixa representatividade da população negra é ainda mais impressionante levando em consideração a percentagem no universo populacional brasileiro.

O processo seletivo para magistratura, tem especial importância para uma análise crítica da suposta neutralidade e objetividade na avaliação do mérito dos candidatos. Mesmo com esse processo de seleção para a magistratura ser aberto a todos e todas, podemos afirmar que na prática ele continua recrutando de modo majoritário membros das elites econômica e política.

Representam também uma elite cultural, de uma acumulação familiar, de um tipo específico de capital educacional para o seu desenvolvimento. Além disso, possuem uma acumulação de capitais sociais e políticos, que dependem, em grande medida, de relações primárias de afinidades ideológicas e políticas. Isso influenciam a formação de um habitus que os qualificam e diferenciam para o seu ingresso e sucesso na carreira. (Castro e Ramos, 2019)

Nos estudos de Castro e Ramos, 2019 sobre Pierre Bourdieu (1989), afirma que a prática dos agentes que produzem e aplicam o direito deve muito às afinidades que eles têm em relação àqueles que detêm poder político e econômico: “A proximidade dos interesses e, sobretudo, a afinidade dos habitus, ligada a formações familiares e escolares semelhantes, favorecem o parentesco das visões de mundo”. O habitus, é um sistema de esquemas de referência e avaliação que disciplina escolhas inconscientes e orienta de maneira constante as escolhas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As decisões tomadas pelos juízes, está formada num dogmatismo que não permite o debate dos problemas trazidos pelas partes que fazem, cada vez mais frequentemente, o uso político do Direito. Contudo suas decisões partem de um prisma onde se configuram um habitus de uma classe específica. (Portanova, 1994).

Há casos de reivindicações de direitos que emergem das mobilizações e das organizações dos movimentos sociais, que exigem a análise de um pluralismo jurídico que admite no espaço social a existência de outros direitos que não os exclusivamente postos. Contudo, a configuração de uma cumplicidade, manifestam-se nas suas tendência de “elites de classe”. (Souza Jr. , 1990 apud Portanova, 1994).

Tal configuração, ainda nos ajuda a avaliar com mais cuidado o significado do personalismo do jurista e o seu caráter opinativo e suas projeções enquanto elite cultural. Ao refletirem abstratamente sobre o direito, muitos dos juristas tendem a naturalizar os conceitos de que se utilizam (dentro do seu habitus), tendo apresentá-los como a única solução possível para um determinado problema, utilizando, para este fim, argumentos de autoridade. (Rodriguez , 2013)

O trabalho em questão, busca trazer - sem a pretensão de exaurimento, uma análise levando em conta necessariamente de observar fatores como a sua relação do judiciário com a

estrutura social, suas divisões e hierarquias internas, sua abertura para a circulação e a permeabilidade, sua escolarização e sua ação política em diferentes tempos históricos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Frederico de. As elites da Justiça: instituições, profissões e poder na política da justiça brasileira. *Revista de Sociologia Política*, v. 22, n. 52, p. 77-95, 2014

Bonelli, Maria da Gloria. Os Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e a Construção do Profissionalismo, 1873-1997

KAMINSKY, Henry Levi. Elites e Parentesco no Sistema Judicial Paranaense. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2013.

MARQUES, Ana Cláudia. (2002), “Política e questão de família”. *Revista de Antropologia*, v. 45, n. 2,

PORTANOVA, Ruy. *Motivações Ideológicas da Sentença*. – 2ª Ed- Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

RODRIGUEZ, José Rodrigo (2013). *Como Decidem as Cortes? Para uma Crítica do Direito (Brasileiro)*. Rio de Janeiro : Editora FGV, 2013.

Velloso, Carlos Mário da Silva. Do Poder Judiciário: organização e competência. *Revista de Direito Administrativo*, FGV. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 200: 1-19, abr./jun. 1995.
Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/2433>

1. INTRODUÇÃO

Com a ideia de criar um corpo de magistratura intermediário entre a administração pública e o legislativo munidos dos princípios de autonomia, fiscalização, julgamento e vigilância, Ruy Barbosa, Ministro da Fazenda do Governo Provisório de Deodoro da Fonseca, através do Decreto 966A, em 1890, concebe o Tribunal de Contas.

As Cortes de Contas, como eram chamadas essas instituições, foram idealizadas num momento em que os Estados Nacionais passavam por profundas transformações, nasciam as primeiras repúblicas, a administração pública se desenvolvia e os cidadãos, motivados pelo aumento dos ideais liberais, começavam a se opor a procedimentos patrimonialistas, clamando por maior transparência.

Após a Proclamação de nossa república, munidos desse espírito reformista, é criado o Tribunal de Contas. Em 1891, a nova Constituição traz em seu bojo a “criação” do Tribunal de Contas, ao invés de manter o que já havia sido criado por decreto, o que causou um certo desagrado para o seu patrono, Ruy Barbosa.

Mesmo tendo sido criado o Tribunal de Contas não existia de fato, muito provavelmente pelo receio do novo Presidente Floriano Peixoto de ter um Tribunal a verificar seus atos. Só em 1893 é que o Ministro da Fazenda Serzedello Corrêa envida esforços para sua instalação. A criação do tribunal permitiu o exame das contas públicas, julgando os gestores do dinheiro público, condenando-os ou dando quitação.

2. ENUNCIADO 347

Em 25 de agosto de 1961 após a renúncia de Jânio Quadros, deveria assumir João Goulart, Vice-Presidente, conforme a constituição. Entretanto o mesmo, que estava em visita à China, não era bem visto pelos militares e conservadores, por ser um político de esquerda e nacionalista, além de simpatizante dos sindicatos. Seus opositores pretendiam impedir o seu retorno. O presidente da Câmara de Deputados, Ranieri Mazzili assume interinamente e informa ao Congresso a posição dos ministros militares contrários à assunção de João Goulart.

Para evitar uma guerra civil, é realizado um acordo político em que se aceitou o retorno de Jango, mas foi implantado um sistema parlamentarista em que João Goulart seria o Presidente e o Primeiro Ministro seria escolhido por ele. O Presidente perde o poder de elaborar leis, orientar a política externa e elaborar proposta orçamentária. Sendo decidido a realização de um plebiscito em 1965 para escolher que sistema permaneceria. Porém o plebiscito fora antecipado e realizado em 1963 com a vitória do Presidencialismo.

O ano de 1963 fora caracterizado por instabilidades políticas, contando Jango com uma oposição forte no Congresso Nacional, liderado pelos conservadores e pela bancada ruralista. Em meio a essa instabilidade política é aprovado em sessão plenária, em 13/12/1963, o enunciado 347 no STF – Supremo Tribunal Federal, com o seguinte teor:

O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. Controle de constitucionalidade e Tribunal de Contas.

Em 05 de outubro de 1988 nasce a nossa atual constituição trazendo em seu bojo o artigo.

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;
II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;
V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

§ 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

§ 4º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

Nesse período tem havido muita discussão pela recepção ou não da Súmula 347 do STF. Citamos algumas opiniões de juristas e juízes em seus julgados:

Com as devidas vênias aos entendimentos jurisprudenciais destacados, pensamos que, tanto em relação ao controle de constitucionalidade exercido pelo TCU quanto pelo CNJ, cabe fazer um *distinguishing* das situações enfrentadas. Não parece desarrazoado entender pela possibilidade de essas entidades negarem aplicação a determinada lei no caso concreto, quando já houver entendimento pacificado do STF acerca da inconstitucionalidade chapada, notória ou evidente, da solução normativa em questão em questão (...) Mendes (2018, p.5).

Ademais, antes de entender o exposto acima, devemos rememorar que uma norma geral em um caso concreto, é identificada pela sua “ratio decidendi”, sendo este elemento central do precedente. Este precedente quando aplicado reiteradamente se transforma em uma jurisprudência, caso essa jurisprudência predominar no tribunal, pode resultar em uma súmula contida na jurisprudência do respectivo Tribunal. Logo, “(...) a súmula é o enunciado normativo (texto) da ratio decidendi (norma geral), de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente(...)” (Didier Jr, 2017, p.555).

Destaca-se que conforme Chaves; Saraiva (2019, p.347, apud Fajardo, 2008, p.24-28), a justificativa constitucional que fundamenta a súmula 347 está defasada, pois, anteriormente entendia que existia uma diferença entre afastar a aplicação de leis por serem inconstitucional e declarar a inconstitucionalidade. Ademais, hoje em dia, isto é pacificado que não existe diferença entre os institutos, isto é, não há uma diferença ontológica, entre a declaração de inconstitucionalidade de uma lei e a sentença que não aplica a lei formal diante de um caso concreto. Logo, com este devido entendimento, é afirmativa que a presunção de possibilidade de apreciação de constitucionalidade pelo tribunal de contas é uma afronta a sua própria competência constitucional.

(...) Para Cruz e Tucci, o *distinguishing* é um método de confronto, “pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma”. Sendo assim, pode-se utilizar o termo “*distinguish*” em duas acepções: (i) para designar o método de comparação entre o caso concreto e o paradigma (*distinguish* – método) – como previsto no art.489, parágrafo 1, V e 927, parágrafo 1 do CPC; (ii) e para designar o resultado desse confronto, nos casos em que se conclui haver entre eles alguma diferença (*distinguish* – resultado), a chamada “*distinção*” na forma em que consagrada no art.489, parágrafo 1, VI, e art.927, parágrafo 1, CPC (...) (Apud, Didier Jr, 2007, p.559).

Caberia, então, às Cortes de Contas o que Torres (1993, p. 36) denominou controle de “superlegalidade”, que implica, como decorrência direta do controle da legalidade, a análise da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos, de forma incidental, e como condicionante para aprovação destes.

Dentro da perspectiva constitucional inaugurada em 1988, o Tribunal de Contas da União é órgão técnico de fiscalização contábil, financeira e orçamentária, cuja competência é delimitada pelo artigo 71 do texto constitucional, (...). É inconcebível, portanto, a hipótese do Tribunal de Contas da União, órgão sem qualquer função jurisdicional, permanecer a exercer

controle difuso de constitucionalidade nos julgamentos de seus processos, sob o pretenso argumento de que lhe seja permitido em virtude do conteúdo da Súmula 347 do STF, editada em 1963, cuja subsistência, obviamente, ficou comprometida pela promulgação da Constituição Federal de 1988.

[MS 35.410 MC, rel. min. **Alexandre de Moraes**, dec. monocrática, j. 15-12-2017, DJE 18 de 1º-2-2018.]

Descabe a atuação precária e efêmera afastando do cenário jurídico o que assentado pelo Tribunal de Contas da União. A questão alusiva à possibilidade de este último deixar de observar, ante a óptica da inconstitucionalidade, certo ato normativo há de ser apreciada em definitivo pelo Colegiado, prevalecendo, até aqui, porque não revogado, o Verbete 347 da Súmula do Supremo. De início, a atuação do Tribunal de Contas se fez considerado o arcabouço normativo constitucional.

[MS 31.439 MC, rel. min. **Marco Aurélio**, dec. monocrática, j. 19-7-2012, DJE 154 de 7-8-2012.]

Assim, a declaração de inconstitucionalidade, pelo Tribunal de Contas da União, do art. 67 da Lei 9.478/1997, e do Decreto 2.745/1998, obrigando a Petrobrás, conseqüentemente, a cumprir as exigências da Lei 8.666/1993, parece estar em confronto com normas constitucionais, mormente as que traduzem o princípio da legalidade, as que delimitam as competências do TCU (art. 71), assim como aquelas que conformam o regime de exploração da atividade econômica do petróleo (art. 177). Não me impressiona o teor da Súmula 347 desta Corte, (...). A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual. Até o advento da Emenda Constitucional 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não-jurisdicionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional.

No entanto, é preciso levar em conta que o texto constitucional de 1988 introduziu uma mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade. Em escritos doutrinários, tenho enfatizado que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil. Parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade.

A amplitude do direito de propositura faz com que até mesmo pleitos tipicamente individuais sejam submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante ação direta de inconstitucionalidade. Assim, o processo de controle abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função: atua tanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas. Assim, a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, está a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988. [MS 25.888 MC, rel. min. **Gilmar Mendes**, dec. monocrática, j. 22-3-2006, DJ de 29-3-2006.]

CONCLUSÃO

Quanto ao controle abstrato ou concentrado, a Constituição, expressamente, atribuiu a competência para o seu exercício ao STF e aos Tribunais de Justiça, quanto às Constituições estaduais. Nota-se assim a impossibilidade de que os Tribunais de Contas apreciem a constitucionalidade de normas em tese, quando das respostas às consultas formuladas por autoridades públicas.

O controle incidental, possível de ser exercido no âmbito dos tribunais de conta, seria muito complicado para ser realizado quando comparado ao que é realizado jurisdicionalmente. Portanto, para que o TCU possa exercer esse controle de constitucionalidade entende-se que haveria de ter uma regulamentação clara e expressa para evitar qualquer problema técnico ou político.

Ou então o pronunciamento do STF no sentido da caducidade da súmula em questão.

REFERÊNCIAS

CHAVES, Gardel; SARAIVA, Brenda. **O controle de constitucionalidade no âmbito do TCU: Um exame da súmula 347 do Supremo Tribunal Federal sob a perspectiva constitucional e jurisprudencial brasileira.** Revista de Filosofia do direito, do estado e da sociedade – FIDES. Natal. V.10. n.1. Jan/Julho de 2019.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil – v. 3: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais.** 14. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. 832 p.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. História Geral da Civilização Brasileira. Do Império à República. 1972. Bertrand Brasil.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 15/12/2020.
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2149>. Acesso em 15/12/2020.

<https://portal.tcu.gov.br/centro-cultural-tcu/museu-do-tribunal-de-contas-da-uniao/tcu-a-evolucao-do-controle/da-criacao-a-instalacao.htm>. Acesso em 15/12/2020.

LEITE, Harrison. **Manual de direito financeiro**. 7 ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2018. 768p.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade por órgãos não jurisdicionais: o caso do TCU e do CNJ**. 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-out-06/observatorio-constitucionalcontroleconstitucionalidade-orgaos-nao-jurisdicionais>>. Acesso em 15/12/20.



MORAES, Michel Martins de; ARANALDE, Carollina. Controle de constitucionalidade exercido incidentalmente pelos tribunais de contas. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/68406/control-de-constitucionalidade-exercido-incidentalmente-pelos-tribunais-de-contas>>. Acesso em 15 de dez. de 2020.

TORRES, R. L. A legitimidade democrática e o Tribunal de Contas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 194, p. 31-45, 1993.

UM BREVE ENSAIO CRÍTICO SOBRE OS PROBLEMAS DO PROCESSO LEGISLATIVO BRASILEIRO

*Rafaela Araújo de Melo
Tatiana Alves*

1. INTRODUÇÃO

A teoria do contrato social é uma teoria muito conhecida. Segundo ela, existiu um período em que o mundo se encontrava em um Estado constante de guerra. Assim, seres humanos dotados de direitos naturais constantemente entravam em conflito, gerando um espaço de difícil convivência. Segundo os pensadores dessa teoria, entre eles Thomas Hobbes, alcançou-se um momento em que indivíduos precisaram limitar os seus direitos e transferi-los a outrem: o Estado. Surge assim uma ideia de contrato social, isto é, homens teriam aberto mão de direitos, supostamente absolutos, a fim de garantir a convivência em sociedade.

Com isso em mente, entende-se, teoricamente, o início do Estado. O direito e o Estado é claro desde o momento do contrato social, até o que eles são hoje, evoluíram e se aperfeiçoaram profundamente. Dessa maneira, deve-se ter em mente que as instituições estatais como são conhecidas hoje, nem sempre foram tão rígidas e definidas.

É de clareza solar a importância do processo legislativo para uma cultura. Esse procedimento irá definir as diretrizes, os valores-mor, as práticas através das quais se darão o direito e de como essa sociedade irá se organizar. Assim, percebe-se nitidamente o quão perturbador seria um processo legislativo que não correspondesse com a realidade daquele país e que não traduz os valores sociais, culturais e econômicos daquele povo.

Estabelecido o valor do trabalho dos parlamentares, é indubitável o compromisso de se analisar o processo legislativo: de expor as suas fases e características; de se identificar as suas falhas e finalmente de propor melhorias. Além disso, é preciso entender o funcionamento do poder legislativo, de suas funções, práticas e regimentos. O trabalho busca analisar criticamente todos esses pontos supracitados, através do método dedutivo. Além disso, é feito um estudo analítico a partir de julgados expondo as falhas do processo legislativo.

2. TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

Ao longo do processo de formação do estado moderno configurou-se que, teoricamente, ele deve ser comandado pelo povo. Para tal foi adotado o sistema democrático de representação indireta, na qual a população vota de forma direta e secreta em políticos que irão representar seus interesses perante as entidades públicas do Estado.

O Estado é responsável por reconhecer o lícito ou ilícito, através de: um ordenamento jurídico, de um conjunto de leis e normas que determinam direitos, obrigações, competências, procedimentos e limitações. Isso acontece de forma organizada e seguindo um processo de construção legal. Por isso, o Estado é dotado de soberania, que está ligada a noção de poder.

Os doutrinadores Dalmo de Abreu Dallari (DALLARI, 2011, p. 72.) e Lênio Luis Streck (STRECK; MORAIS, 2014, p. 161) entendem que o conceito de soberania se assemelha a concepção de Miguel Reale, quando este formula que soberania é o poder que uma nação tem de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência.

Poder é a capacidade de determinar a vontade do outro, influenciá-lo e até tomar decisões em nome da coletividade. O poder sempre será do Estado como pessoa jurídica (BONAVIDES, 2000, e-pub p. 136), seguindo o princípio de unidade ou indivisibilidade do poder.

A soberania (DALLARI, 2011, p. 73) é uma (só existe uma por Estado), indivisível, inalienável e imprescritível. Além disso, ela é um poder originário (nasce junto com o Estado e jamais se separa), exclusivo, incondicionado (seus limites são criados por ele mesmo) e coativo (pode impor suas decisões pela coação).

Já que o poder do Estado é Uno, fruto da sua soberania, cabe a ressalva de que a expressão "separação dos poderes" ou "divisão dos poderes" é incoerente, uma vez que não há nenhum tipo de partição de poderes, mas há do exercício do poder, de suas funções.

A titularidade do poder estatal emana do povo, mas o seu exercício é de ordem dos órgãos que concretizam tal poder.

Tal princípio demonstra uma necessidade especial de que o poder do Estado não é pessoal, isto é, do governante. Diferindo do período medieval, uma vez que o poder do Estado se sobrepõe aos poderes sociais, ressaltando uma grande evolução do período medieval até hoje.

A Constituição (MENDES; GONET, 2018, e-pub p. 1319) é um princípio definidor para a validade das ordens jurídicas. É o que garante unidade, fundamento jurídico e instrumento de regulação social. A legislação maior começa citando os poderes:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Tal modelo de estruturação de divisão do exercício do poder é datado da Grécia Antiga, mas foi só com Montesquieu, no seu livro "O Espírito das Leis" (1748) que ocorreu a sistematização e aplicação, semelhante aos moldes atuais. A partir disso, se concretizou a ideia de que o Estado deveria ser dividido em três "poderes" independentes e harmônicos, a fim de

evitar correntes de tirania, descentralizando institucionalmente o poder de apenas uma pessoa (o senhor feudal, o monarca, o imperador...), assegurando a liberdade dos indivíduos. O pecado do pensador foi a falta da indicação das atribuições de cada poder, ou seja, o que cada um deveria fazer, revelando que ele realmente só buscava a garantia das liberdades individuais e não a eficiência.

Nesse viés, no Estado Moderno, a divisão é vista como uma forma de delimitação do poder, bem como a promoção do aumento da eficiência do estado (séc. XIX quando tal doutrina virou dogma), uma vez que contaria com órgãos especializados. A divisão das funções do poder se fez cada vez mais presente, chegando a aparecer na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França em 1789: Art. XVI Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, a separação dos poderes determinada, não tem Constituição (DALLARI, 2011, e-pub p. 196). É nesse contexto que surge o sistema de freios e contrapesos (STRECK; MORAIS, 2014, e-pub p.175), uma tentativa de controle recíproco entre os três para manter o equilíbrio do Estado Democrático.

Mas claro que a importância do Estado não o abstém de falhas. Essa é uma das críticas que a divisão dos poderes carrega: mesmo a Constituição separando as competências, funções típicas e atípicas, é comum observar um poder atuando no que não lhe compete, sendo deliberadamente omissivo ou influenciado por fatores extralegais para deliberarem e decidirem.

Além disso, o Estado não consegue garantir efetivamente a tão clamada liberdade ou a democracia, uma vez que o liberalismo é marcado por injustiças e grandes desigualdades. Na prática, a instituição funciona somente para alguns privilegiados.

A organização dos poderes surgiu num momento em que desejavam limitar o poder do Estado e fazê-lo menos intervencionista. Ao longo da história, o Estado passou a ser mais solicitado, precisando de uma legislação mais específica e técnica. A consequência disso é o Legislativo sem conseguir cumprir todas as demandas e o Executivo dependendo de um processo lento de elaboração de leis para responder as demandas sociais.

Em suma, pode-se perceber que os poderes não dão conta de garantir a estruturação democrática de suas atribuições, recorrendo a mecanismos constitucionais de compartilhamento, delegação e redistribuição de competências.

2.1 EXECUTIVO

Para Montesquieu (BONAVIDES, 2000, e-pub p. 176), cabe ao príncipe lidar com a paz e a guerra, bem como receber embaixadores, estabelecer a segurança e prevenir invasões.

As funções típicas do Chefe de Estado são: as relações com Estados estrangeiros, celebração de atos internacionais, permissão de circulação de forças externas no território, declarar paz ou guerra...

Já o Chefe de Governo (MENDES; GONET, 2018, e-pub p 1515) e a administração geral são responsáveis por: fixar diretrizes políticas, iniciar projetos de leis, editar medidas provisórias, expedir decretos e regulamentos... Cuidar da administração federal. Além disso, pode vetar projetos de lei e deve prestar contas ao Congresso.

Também cabe ao Presidente manter a segurança interna, a ordem institucional, a harmonia federativa e nomear os Ministros dos Tribunais Superiores, mediante aprovação do Senado. No Brasil, o chefe de estado e de governo é o mesmo. O Presidente concentra as atribuições de governo, com mandato de quatro anos e maioria absoluta dos votos – não computados brancos e nulos.

Junto do Chefe de Governo, existem os Ministros de Estado, que o auxiliam na direção da Administração Federal e, por isso, são nomeados por ele – podendo também ser exonerado pelo próprio. O mesmo acontece com o Advogado Geral da União.

2.2 JUDICIÁRIO

O Poder Judiciário dá ao príncipe ou magistrado (BONAVIDES 2000, e-pub p. 176) - termos de Montesquieu - a faculdade de punir os crimes ou julgar os dissídios da ordem civil. Ele é dotado de autonomia administrativa e financeira, a fim de que possa tomar decisões autônomas, autorizadas e vinculantes.

Com a Carta Magna e a noção de Estado Democrático, o foco do Judiciário passou a ser a concretização dos direitos e, por isso, carrega consigo garantias judiciais da ordem institucional e do sistema de direitos, como mandado de segurança coletiva, ação direta de inconstitucionalidade e outros mecanismos de proteção, que foram criados ou aumentados por ela. Todavia, as limitações inerentes a sua estrutura administrativa mostraram que a exigência do cumprimento desses direitos gerou uma grande judicialização; o aumento de demandas leva a um maior tempo médio de tramitação, comprometendo a efetividade do funcionamento do Poder. É nesse contexto que se desenvolvem alternativas não litigiosas, como mediação, conciliação e arbitragem, para que a judicialização seja a última opção.

O órgão de cúpula é o STF, com função de Corte Constitucional e instituição máxima. Seguindo a hierarquia, tem-se os Tribunais Superiores, que têm jurisdição no território nacional. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem função jurisdicional de aplicação do direito objetivo federal. Já os demais Tribunais são instâncias recursais superiores dos ramos eleitoral, militar e trabalho.

Todas as decisões devem ser fundamentadas, sejam judiciais ou administrativas, e com a motivação, isto é, deve conter o fundamento legal/constitucional da decisão, com razões e argumentos jurídicos. O julgador deve explicar porque prolatou tal decisão, sendo isso um dever fundamental que ele precisa cumprir para garantir os direitos fundamentais das partes – direito de informação, de manifestação, de ver seus argumentos considerados...

Tal fundamentação objetiva evitar julgamentos arbitrários. Sabe-se que a lei não prevê todas as hipóteses, de uma lei geral se faz uma decisão particular, o que abre margem para prestações jurisdicionais incertas, flutuantes e variáveis – a depender do caso concreto. É o que se chama de discricionariedade judicial, escolher um dos sentidos possíveis da interpretação da norma. Além disso, as decisões devem criar precedentes dentro de uma integridade e coerência do Direito para se alcançar a legitimidade da decisão.

O ingresso no Poder se dá por meio de concurso, sendo constitucionalmente consagrado. Existe também a possibilidade de promoção, por aferição meritocrática e de antiguidade. A designação política é limitada aos juízes do STF.

2.3 LEGISLATIVO

Para Montesquieu (BONAVIDES, 2000, e-pub p. 176), o poder legislativo é responsável por fazer leis ou aperfeiçoar as já existentes.

O Legislativo é quem tem como funções típicas (I) legislar, instituir direitos e criar obrigações, criar novas leis e atualizar as antigas, de forma a atender as demandas sociais contemporâneas; (II) fiscalizar, através, por exemplo, das Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs), que coletam material para elaborar leis e supervisionar o Executivo na aplicação das existentes, bem como investiga fatos e tenta assenhorar-se do que acontece na área da sua competência. Contam com o auxílio do TCU e, se apurado alguma ilegalidade, encaminha-se para o Ministério Público.

Como função atípica, é responsável por (III) administrar, como prover cargos da sua estrutura e (IV) julgar, é o Senado quem processa e julga crimes de responsabilidade do Presidente da República e seu Vice, por exemplo.

Nesse sentido, a representação legislativa brasileira é composta por senadores e deputados, em âmbito federal. O primeiro com três membros por Estado, mais Distrito Federal, através do sistema majoritário e com mandato de oito anos; o segundo é a chamada casa dos representantes do povo, que são eleitos pelo sistema proporcional em cada estado. As duas casas formam o Congresso Nacional, sendo então bicameral.

O Congresso Nacional e suas casas compõem diversas comissões, temporárias e permanentes, reguladas internamente e que se relacionam diretamente com os civis, por

audiência pública, reclamações, petições (função fiscalizadora). Elas também podem discutir e votar projeto de lei sem apreciação do Plenário, mas com possibilidade de acabar sendo exigido tal artifício.

3. PROCESSO LEGISLATIVO

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O processo legislativo é de extrema importância para o bom funcionamento do direito. É a partir dele que serão editadas as leis do país. Portanto, fica evidente a necessidade de o procedimento ocorrer da devida maneira e da melhor forma possível. A Constituição Federal Brasileira em sua seção VIII, nos arts. 59 ao 69 expõe criteriosamente como deverá ocorrer essa edição no país. Assim, fica estabelecido que no Brasil a produção de leis é função típica do Poder Legislativo, não excluindo a possibilidade de os outros poderes, porventura, produzirem-nas. Levando em consideração que o constituinte originário estabeleceu que o Poder Legislativo seria eleito pelo povo, fica clara a vontade de envolver o anseio dos cidadãos na produção das normas. Percebe-se, portanto, que a função de criação e modificação de leis por outros poderes deverá ser exercida de maneira mínima, a fim de respeitar a pretensão do constituinte originário e, por consequência, a tripartição dos poderes.

Diversos doutrinadores consideram que o processo legislativo é composto de cinco fases: a iniciativa, a discussão, a votação, a sanção ou veto e a promulgação e publicação. Cada uma dotada de características próprias e devidos procedimentos. Ademais, a Constituição, em seu art. 59 define que o processo legislativo origina: emendas, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. Ou seja, é através desse processo legislativo que se criará essas espécies legislativas.

Algo que se faz necessário destacar é que, segundo o autor José Afonso da Silva, em seu livro “Curso de Direito Constitucional Positivo”, existem três tipos de processo legislativo: o ordinário, o sumário e o especial (SILVA, 2005, p. 529). O primeiro é o tradicional processo legislativo, que será detalhado mais adiante. O segundo acontece quando o Presidente da República, de acordo com o art. 64, pede urgência na apreciação de um projeto de lei de iniciativa própria. E, finalmente, o terceiro, ainda de acordo com o autor, denominado de procedimentos legislativos especiais ocorre nas situações de criação: de emendas constitucionais, de leis financeiras, de leis delegadas, de medidas provisórias e de leis complementares. Essas espécies legislativas exigem um quórum diferenciado daquele exigido no processo de criação de leis ordinário.

São muitas as questões polêmicas que envolvem essa produção de normas. Em muitas ocasiões, se discute a possibilidade de limitar apenas ao Poder Legislativo. Outras vezes, considera-se que as normas não estão de acordo com a real vontade da população. Por isso, faz-

se necessário um estudo de como ele ocorre e que se reflita os seus problemas, para melhorá-los.

3.2 A INICIATIVA

O processo legislativo se inicia quando alguém apresenta um projeto que visa inovar ou editar o ordenamento jurídico. Segundo os autores Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco em seu livro “Curso de Direito Constitucional”, existem dois tipos de iniciativa diferentes.

A primeira é denominada de iniciativa comum ou concorrente (MENDES; BRANCO, 2020, p 1443). Esse tipo de iniciativa ocorre quando não há restrições a quem tem o poder de propor aquela matéria. Nesses casos, o projeto é proposto por qualquer indivíduo podendo ser: por um membro do Congresso nacional, por comissões, por qualquer uma das casas, pelo presidente e pelo povo.

O segundo tipo seria a iniciativa reservada ou privativa concorrente (MENDES; BRANCO, 2020, p 1443), isto é, quando o constituinte estipulou que tal matéria só poderia ser proposta por determinadas pessoas em certos cargos ou determinados órgãos. Um exemplo seria o art. 61:

§1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: II – disponham sobre: e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI. (BRASIL, 1988, art. 61)

Nesse trecho, o poder constituinte originário especificou que quando se tratasse dessa matéria, somente o Presidente da República poderia propor normas. Algo que é interessante de se perceber é que uma vez ocorrido o vício de iniciativa, ele não poderá nunca ser sanado. Observe-se esse voto:

A sanção do projeto de lei não convalida o vício de inconstitucionalidade resultante da usurpação do poder de iniciativa. A ulterior aquiescência do chefe do Poder Executivo, mediante sanção do projeto de lei, ainda quando dele seja a prerrogativa usurpada, não tem o condão de sanar o vício radical da inconstitucionalidade. Insubsistência da Súmula 5/STF. (BRASIL, STF, ADI 2.867, rel. min. Celso de Mello, j. 3-12-2003, P, DJ de 9-2-2007. ADI 2.305, rel. min. Cezar Peluso, j. 30-6-2011, P, DJE de 5-8-2011)

Ainda na fase da iniciativa, faz-se necessário incluir a supramencionada deliberação das comissões parlamentares permanentes, responsáveis por: (i) apreciar o projeto; (ii) analisar a sua constitucionalidade, no caso da comissão de Constituição Justiça e Redação, (CCJ), e a comissão de Finanças e Tributação (CFT); (ii) e verificar a adequação ao Orçamento Federal, caso implique impacto financeiro.

Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no

ato de que resultar sua criação. § 2º Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: I - discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa. (BRASIL, 1988, Art. 58)

3.3. A DELIBERAÇÃO

A fase de deliberação acontece com a discussão dentro da casa iniciadora do projeto. É nessa parte que poderá haver emendas ao texto do projeto. É neste momento que os deputados e senadores devem refletir sobre o projeto, discuti-lo e deliberar sobre. O autor Dirley da Cunha Júnior, em seu livro “Curso de Direito Constitucional”, elenca os diferentes tipos de emendas possíveis de serem feitas. São elas: a supressiva, a aglutinativa, a substitutiva, a modificativa, a aditiva, a subemenda e a de redação (CUNHA Jr., 2012, p.1065).

As emendas não podem ser propostas de qualquer maneira, ou seja, elas precisam seguir certas regras. Com isso em mente, uma das restrições estaria prevista no art. 63 da Constituição Federal Brasileira que proíbe que se aumente despesa a partir de emenda ao projeto de lei, nos casos de projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República, ressalvadas as demais previsões legais e nos projetos que tratem de organização dos serviços administrativos da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, dos Tribunais Federais e do Ministério Público.

O artigo 64 da Constituição deixa claro que quando houver um projeto de lei de iniciativa do Presidente da República a deliberação se iniciará na Câmara dos Deputados. Em se tratando de outro tipo de iniciativa, a casa iniciadora será aquela que apresentou o projeto.

Uma vez deliberado, o projeto será votado dentro da casa iniciadora e, se aprovado será enviado à casa revisora. Assim, poderão ser feitas modificações nesse projeto ou ele poderá ser aprovado ou rejeitado. Segundo o art. 65 do texto constitucional, se for aprovado, deverá tê-lo sido em um só turno e se for rejeitado deverá ser arquivado. Ainda levando em consideração tal legislação, se tiverem sido propostas emendas o projeto deverá retornar a casa iniciadora, que deverá votá-lo ou rejeitá-lo, observe-se a redação:

Art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar.

Parágrafo único. Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora. (BRASIL, 1988, Art. 65)

3.4 A VOTAÇÃO

A terceira fase do processo legislativo é denominada de votação, é nela que os parlamentares irão, efetivamente, aprovar ou rejeitar um projeto de lei. Diante disso, é preciso esclarecer que o quórum necessário para a aprovação de um projeto depende da espécie legislativa que lhe é referente.

Em se tratando de casos de lei ordinária, o quórum será de maioria simples ou relativa, já nos casos de lei complementar o quórum é de maioria absoluta e nas situações de emenda

constitucional o quórum será de três quintos (CUNHA Jr., 2012, p. 1067). Além disso, um projeto de lei tem um prazo de quarenta e cinco dias de tramitação em cada uma das casas (MENDES; BRANCO, 2020, p. 1448). Ademais, se alguma proposta de emenda tiver sido feita, a casa iniciadora terá dez dias para apreciá-la.

É preciso frisar que não haverá aprovação de um projeto de lei se ele não for votado nas duas casas. Faz-se necessário que o projeto tenha sido apreciado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal. De uma maneira geral, os projetos devem ser votados em sessões separadas, isto é, os deputados e senadores votarão em suas respectivas casas separadamente. Contudo, a Constituição Federal Brasileira, prevê em seu art. 57, §3º, situações em que as duas casas devem se juntar e deliberar em uma sessão conjunta:

Art. 57. O Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro. § 3º Além de outros casos previstos nesta Constituição, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal reunir-se-ão em sessão conjunta para: I - inaugurar a sessão legislativa; II - elaborar o regimento comum e regular a criação de serviços comuns às duas Casas; III - receber o compromisso do Presidente e do Vice-Presidente da República; IV - conhecer do veto e sobre ele deliberar. (BRASIL, 1988, Art. 57)

Uma vez votado e aprovado, o projeto deverá ser encaminhado para o Presidente da República que por sua vez realizará a última fase do processo legislativo: a sanção ou veto. Caso o projeto tenha sido rejeitado, ele deverá ser arquivado e só poderá ser apreciado novamente, na mesma sessão legislativa, a partir de uma proposta de maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional (art. 67, CF/88).

3.5 VETO OU SANÇÃO

A penúltima fase do processo legislativo envolve ato do Poder Executivo. O Presidente da República deverá sancionar ou vetar o projeto de lei já aprovado nas câmaras legislativas. O veto pode incidir sobre uma parte da lei ou sobre a lei como um todo, mas nunca sobre vocábulos ou expressões (CUNHA Jr., 2012, p. 1067-1068). O veto pode ocorrer por uma razão de inconstitucionalidade, sendo assim um veto jurídico ou por uma justificativa de contrariedade ao interesse público, nesse caso um veto político (MENDES; BRANCO, 2020, p. 1450).

O veto deverá ser realizado em até quinze dias a partir do momento em que o Presidente recebeu o projeto. Caso não delibere sobre ele nesse período, então o sancioná-lo-á de maneira tácita. Em contrapartida, se o Presidente veta o projeto, então, deve comunicar e justificar a sua posição ao Presidente do Senado em até quarenta e oito horas. A partir disso, o veto poderá ou não ser aceito. Para que seja refutado, as casas deverão, em sessão conjunta, rejeitá-lo. Dessa maneira, o veto deverá ser apreciado em até trinta dias e necessitará atingir o quórum de maioria

absoluta dos deputados e dos senadores, lembrando que o voto dos parlamentares não será secreto (MENDES; BRANCO, 2020, p. 1450).

O Presidente, ao invés de rejeitar, pode sancionar de maneira expressa um projeto de lei. Para fazê-lo, deve explicitar a sua sanção em menos de quinze dias. Assim, concordando com o projeto enviado a ele pelo Congresso Nacional.

3.6. PUBLICAÇÃO E PROMULGAÇÃO

A última fase do processo legislativo federal consiste em afirmar oficialmente a criação da lei. Veja-se:

A promulgação é a declaração oficial que a Lei existe, é autêntica e está pronta para ser executada. É a comunicação que se faz aos destinatários da lei de que esta foi criada e com determinado conteúdo e pelo procedimento constitucionalmente previsto, sendo, portanto, válida. “ (CUNHA Jr., 2012, p. 1068)

O Presidente após sanção, expressa ou tácita, deverá promulgar a lei e torná-la pública. Caso, após quarenta e oito horas da sanção da lei, independente de sanção tácita ou em caso de veto rejeitado, o Presidente não realizar a promulgação e publicação da lei, então, o Presidente do Senado deverá fazê-la. Se o Presidente do Senado também não a promulgar então, caberá ao Vice-Presidente do Senado a realização dessa função (art. 66 §7º/CF88).

3.7 MEDIDA PROVISÓRIA

Dentre todas as espécies de inovação do ordenamento jurídico citadas, a medida provisória merece destaque. Como já expresseo, esse tipo de norma é criada a partir do processo legislativo especial. Segundo o autor Dirley da Cunha Júnior, a medida provisória não deve ser confundida com lei (CUNHA Jr., 2012, p. 1056). O doutrinador explicita que seria somente um ato administrativo de caráter administrativo. Assim, a razão principal para não ser considerada lei, seria justamente a falta de exercício do Poder Legislativo.

A medida provisória, para ser válida, precisa cumprir alguns critérios, dois formais: relevância e urgência; e um material que seria a compatibilidade da matéria com a modalidade do ato administrativo (SILVA, 2005, p. 259). A partir do caput do artigo 62 da lei maior, não ficam claros tais conceitos. Surge a dúvida de o que seria a “relevância” e o que seria a “urgência”.

O professor Dirley da Cunha em seu livro conclui que a “urgência” só poderia existir em uma situação em que fosse tão imprescindível que medidas públicas fossem tomadas, de maneira que não se pudesse esperar ao mínimo cem dias, que é o menor tempo possível em que se pode aprovar uma lei (CUNHA Jr., 2012, p. 1057). Ainda sob os ensinamentos do doutor, a obscuridade do termo “relevância” também cessa. Assim, deve-se entender que para cumprir

com o segundo critério formal [que] é preciso agir de acordo com o interesse do povo, não pode, o Presidente, agir de maneira a satisfazer seus próprios interesses ou de outrem.

Outrossim, segundo a lei constitucional em seu artigo 62, a medida provisória, quando editada, tem inicial eficácia de sessenta dias, devendo ser votada nas Casas do Congresso em até cento e vinte dias. Quando passados os primeiros quarenta e cinco dias de edição da medida, iniciar-se-á um regime de urgência, para que seja votada o quanto antes. Caso esse prazo inicial de eficácia tenha sido cumprido, a medida é prorrogada por mais sessenta dias, uma única vez. Se o Congresso não transforma o ato administrativo em lei, então sustam os seus efeitos.

As medidas provisórias são alvos de constantes críticas. Considerando que apesar de serem atos administrativos, possibilitam ao Presidente da República a modificação do ordenamento jurídico. Elas têm força de lei e, até que sejam deliberadas pelo Congresso Nacional serão válidas. É notória a possibilidade de o controle constitucional incidir sobre uma medida provisória, afinal para que seja válida precisa cumprir critérios que podem gerar a inconstitucionalidade do ato, caso não sejam seguidos. Apesar da possibilidade, ela não impede que um governante aja de maneira mais autoritária e venha a abusar do seu poder.

4. PROBLEMAS NO PROCESSO LEGISLATIVO FEDERAL

4.1 ABUSO

4.1.1 Do poder executivo

O processo legislativo não é infalível. Muitas vezes, existem problemas durante a produção de leis. Uma dessas falhas pode ser entendida como um verdadeiro abuso de poder. Ela acontece quando um funcionário público extrapola os limites das suas atribuições, invadindo campos alheios. Diogo Alves de Abreu Júnior traz em seu texto “Medidas Provisórias o Poder quase absoluto” alguns pensadores que definem o que seria esse abuso de poder, entre eles, Meirelles:

Meirelles (1998, p. 96) afirma que abuso de poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, ultrapassa os limites de suas atribuições (excesso de poder) ou se desvia das finalidades administrativas. O uso normal do poder é empregá-lo segundo as normas legais, a moral da instituição, a finalidade do ato e as exigências do interesse público. Abusar do poder é empregá-lo fora da lei, sem utilidade pública. O uso do poder é lícito; o abuso, sempre ilícito. Todo ato abusivo é nulo, por excesso ou desvio de poder. (ABREU, 2002, p.47)

O autor explicita, ainda, que quando se tratar de medida provisória, ela pode ser abusiva a partir de uma perspectiva material, ou seja, há um problema com a matéria da qual aquela medida trata; ou pode existir uma violação procedimental, isto é, não foram respeitados os devidos processos de edição e tramitação da medida (ABREU, 2002, p. 48).

No país, recentemente o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou inconstitucional a medida provisória nº 904 proposta pelo atual presidente Jair Bolsonaro. A norma buscava a

extinção da obrigação de ter os seguros de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Vias Terrestre (DPVAT) e o Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Embarcações ou por sua Carga (DPEM). A medida não somente foi rejeitada pelo Congresso, como sustou na ADI6262, observe-se a sua ementa:

Ementa: CONSTITUCIONAL. MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MPV 904, DE 2019. EXTINÇÃO DO SEGURO OBRIGATÓRIO DE DANOS PESSOAIS CAUSADOS POR VEÍCULOS AUTOMOTORES DE VIAS TERRESTRES – DPVAT E DO SEGURO OBRIGATÓRIO DE DANOS PESSOAIS CAUSADOS POR EMBARCAÇÕES OU POR SUAS CARGAS – DPEM. MATÉRIA RESERVADA A LEI COMPLEMENTAR. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. EXCEPCIONAL URGÊNCIA. DEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR. 1. É vedada a edição de medida provisória que disponha sobre matéria sob reserva de lei complementar. 2. A regulação do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres e do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Embarcações ou por sua Carga exige, nos termos do art. 192 da Constituição Federal, lei complementar. 3. Medida cautelar deferida, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei 9.868, para suspender os efeitos da Medida Provisória 904, de 11 de novembro de 2019. (BRASIL, STF, ADI 6262 MC, rel. Min, Edson Fachin, DJe 20/12/2019)

O tribunal reconheceu que haveria uma violação material, em outras palavras, há uma incongruência com o ato administrativo medida provisória e os conteúdos sobre os quais esse tipo de ato poderia tratar. O STF afirma que o tratamento dos assuntos de seguros está reservado à lei complementar e só por ela poderia ser regulamentada. Levando em consideração o que já foi explicitado sobre abuso de poder, pode-se afirmar que houve excesso de poder. Dessa maneira, o Presidente ultrapassou os limites de suas atribuições. Não é negado ao Presidente que edite as medidas provisórias, contudo, elas não se dão de maneira fortuita, existem procedimentos e normas a serem seguidos para que seja válida. Assim, o autor da medida ultrapassou os limites impostos aos conteúdos invadindo o campo de atuação de outrem.

4.1.2 Do poder judiciário

O termo “Supremocracia” tornou-se popular dentro da doutrina jurídica. O conceito é utilizado para tratar do crescimento da autoridade que o Supremo Tribunal Federal tem ganhado dentro dos meios jurídicos.

Supremocracia é o poder concedido sem precedentes ao Supremo Tribunal Federal para dar a última palavra sobre as decisões tomadas pelos demais poderes em relação a um extenso elenco de temas políticos, econômicos, morais e sociais inclusive quando essas decisões forem veiculadas por emendas à Constituição. A Supremocracia é uma consequência da desconfiança da política e da hiperconstitucionalização da vida brasileira. [...] (VIEIRA, 2018, p.162)

Com a Constituição Federal de 1988, ao STF foi concedida a função de zelar pelo texto da lei maior. Faz-se necessário lembrar que a história influenciou fortemente o texto constitucional. Com isso em mente, o constituinte originário queria garantir que direitos e

garantias individuais não fossem violados, como outrora haviam sido e também por um medo da insuficiência do poder legislativo (VIEIRA, 2008, p. 446), gerando uma Constituição que poderia até ser considerada como garantidora. Assim, tudo passou a ser matéria que deveria ser regulada pelo STF (VIEIRA, 2008, p. 447).

A Supremocracia, contudo, não deve ser entendida como usurpação de poder (VIEIRA, 2018, p. 163). É um fenômeno, previsto e regulado pelo texto constitucional. Apesar disso, não se pode olvidar que o STF tem plena capacidade de exercer a Supremocracia de maneira excessiva. Dessa maneira, realmente exercendo um abuso de poder, para além do que lhe foi conferido.

Alguns temas se tornaram clássicos para tratar de tal fenômeno, como a decisão proferida sobre matéria de pesquisa em células-tronco, que o tribunal insistiu em apreciar, apesar de a lei já ter sido aprovada pelo Congresso Nacional (VIEIRA, 2008, p.452). A lei 11.505, de 24 de março de 2005, também chamada de Lei de Biossegurança foi aprovada pelo Congresso Nacional. Através da ADI 3510/DF, em 2010, o STF decide sobre matéria moral, social, já regulamentada pelo poder legislativo, representantes diretos do povo. Leia-se a crítica feita pelo autor:

O último aspecto deste julgamento a ser destacado pode não parecer diretamente associado à questão da superexposição do Tribunal, mas, a meu ver, está a esta conectada. Uma das maiores idiosincrasias deste julgamento foi o fato de que a minoria no plenário, já derrotada por aqueles que entendiam que a lei era constitucional em sua totalidade, obstinadamente buscou que fossem incluídas na sentença medidas de caráter legislativo, que restringiriam enormemente a eficácia da legislação. (VIEIRA, 2008, p.453)

Outra matéria também regulamentada pelo STF, que já fora regulada pelo legislador ordinário é: aborto. O aborto necessário e em caso de gravidez resultante de estupro estão previstos no Código Penal de 1940:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54): **Aborto necessário I** - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; **Aborto no caso de gravidez resultante de estupro II** - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. “

O STF na decisão da ADPF 54/ DF entende como conduta não tipificada o aborto de feto anencéfalo. O tribunal decidiu pela inconstitucionalidade da interpretação do texto que tipificava a conduta, isto é, vai de encontro ao texto magno entender o texto do Código Penal de maneira a tipificar o aborto de feto anencéfalo. Ao analisar o Código Penal, percebe-se que o legislador ordinário não fez qualquer menção à situação, contudo, o tribunal superior entendeu que a conduta não seria interpretada, a luz da constituição, como típica, vide a ementa e decisão:

Ementa: ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo

absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator), que julgava procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, no que foi acompanhado pelos Senhores Ministros Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Cármen Lúcia, e o voto do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, que julgava improcedente o pedido, o julgamento foi suspenso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Falaram, pela requerente, o Dr. Luís Roberto Barroso e, pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos. Plenário, 11.04.2012. O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, contra os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo Ministro Celso de Mello; e contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam improcedente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli. Plenário, 12.04.2012. (BRASIL, STF, ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, DJe-080 30/04/2013)

Percebe-se aqui, verdadeira intromissão do tribunal em matéria intensamente moral e social, outrora regulamentada pelo poder representativo. Não parece ser possível observar de outra maneira, senão, que o STF invadiu a esfera do legislativo e inovou o ordenamento jurídico, dessa maneira, excedendo os limites do seu poder.

5.2. DISSONÂNCIA DOS VALORES DOS GOVERNANTES

O aspecto inicial a ser analisado é a quem os parlamentares devem fidelidade (BONAVIDES, 2000, e-pub p 282), isto é, quem eles devem defender e representar. Existem diversas opções, o partido a que eles pertencem, a circunscrição eleitoral, a eles mesmos, o povo, os seus grupos sociais, um país estrangeiro.

Convém-se que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, na qual todo o poder emana do povo, mediante seus representantes, como é defendido no Artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Sendo assim, a vontade soberana é do povo e os representantes devem ser fiéis a ele.

No Brasil, foi instituído o sufrágio universal, ou seja, todos têm o direito e o dever de votar, independente de riqueza, instrução, nascimento, raça ou gênero. As limitações e flexibilizações são ligadas à idade, nacionalidade, residência, capacidade, indignidade, serviço militar e alistamento e analfabetismo.

Nesse viés, entende-se que o processo legislativo começa desde a escolha dos parlamentares pelo voto até o momento da aceitação ou rejeição das novas normas pelo povo,

uma vez que aqueles representarão os interesses da maioria frente às demandas legislativas, as mudanças jurídicas e administrativas, suas intercorrências e consequências.

O processo legislativo, portanto, não é limitado somente à parte procedimental, técnica, mas também a parte social, política, econômica: a parte material, de conteúdo.

Esse procedimento segue a ideia de legalidade e legitimidade. O primeiro é estar em conformidade com as regras jurídicas vigente, com a Constituição; é o formal, técnico, jurídico. O segundo é o primeiro acrescido de valoração; é considerar o período histórico, as crenças, valores e princípios da ideologia democrática; é estar em consonância com o poder da opinião pública.

Seguindo as Constituições brasileiras, nunca houve uma regulamentação que obrigasse o parlamentar a seguir as opiniões e ideologias na hora de votar sobre as novas normas. O deputado ou senador pode expressar aquilo que ele pessoalmente acredita na Casa respectiva ou no Congresso, sem dever legalmente a quem votou nele. A consequência disso é a vontade dele ou de um grupo social que o influencia em detrimento da vontade geral soberana.

Como um Congresso, hipoteticamente, formado por maioria masculina, branca, hétero, conservadora, detentora de riquezas e cristã vai representar e defender os interesses de uma minoria mulher, negra, homoafetiva, jovem, pobre, atea? Como resultado, considerando os perfis dos políticos eleitos, fica instaurada incapacidade do Congresso de defender os interesses de grupos que são entendidos como minorias – mulheres, negros, comunidade LGBT, condições de miserabilidade, religiões sem ser a Cristã.

E, por isso, existe hoje no Brasil uma crise representativa que tem ligação direta com o processo legislativo. Quando uma lei for criada ou modificada, no sentido de atualização, ela precisa estar de acordo com as demandas societárias, caso contrário, em aspectos formais, se ela seguir os procedimentos necessários e for aprovada, existirá no ordenamento jurídico, mas, de maneira material, prática ela não existirá. Ela não representa a população, mesmo sendo aplicada ao povo, tal norma discorda da ideia utópica do processo legislativo ideal.

A consequência disso é o descrédito com as instituições representativas, com o Estado; estado esse que deveria defender, proteger e representar o indivíduo, na verdade, vai de encontro ao seu objetivo mor. A confiabilidade no sistema é o primeiro passo para a credibilidade na democracia.

Se, em tese, a vontade do parlamentar deveria ser submissa à soberania popular, na prática, observa-se a subordinação da população perante os interesses pessoais de quem detém o exercício do poder, explicitando a incapacidade do Estado de se impor frente a interesses econômicos privados ou específicos, como o de grandes empresas e empresários. O sistema financeiro global capitalista, bem como a pressão dos interesses das empresas são realidades

constantes, mas que devem ser controlados a fim de que o interesse privado não restrinja o bem-estar geral da população, como prega a Carta Magna.

A jurisprudência também entende que é dever dos parlamentares decidir ponderando o que é melhor para o povo, mas que nem sempre é possível aplicar isso. O caso conhecido como “Mensalão” foi um esquema de desvio de recursos de órgãos públicos e empresas estatais, bem como concessões de benefícios a particulares em troca de apoio financeiro. Isso com a finalidade de subornar os votos dentro do Congresso Nacional e criar uma coalizão para apoiar a gestão e pagar dívidas das campanhas eleitorais. Isso fez surgir dúvidas quanto à constitucionalidade das normas editadas nesse período, que padecem de vício de inconstitucionalidade.

O caso a ser citado busca declaração de inconstitucionalidade da Emenda EC 41/03, sob o pretexto de que a compra de votos do Mensalão não é a vontade do povo. Assim, houve demandas de ADIs que pediam a inconstitucionalidade de tais normas no período supracitados.

O caso trata da contribuição previdenciária dos servidores inativos que foi instituída na emenda 41/03. A alegação é que esta foi aprovada eivada de vícios.

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 41/2003. REFORMA DA PREVIDÊNCIA. VÍCIO POR QUEBRA DE DECORO PARLAMENTAR. PRINCÍPIO CONSTITUCIONALIDADE DA MORALIDADE. NÚMERO DE VOTOS TIDOS COMO ILEGÍTIMOS: INSUFICIÊNCIA PARA COMPROMETER A APROVAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL. RESPEITO AO QUÓRUM CONSTITUCIONAL EXIGIDO. ACÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE. 1. O partido político com representação no Congresso Nacional é parte legítima ativa para o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade. Precedentes. 2. As emendas constitucionais são passíveis de controle abstrato de constitucionalidade. Precedentes. 3. O vício que corrompe a vontade do parlamentar ofende o devido processo legislativo contrariando o princípio democrático e a moralidade administrativa. 4. Quebra do decoro parlamentar pela conduta ilegítima de malversação do uso da prerrogativa do voto pelo parlamentar configura crise de representação. 5. No caso, o número alegado de “votos comprados” não se comprova suficiente para comprometer o resultado das votações ocorridas na aprovação da emenda constitucional n. 41//2003. Respeitado o rígido quórum exigido pela Constituição da República. Precedentes. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (STF - ADI: 4889 DF 9985783-67.2012.1.00.0000, Relator: CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 11/11/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 25/11/2020).

Todavia, a declaração de inconstitucionalidade formal de emenda é de competência do STF e foi julgada como improcedente. Há de se afirmar que houve o reconhecimento da compra de votos e que isso não representa o povo, mas que a quantidade de votos comprados, nessa situação específica, foi considerada insuficiente para comprometer o resultado da votação. Pode-se perceber, portanto, que o caso em questão foi a sociedade civil pedindo para reavaliar uma situação de confiabilidade nos parlamentares e que o Judiciário fez o seu papel de salvaguardar o interesse da população.

Com o intuito de maior participação popular, não somente pelo voto, na política, existem alguns instrumentos como audiências públicas, plebiscitos e referendos, consultas populares, cotas de negros, mulheres, deficientes, indígenas e outros. Contudo, nada disso é eficaz, porque considerável parte do povo não compreende o Direito e a Política. Desconhecendo seus direitos e a sua Constituição, o resultado é a falta da sua participação.

Vive-se no Brasil um corpo político formado por uma elite minoritária, não pelo homem comum, apático, sem conhecimento jurídico. Isso gera uma crise de identidade nacional, afetando diretamente o processo legiferante. Como um povo que não sabe o que quer, nem como fazer, vai interferir no que a alta sociedade sabe fazer a favor dela mesma? Com isso em mente, é evidente que um povo que não consegue definir suas necessidades não tem capacidade ou possibilidade de interferir nesse meio político.

De certa forma é até compreensível que o Estado e o processo legislativo sejam falhos em garantir a plena inclusão popular, considerando o pequeno período de experiência democrática no Brasil, não dando tempo suficiente de se instaurar uma cultura de participação de dever cívico em meio a um país completamente desigual.

CONCLUSÃO

A tripartição dos poderes, portanto, é instituída e garantida pela Constituição Federal Brasileira de 1988. Com isso em mente, é possível de se entender a importância da observância do princípio. Isto é, faz-se necessário que os determinados poderes atuem dentro dos limites das suas funções, sejam elas típicas ou atípicas, a fim de evitar qualquer possibilidade de abuso de poder. Outrossim, é preciso que os parlamentares eleitos se atenham às vontades populares, ou seja, as ideias que lhes fizeram serem eleitos. Dessa maneira, garantirão a criação e edição de leis de acordo com a sociedade e com mais aplicabilidade social.

Contudo, fazer o processo legislativo funcionar da devida maneira não é tarefa fácil e depende principalmente da cultura organizacional, que ao invés de perpetuar menor esforço e máximo proveito pessoal, promova gestão em longo prazo, impessoalidade e comprometimento com o ser público. Isso com o objetivo de garantir, por exemplo, o não abuso de poder por parte do Presidente da República no cumprimento de suas funções não típicas. Esse precisa ser uma figura que não sucumba às possibilidades de satisfazer desejos privados ou pessoais em detrimento do interesse social.

Nesse viés, tal pessoa só chega ao poder mediante votação e esta que precisa ser melhorada, uma vez que o governante é um reflexo do seu povo. Constatando que o real problema persiste no ato de votar, percebe-se a falha na estrutura e formação da sociedade brasileira, que nunca desenvolveu historicamente o sentido de unicidade e coletividade. Portanto,

a possibilidade de desenvolver isso é através ou do desenvolvimento natural do senso de pertencimento – o que deve levar décadas até a experiência democrática ser perpetuada – ou desenvolvimento artificial, através da educação e da valorização dela.

Todavia, apesar de a possibilidade de o eleitorado votar consciente, mesmo que ele o faça, não é garantia que o indivíduo que irá presidir não será corrompido com o poder que lhe foi fornecido, como propõe Maquiavel. Por conta disso, faz-se necessário uma maneira de garantir que o Presidente atue da devida maneira, isso poderá se dar com sanções do tipo: perda de mandato ou, até mesmo, suspensão de direitos políticos por um determinado período, evitando que esse indivíduo se eleja novamente em um determinado tempo.

Além disso, mais uma vez está relacionada ao voto a tentativa de solução para a dissonância dos parlamentares com a vontade popular. Entretanto, não somente é essa a possível solução, faz-se necessário que parlamentares passem a ser fiscalizados por seus projetos de lei a fim de garantir uma real concordância com quem o elegeu. Não se trata de uma fiscalização judiciária, mas sim popular. É dever do povo observar se o seu parlamentar eleito está cumprindo com os ideais propostos durante a eleição.

Para que isso possa acontecer, faz-se necessário facilitar o acesso dos indivíduos às questões que ocorrem dentro do Congresso Nacional, disponibilizando-se relatórios diretos e transparentes, permitindo que o cidadão comum brasileiro compreenda como tem se dado o processo legislativo. Além disso, a criação de canais de reclamações, denúncias e/ou elogios – feedbacks – para que o poder público possa agir para sanar a situação da melhor forma possível. Dessa maneira, instaurando o devido processo legal e uma investigação transparente e honesta, com o único fito de garantir o processo legislativo real.

Não somente o dever da população está incluído no processo eleitoral, mas também, dever-se-á consultar o povo brasileiro quando existirem projetos de lei de cunho extremamente sociais, a fim de garantir uma melhor conformidade entre normas e povo. Para possibilitar essa realidade, podem se realizar pesquisas públicas anuais de avaliação dos parlamentares e sua compatibilidade com as ideias defendidas durante as eleições e os valores sendo propostos atualmente.

Como já citado, o processo legislativo é falho, e às vezes, por conta da insuficiência do Legislativo, o poder Judiciário se sente compelido a suprir essas lacunas, exercendo um real abuso de poder. Contudo, não devem os magistrados interferir em questões legislativas por um interesse privado de regular aquela matéria. Em vez de tomar decisões que criem leis, devem os tribunais exigir criação de norma relativa a matéria que encontra-se não regulamentada. Com o fito de garantir o dever que o juiz tem de julgar as matérias, os tribunais devem decidir a situação presente e exigir uma solução dos parlamentares. Contudo, essa decisão não vinculará

todo o ordenamento jurídico, até que a nova lei seja criada, valerão as decisões dos tribunais. Uma vez criada a lei requisitada ao Congresso, passará a valer essa nova regulamentação.

A partir disso, pode-se afirmar que no Brasil, hoje, há abuso de poder durante o processo legislativo e há falta de congruência entre aqueles que foram eleitos, as propostas de lei que apresentam e o eleitorado brasileiro. Assim, gerando um sistema de edição e criação de leis deficientes. Por consequência, existe um grande déficit no setor legislativo brasileiro. Setor esse que é de extrema importância para o bom funcionamento do Estado, ou, pelo menos, para o funcionamento de um Estado Democrático de Direito, isto é, um Estado de acordo com as necessidades do povo, seja ele maioria, seja ele minoria.

REFERÊNCIAS

A Constituição e o Supremo. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=809>> Acesso em: 09 de novembro de 2020.

ABREU, Diogo. Medidas Provisórias o Poder quase absoluto. Brasília:

ADI6262 MC. Publicado em: 22 de abril de 2020 Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%206262%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true> Acesso em: 09 de novembro de 2020.

ADI6262. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5817441>> Acesso em: 09 de novembro de 2020.

ADPF 54/DF. Publicado em: 30/04/2013 Disponível em: <

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur229171/false>> Acesso em: 12 de novembro de 2020.

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 10ª Ed. Editora Malheiros, 2000

Câmara dos Deputados, Coordenação e Publicações, 2002.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em: 12 de novembro de 2020.

CUNHA, Dirley. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. Salvador, BA: JusPodivm. 2012

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos Geral da Teoria do Estado. 30ª Edição, Editora Saraiva, 2011.

DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 12 de novembro de 2020.

Diário do Comércio. Supremo barra medidas abusivas de Jair Bolsonaro. Publicado em: 07 de janeiro de 2020. Disponível em: <<https://diariodocomercio.com.br/livre/supremo-barra-medidas-abusivas-de-jair-bolsonaro/>> Acesso em: 09 de novembro de 2020.

HESPANHA, António. A Cultura Jurídica Europeia. ed. Almedina: Coimbra, 2012.

KIERECZ, Marlon. A crise da democracia representativa no Brasil. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito UFRGS, Porto Alegre, Volume XI, Numero 2, P.260-285, 2016. Disponível em:

<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Cad-PPGD-UFRGS_v.11_n.2.14.pdf> Acesso em 22 de novembro de 2020

Medida Provisória nº 904, de 2019 (Extinção do DPVAT e do DPEM). Disponível em:

<<https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/139756>> Acesso em: 09 de novembro de 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. GONET, Paulo. Curso de Direito Constitucional - Série IDP - 15ª Ed. 2020. Editora Saraiva. Edição do Kindle.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 13ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2018.

Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <

https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=aborto&sort=_score&sortBy=desc> Acesso em: 12 de novembro de 2020.

Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/302036362/apelacao-apl-10477633020148260053-sp-1047763-3020148260053>> Acesso em 30 de outubro de 2020.

SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24ª ed. São Paulo, SP: Malheiros Editores. 2005

STRECK, Lênio Luís; MORAIS, José Luís. Ciência Política e Teoria do Estado. 8ª Edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2014.

VALENTE, Jonas. Bolsonaro sanciona, com vetos, lei sobre proteção de dados. Publicado em: 10 de junho de 2019 Disponível em: <

<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-07/bolsonaro-sanciona-com-vetos-lei-sobre-protecao-de-dados> > Acesso em: 29 de outubro de 2020.

VIEIRA, Oscar. A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VIEIRA, Oscar. Supremocracia. Revista Direito GV, São Paulo 4(2), p. 441-464, jul.-dez. 2008.