

A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro*

Judicialization of politics: theories, conditions and the Brazilian case

*Rodrigo Brandão***

RESUMO

Este artigo se destina a analisar as teorias e condições para a judicialização da política, com a finalidade de se compreender adequadamente a expansão do Supremo Tribunal Federal (STF).

PALAVRAS-CHAVE

Constitucionalismo — judicialização da política — Supremo Tribunal Federal

ABSTRACT

This paper aims to analyze the theories and conditions of the judicialization of politics, in order to understand the expansion of the Brazilian Supreme Court.

* Artigo recebido em 25 de fevereiro de 2013 e aprovado em 28 de março de 2013.

** Professor adjunto de direito constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor e mestre em direito público pela UERJ. Procurador do município do Rio de Janeiro. Professor coordenador da disciplina “Ordem Constitucional Econômica” na Pós-Graduação de Direito do Estado e Regulação da FGV Direito Rio. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: rbrandao2@globomail.com.

KEY-WORDS

Constitutionalism — judicialization of politics — Brazilian Supreme Court

Parte I

1. Introdução

Vivemos uma era de *expansão global do Poder Judiciário*.¹ Se durante o século XIX a *judicial review of legislation* era uma peculiaridade norte-americana, no limiar do século XXI nada menos que 158 países contam com a previsão formal de algum instrumento de jurisdição constitucional.² Em regimes jurídicos romano-germânicos ou de *common law*,³ e mesmo em países que constituíam clássicos exemplos de supremacia parlamentar, como Inglaterra, Nova Zelândia, Canadá e Israel, vêm proliferando mecanismos de controle de constitucionalidade.⁴ Além disto, houve notável avanço na tutela internacional dos direitos humanos, com o advento de tratados internacionais⁵ e de “Cortes Internacionais”.⁶

Este processo se desenvolveu por ondas: a primeira ocorreu após a fundação dos Estados Unidos, com a afirmação da doutrina da *judicial review of*

¹ A expressão se tornou célebre com o seminal estudo de TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. *The global expansion of judicial power*. Nova York: New York University Press, 1995.

² GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford handbook of law and politics*. Nova York: Oxford University Press, 2008. p. 81.

³ CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. *Alceu*, v. 5, n. 9, p. 105, jul./dez. 2004.

⁴ GARDBAUM, Stephen. The new commonwealth model of constitutionalism. *American Journal of Constitutional Law*, v. 49. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=302401>>. Acesso em: 20 dez. 2010.

⁵ Convém destacar a Carta das Nações Unidas (1945), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos (1966), e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos (1953) e a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica (1978). V. PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

⁶ Por exemplo: Corte Internacional de Justiça, Tribunal Penal Internacional, Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Corte Interamericana de Direitos Humanos. O Tribunal de Nuremberg, por sua vez, consiste num marco fundamental de duas premissas básicas da internacionalização dos direitos humanos: a limitação da soberania nacional e o reconhecimento de que o indivíduo tem direitos protegidos no âmbito internacional. *Ibid.*, p. 129.

legislation no caso *Marbury v. Madison*⁷ (1803); a segunda se deu no segundo pós-guerra, com a redemocratização de países recém-saídos de regimes fascistas na Europa (p. ex.: Alemanha e Itália) e com o processo de independência de antigas colônias (i.e., Índia e países africanos); a terceira se formou nas duas últimas décadas do século XX, em virtude da transição de ditaduras militares para a democracia (América Latina) e de regimes comunistas para democracias constitucionais de livre-mercado (Leste Europeu), além da incorporação de tratados internacionais ao direito interno (incorporação da Convenção Europeia de Direitos Humanos pela Dinamarca e pela Suécia).⁸⁻⁹

Contudo, o fenômeno da “expansão global do Poder Judiciário” tem se traduzido não apenas na *globalização da jurisdição constitucional*, mas, sobretudo, na *judicialização da política*, assim compreendido o *processo pelo qual as Cortes e os juízes passam a dominar progressivamente a produção de políticas públicas e de normas que antes vinham sendo decididas (ou, como é amplamente aceito, que devem ser decididas) por outros departamentos estatais, especialmente o Legislativo e o Executivo*.¹⁰⁻¹¹

Cuida-se, portanto, de processo de transferência do poder de tomar decisões sobre questões de alta conotação política dos detentores de mandatos eletivos (legisladores e chefes do Executivo) para juízes. As dimensões básicas do fenômeno são assim sistematizadas por Ran Hirschl:¹² (i) *transferência de prerrogativas tradicionais dos Poderes Legislativo e Executivo ao Judiciário* (p. ex., *relações internacionais, política fiscal e segurança nacional*), (ii) *corroboração judicial de mudanças de regime*, (iii) *a fiscalização do processo democrático*, (iv) *justiça*

⁷ Como se sabe, neste célebre caso a Suprema Corte dos EUA afirmou que a possibilidade de o Judiciário declarar inconstitucional uma lei, apesar do silêncio da Constituição norte-americana, seria uma consequência natural da supremacia da Constituição sobre as leis, do estado de direito e da natureza legal da Constituição. Ver ACKERMAN, Bruce. *The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall and the rise of presidential democracy*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2005.

⁸ Ginsburg, The global spread of constitutional review, op. cit., p. 82-88.

⁹ HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007. p. 7/8.

¹⁰ TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial power. In: Tate e Vallinder, *The global expansion of judicial power*, op. cit., p. 28. A outra vertente da “judicialização da política” se refere à incorporação de procedimentos e de modos de decidir tipicamente jurídicos por fóruns de decisão não judiciais. Todavia, dados os objetivos do presente artigo, iremos nos ater à primeira vertente.

¹¹ Feitos estes esclarecimentos, serão usadas, de forma intercambiável, as expressões “expansão do Judiciário” e “judicialização da política.”

¹² HIRSCHL, Ran. The judicialization of politics. In: Whittington, Kelemen e Caldeira, *The Oxford handbook of law and politics*, op. cit., p. 124-129. Os casos a seguir citados foram extraídos do mencionado artigo e dos seguintes livros: Hirschl, *Towards juristocracy*, op. cit.; GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies: constitutional courts in Asian cases*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

restaurativa, (v) questões que são a verdadeira razão de ser da política, notadamente a solução de conflitos étnicos, linguísticos e religiosos em sociedades profundamente divididas.

Dentre exemplos relevantes da primeira hipótese (*transferência de prerrogativas tradicionais dos Poderes Legislativo e Executivo ao Judiciário*), citem-se os seguintes: a Suprema Corte russa aceitou apreciar a constitucionalidade de decreto presidencial que determinara a intervenção militar na Chechênia (1995); a Suprema Corte israelense se julgou competente para apreciar a validade da construção de um muro entre os territórios israelense e palestino — Israeli West Bank barrier, 2004 —; a Suprema Corte argentina se considerou competente para apreciar o chamado *corralito* (que foi julgado constitucional), por via do qual foi promovida a total convergência da economia argentina em pesos (2004).¹³

A segunda seara se refere à (ii) *corroboração judicial de mudanças de regime*: (a) o exemplo mais emblemático foi a “certificação” do projeto de Constituição elaborado pela Assembleia Nacional Constituinte por parte da Suprema Corte da África do Sul, no qual pela primeira vez uma Corte Constitucional rejeitou um projeto de Constituição elaborado por uma assembleia constituinte; (b) a Suprema Corte da Coreia do Sul reinstituiu, pela primeira vez na história, um presidente que havia sofrido um *impeachment* pelo Parlamento; (c) a Corte de Apelação de Fiji, também de forma inédita, restabeleceu Constituição derrubada por golpe de Estado.

Uma terceira área é (iii) *a fiscalização do processo democrático*: o Judiciário tem fiscalizado não apenas a lisura do processo eleitoral, como também tem decidido questões relativas a financiamento partidário, propaganda eleitoral, definição dos distritos eleitorais, aprovação de candidaturas e, sobretudo, estabelecido o resultado final de eleições (Romano Prodi, Itália em 2006; Felipe Calderon, México em 2006; George W. Bush, EUA em 2004).

Há também forte judicialização em questões ligadas à (iv) *justiça restaurativa*: (a) a Suprema Corte da África do Sul julgou constitucional a anistia para os que confessassem crimes cometidos durante o *apartheid* — Azapo Case, 1996 —; (b) as Cortes Constitucionais das ex-repúblicas soviéticas têm julgado

¹³ Convém mencionar também os seguintes casos: a Suprema Corte canadense se julgou competente para apreciar a validade da realização de testes de mísseis norte-americanos em solo canadense, assim como qualquer questão política ou internacional que viole a Constituição — Operation Dismantle, 1985 —; a Suprema Corte húngara invalidou parte significativa de pacote econômico que promovia sensíveis cortes em benefícios assistenciais e previdenciários, com base nos princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica — Brokos Cases, 1995.

antigos oficiais do regime comunista por violações aos direitos humanos; (c) os órgãos judiciais de cúpula na Austrália, no Canadá e na Nova Zelândia têm exercido funções destacadas na questão dos direitos das populações nativas.

Por fim, destaque-se a judicialização de (v) *questões que são a verdadeira razão de ser da política, notadamente a solução de conflitos étnicos, linguísticos e religiosos em sociedades profundamente divididas*. Cite-se (a) a atuação da Suprema Corte israelense na determinação dos imigrantes que devem ser considerados judeus (para que assim possam gozar dos respectivos benefícios estatais) e sua tentativa de harmonizar valores seculares e religiosos em um Estado que é formalmente qualificado como *democrático e judaico*; (b) a determinação pelo Tribunal Constitucional Federal alemão do *status* da Alemanha unificada *vis-à-vis* a ordem supraconstitucional europeia — Maastricht Case, 1993 —; (c) a atuação da Suprema Corte canadense na definição da posição de Quebec na federação canadense, inclusive sua participação no referendo de 1995 acerca da saída de Quebec da federação, em hipótese peculiar de judicialização de decisão sobre eventual dissolução de Federação.

A situação não é distinta no Brasil. O Supremo Tribunal Federal tem decidido, como nunca, *questões políticas importantes*. Citem-se as decisões do STF acerca do controle judicial do processo de *impeachment* do presidente da República,¹⁴ da constitucionalidade de emendas constitucionais¹⁵ e o julgamento de ação penal em face de relevantes atores políticos (“mensalão”).¹⁶ Quanto à *fiscalização do processo democrático*, merecem destaque os debates sobre a constitucionalidade de reforma constitucional que previu a reeleição para o cargo de chefe do Executivo,¹⁷ as consequências da troca voluntária de partido por parlamentar (infidelidade partidária),¹⁸ a obrigatoriedade de compatibilidade entre as coligações partidárias nos pleitos federal e estaduais (verticalização),¹⁹ e a (in)constitucionalidade da chamada “cláusula de barreira”.²⁰ Sobre *questões moralmente complexas*, cite-se o exame da constitucionalidade da pesquisa com células-tronco embrionárias,²¹ da tipicidade penal do aborto de fetos anencéfalos etc.²²

¹⁴ STF, MS 21.564, MS 21.689-1, DJ, 27-8-1993.

¹⁵ STF, ADI 939, RTJ, 151, p. 755/841.

¹⁶ STF, Ação Penal nº 470.

¹⁷ STF, ADI 1.805 (EC n. 16/1997), DJ, 14-11-2003.

¹⁸ STF, MS 26.602, DJ, 17-10-2008.

¹⁹ STF, ADI 2.628, DJ, 5-3-2004.

²⁰ STF, ADI 1.351-3, DJ, 30-3-2007.

²¹ STF, ADI 3.510, DJ, 27-5-2010.

²² STF, ADPF 54 (pendente de julgamento).

Portanto, a constatação de Alexis de Tocqueville em relação aos Estados Unidos nas décadas de 1820 e 1830, no sentido de que dificilmente havia uma controvérsia moral e política que também não se tornasse uma controvérsia judicial,²³ parece se aplicar atualmente a uma quantidade considerável de países,²⁴ inclusive e notadamente ao Brasil.

O objetivo básico deste estudo é a análise das teorias e condições para a expansão do Judiciário, para que se possa compreender adequadamente o fenômeno em curso no Brasil. A hipótese fundamental do artigo consiste na insuficiência da explicação dada pelo conhecimento jurídico convencional ao fenômeno da judicialização da política. Com efeito, a vinculação da expansão do Judiciário a condições institucionais,²⁵ tais como o fortalecimento do Poder Judiciário e de instrumentos de controle dos atos do poder público, e a previsão constitucional de direitos fundamentais,²⁶ esclarece elementos importantes para a compreensão do fenômeno, mas que não são suficientes para tal fim, seja por descurem de outras condições institucionais relevantes (características do controle de constitucionalidade: p. ex., amplitude do objeto e da eficácia das suas decisões, extensão e dificuldade do processo de emenda à Constituição etc.), seja por não considerarem as condições políticas.

A ciência política contemporânea,²⁷ por sua vez, apresenta condições políticas fundamentais para a expansão do Judiciário, tais como a estabilização da democracia, o grau de difusão do poder político, o sistema de governo, a forma de Estado, o nível de confiança pública nas instituições etc. Todavia, tais

²³ TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. 2. ed. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 1977.

²⁴ Hirschl, *Towards juristocracy*, op. cit., p. 1.

²⁵ Assim denominadas por estarem vinculadas a características do sistema jurídico-constitucional de determinado país.

²⁶ Estas condições institucionais são bem expostas por NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira. A Constituição de 1988 e a judicialização da política no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, v. 45, n. 178, p. 157-179, abr./jun. 2008. Especialmente os itens 2.2, 2.3 e 2.4.

²⁷ Na ciência política brasileira convém destacar os seguintes estudos: CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia Política*, n. 23, 2004; CASTRO, Marcos Faro. *O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política*. Disponível em: <www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09>. Acesso em: 30 jan. 2013; MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, n. 67, 2002; MELO, Marcus André. Hiperconstitucionalização e qualidade da democracia. In: MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcântara (Org.). *Democracia brasileira: balanço e perspectivas para o século 21*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007; OLIVEIRA, Vanessa Elias. Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política? *Dados*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, p. 559-587, jul./set. 2005; VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo Social — Revista de Sociologia da USP*, v. 19, n. 2; VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro. Renan: 1999.

elementos também não são suficientes para a compreensão plena da expansão do Judiciário, na medida em que é essencial que se examinem também as características do sistema político-constitucional, tais como o perfil do catálogo de direitos fundamentais e do modelo de controle de constitucionalidade, o rol de competências da Suprema Corte e a relação entre extensão do texto constitucional e o grau de dificuldade da sua reforma (as referidas condições institucionais).

Assim, busca-se desenvolver uma abordagem interdisciplinar que esclareça as condições políticas e institucionais para a expansão do Judiciário, com vistas a aplicá-las ao cenário brasileiro, a fim de se entender melhor a crescente relevância política do Judiciário brasileiro, e, em particular, do STF. O propósito do estudo é, portanto, descritivo, não se imiscuindo na questão prescritiva acerca das virtudes ou vicissitudes do fenômeno.

2. Teorias sobre a expansão do Judiciário

As tentativas de elaboração de teorias explicativas da “expansão global do Poder Judiciário” apresentam enormes dificuldades, destacando-se as diferentes culturas jurídicas e o fato de os processos de reconstitucionalização terem ocorrido em cenários distintos.²⁸

De qualquer sorte, não se pretende aderir a uma única teoria explicativa da “expansão global do Poder Judiciário”, não só pela dificuldade de se identificar aquela que se adapte a diferentes experiências concretas de expansão do Judiciário, mas sobretudo por concordarmos com Tom Ginsburg no sentido de que tais teorias são “raramente exclusivas”. Com efeito, cada uma destas teorias traz fatores que, embora impulsionem a expansão do Poder Judiciário, podem conviver em um mesmo sistema constitucional com elementos que tenham igual efeito, presentes em outra teoria.²⁹

Assim, nas seguintes linhas serão expostas, de forma simplificada, as principais teorias acerca do fenômeno e, em seguida, será proposta uma

²⁸ Conferir o item anterior.

²⁹ Ginsburg, *The global spread of constitutional review*, op. cit., p. 88. Por exemplo, as duas explicações-padrão vinculam a expansão do Judiciário à ampliação da “consciência de direitos” e à previsão de mecanismos institucionais de divisão do poder nos planos horizontal (separação dos poderes) e vertical (federalismo). Ora, os casos dos Estados Unidos, da Alemanha e do Brasil apresentam ambas as características.

sistematização das principais condições que estimulam a expansão do Poder Judiciário, para que, no próximo item, o sistema brasileiro seja analisado à luz dos respectivos critérios.

Pois bem. A propósito das razões que suscitaram a expansão do Poder Judiciário, tradicionalmente se digladiam as teorias conceitualistas e funcionalistas.³⁰ Exemplo das primeiras é a noção de que a expansão do Judiciário é uma decorrência da positivação de direitos fundamentais no bojo das Constituições nacionais e dos tratados internacionais a partir da Segunda Guerra Mundial, e, sobretudo, do surgimento de uma “cultura de direitos”.³¹

A maior prova desta “revolução dos direitos” seria conceber a democracia não mais como sinônimo de “regra da maioria” — a qual, como constatado nas experiências traumáticas dos regimes autoritários que grassaram na primeira metade do século passado, pode degenerar-se em tirania da maioria —, mas como “democracia constitucional”, que pressupõe o respeito aos direitos das minorias.³² Os juízes, insulados do processo majoritário pelas garantias da magistratura, seriam os “guardiões”, por excelência, da Constituição.

Uma variação importante dentro do espectro das teorias conceitualistas vislumbra a judicialização como uma importante medida de limitação do poder em um Estado amplo. Ela parte do pressuposto de que, com a crise do estado do bem-estar social que se iniciou no final da década de 1970, há uma drástica queda na confiança nos governos tecnocráticos e na direção da economia pelo Estado, surgindo crescente preocupação em limitar as discricionariedades legislativa e administrativa. Todavia, não se quer que o Estado se demita do exercício de funções chamadas para si a partir do advento do constitucionalismo social, como a prestação dos serviços de saúde, educação, previdência e assistência social etc.

Assim, a melhor medida para a garantia de um Estado amplo, mas, ao mesmo tempo, respeitoso aos direitos individuais e à democracia, ou, em

³⁰ Além delas, há os modelos econômico-institucionais, que consideram o desenvolvimento da constitucionalização e do Poder Judiciário como mecanismos aptos a mitigar problemas de ação coletiva, especialmente para a viabilidade de políticos firmarem “compromissos críveis” em face de investidores de capital. Com efeito, duas condições críticas para o desenvolvimento econômico seriam leis estáveis reguladoras do mercado e um sistema jurídico que proteja a propriedade privada. A “constitucionalização” e a “judicialização” são vistas, portanto, como instrumentos de proteção da propriedade privada, da estabilidade das relações jurídicas e da obrigatoriedade dos contratos, fornecendo a segurança necessária para serem estimulados os investimentos financeiros no respectivo país.

³¹ Cf. EPP, Charles. *The rights revolution*. Chicago: Chicago University Press, 1998.

³² DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

outras palavras, a solução da tensão entre *demandas pró-governo e antigoverno*³³ se dá com a difusão do poder e dos instrumentos de fiscalização recíproca (dentre os quais se destaca o controle de constitucionalidade), permitindo diversas vias de acesso a grupos de interesse minoritários marginalizados no processo político.³⁴

Já as teorias funcionalistas afirmam que a “judicialização” decorre de uma questão estrutural do sistema jurídico, como a existência dos múltiplos pontos de veto (*veto points*) em um sistema político fortemente descentralizado. Assim, o federalismo e mecanismos rígidos de separação de poderes (como o presidencialismo) fomentam a expansão do Judiciário, tendo em vista que este “Poder” terá de agir como terceiro imparcial na resolução de conflitos entre os demais “Poderes” ou entre os Estados-membros e a União.³⁵ Nos países em que foram concebidas agências reguladoras semiautônomas no âmbito de processo de descentralização da administração pública, além de o juiz ser frequentemente chamado a resolver problemas de coordenação entre elas, um Judiciário ativo seria necessário para conter as tendências expansivas das agências reguladoras em face dos direitos individuais e das competências de outros órgãos estatais.³⁶

Para além desta dicotomia tradicional entre conceitualistas e funcionalistas, novas teorias têm surgido mediante a exploração de um intrigante paradoxo: tendo em vista que o Judiciário depende dos outros “poderes” para o cumprimento das suas decisões e para que sua interpretação da Constituição se mantenha no futuro (pois, como já dizia Hamilton, ele não tem a espada nem a chave do cofre), a sua expansão só é possível se contar com a aceitação, expressa ou tácita, dos demais “Poderes”. Todavia qual seria o interesse dos grupos políticos que ocupam o Legislativo e o Executivo em tolerar um fenômeno que, ao menos aparentemente, reduz seu poder político?³⁷

³³ KAGAN, Robert. American courts and the policy dialogue: the role of adversarial legalism. In: MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb (Ed.). *Making policy, making law: an interbranch perspective*. Washington, DC: Georgetown University Press, 2004. p. 33.

³⁴ SHAPIRO, Martin. The success of judicial review. In: KENNEY, Sally J.; REISINGER, William M.; REITZ, John C. (Ed.). *Constitutional dialogues in comparative perspective*. Nova York: St. Martin Press, 1999. p. 193-220.

³⁵ ACKERMAN, Bruce. *The rise of world constitutionalism*. Connecticut: Yale Law School Occasional Papers, Second Series, n. 3, 1997.

³⁶ SHAPIRO, Martin; STONE SWEET, Alec. *On law, politics and judicialization*. Nova York: Oxford University Press, 2002.

³⁷ Ginsburg, *Judicial review in new democracies*, op. cit., p. 23; Hirschl, *Towards juristocracy*, op. cit., p. 211-212.

O foco, portanto, não mais se coloca em uma cultura de direitos ou em um arranjo institucional caracterizado pela forte divisão do poder, mas na atuação estratégica de grupos politicamente relevantes (daí tais concepções poderem ser agrupadas sob o rótulo de “teorias estratégicas”). Enfim, desloca-se a atenção da ideologia e da estrutura do sistema político para os interesses de grupos políticos e para os conflitos sociais, econômicos e políticos concretamente existentes em uma comunidade estatal.³⁸

Importantíssima concepção que segue esta esteira é a compreensão da expansão do poder das Cortes como uma espécie de **seguro político**, da lavra de Tom Ginsburg, segundo a qual os grupos políticos, assim como os investidores financeiros, possuiriam uma “aversão ao risco” (naturalmente, os primeiros, de derrota eleitoral, e os segundos, de prejuízos financeiros). Ginsburg considera existir uma relação de direta proporcionalidade entre incerteza eleitoral e expansão do Poder Judiciário, de maneira que, quanto maior for o temor dos grupos políticos relevantes de perderem as eleições, maior será seu incentivo à constitucionalização e à judicialização. Isto porque as Constituições impõem limites materiais ao processo majoritário — cuja efetividade será zelada pelo Judiciário —, evitando que o jogo político seja do tipo em que “o vencedor leva tudo”. Desta forma, a constitucionalização serve como um escudo de proteção aos perdedores no processo político, uma espécie de seguro contra os riscos de uma derrota eleitoral, pois tende a garantir-lhes que as regras básicas do processo democrático e um núcleo mínimo de sua “proposta política” não serão alterados em favor do grupo majoritário, já que tais regras estarão “entrincheiradas na Constituição”.³⁹

Assim, o fator fundamental para a expansão do Judiciário é a “incerteza política futura”, de modo que, em sistemas políticos nos quais haja um partido dominante que concentre boa parte do poder político, a tendência é que se privilegie a flexibilidade constitucional e a restrição à *judicial review*. Caso, ao contrário, prevaleça em um determinado Estado um sistema em que vários grupos competem pela vitória eleitoral, apresentando significativo grau de difusão do poder, a tendência é a opção por um nível maior de rigidez constitucional e a ampliação da *judicial review*.

Daí se vê que há uma propensão natural a que o Judiciário e a democracia avancem juntos. Explica-se: se a alternância dos grupos políticos no poder e a incerteza eleitoral são características básicas das democracias bem ordenadas e também

³⁸ Hirschl, *Towards juristocracy*, p. 38.

³⁹ Ginsburg, *Judicial review in new democracies*, op. cit., p. 21-34.

da expansão do Judiciário, pode-se dizer que uma das causas principais para a ampliação dos poderes dos juízes é a expansão — também global — da democracia.⁴⁰

Efetivamente, a incerteza eleitoral consiste em relevante fator de expansão do Judiciário. No âmbito específico dos processos de reconstitucionalização de países recém-saídos de regimes autoritários, podem ser comparados os casos, por um lado, da Espanha e de Portugal, que no período de transição apresentavam forte difusão de grupos políticos, e, por outro, o da Grécia, que teve uma transição para a democracia dominada por um único partido (Nova Democracia, liderado por Constantine Karamanlis). Embora os três países tivessem a mesma tradição do direito romano-germânico e as transições tenham sido muito próximas, Espanha e Portugal adotaram um modelo forte de controle de constitucionalidade, enquanto a Grécia foi um dos poucos países europeus que não adotou qualquer instrumento desta natureza.⁴¹

A bem da verdade, atualmente há um grande consenso doutrinário acerca da vinculação entre a expansão da democracia e a ampliação do controle de constitucionalidade, ainda que as virtudes e os vícios do fenômeno comportem interpretações distintas. Enfocando a questão de forma crítica, Ran Hirschl, após a análise de um grande número de decisões constitucionais dos órgãos de cúpula dos sistemas judiciários israelense, neozelandês, canadense e sul-africano, formulou a sua controvertida teoria da expansão do Judiciário como reflexo de uma atuação concertada entre elites políticas, econômicas e judiciais que, embora se mantenham hegemônicas, encontram-se ameaçadas.

Hirschl assevera que, diante da recente representação política de grupos historicamente discriminados, em virtude da universalização do sufrágio, dos serviços educacionais, da difusão da informação etc., a deliberação majoritária no Parlamento não mais representa uma garantia de tranquila vitória às elites. Assim, seria promovida uma mudança à la Lampedusa: altera-se radicalmente o desenho institucional, substituindo-se a supremacia parlamentar pela supremacia judicial, para que tudo continue exatamente igual ao que era antes, notadamente no que se refere ao uso do poder político como instrumento de preservação do *status quo*. Este seria o objetivo da constitucionalização: a retirada de princípios caros às elites do processo majoritário — já que as elites não mais dominam o Parlamento —, com o escopo de usar a retórica da legalidade e da imparcialidade presentes no processo judicial, e, sobretudo, o

⁴⁰ Idem, *The global spread of constitutional review*, op. cit., p. 91.

⁴¹ Hirschl, *Towards juristocracy*, op. cit., p. 39-40.

acesso especial das elites ao Judiciário, para a imunização daqueles princípios em face de mudanças desejadas pela maioria enfim democraticamente representada.

Com efeito, Hirschl descreve da seguinte maneira a alvitrada interação entre as elites políticas, econômicas e judiciais:

Especificamente, eu sugiro que o aumento do poder das Cortes através da constitucionalização é mais bem entendido como um produto da interação estratégica entre três grupos-chave: **elites políticas ameaçadas**, que tentam preservar ou aumentar sua hegemonia por meio do insulamento do poder de elaborar políticas públicas em geral, e, em particular, do insulamento das suas preferências políticas, das vicissitudes do processo democrático, enquanto elas professam seu apoio à democracia; **elites econômicas**, que consideram a constitucionalização de direitos, especialmente da propriedade e demais liberdades econômicas, como mecanismos que estabelecem limites à ação governamental e uma agenda favorável ao mercado e aos negócios; **elites judiciais e Supremas Cortes**, que buscam aumentar sua influência política e reputação internacional.⁴²

Um dos exemplos usados por Hirschl para ilustrar sua tese é a volúvel opinião da minoria branca integrante do Partido Nacional da África do Sul sobre o controle de constitucionalidade. Enquanto prevaleceu o *apartheid*, e, por óbvio, a minoria branca pôde confiar no processo majoritário, o regime era o da supremacia do Parlamento, tendo o Judiciário contribuído muito pouco para a redução das iniquidades do regime. Note-se que, em 1958, foi aprovada emenda constitucional que vedou expressamente o controle de constitucionalidade, além de o presidente Paul Kruger ter afirmado que tal mecanismo era *um princípio inventado pelo Diabo*. Quando não mais se mostrou viável manter o *apartheid* mediante a repressão, Hirschl afirma que a minoria branca, repentinamente, se “converteu” à doutrina do constitucionalismo, e passou a sustentar a introdução do controle de constitucionalidade *esperando preservar privilégios*.⁴³

⁴² Ibid., p. 12. (tradução livre)

⁴³ Ibid., p. 91-92.

Ademais, na solução de questões políticas profundamente controvertidas nos países analisados, especialmente a tensão entre valores seculares e religiosos em Israel, inerente à cláusula constitucional que qualifica o país como “um Estado Democrático e Judaico”, a posição de Quebec na Federação canadense, as questões de justiça reparatória em favor da população negra na África do Sul pós-*apartheid* e em relação à população indígena (maoris e aborígenes) na Nova Zelândia e no Canadá respectivamente, os órgãos judiciais se mostraram, a seu ver, fortemente inclinados a decidirem tais conflitos com base nas metanarrativas e nos interesses das elites.⁴⁴

Conforme salientado anteriormente, tais teorias não são exclusivas, antes iluminam elementos distintos que fomentam — para o bem e/ou para o mal — a expansão do Poder Judiciário. Desta forma, um sistema constitucional pode apresentar elementos inerentes a teorias conceitualistas, funcionalistas e estratégicas em diferentes medidas, circunstância que se revela importante para aferir o nível de expansão do Poder Judiciário e, sobretudo, a quem esse fenômeno vem beneficiando: o povo em geral ou elites políticas e econômicas que eventualmente tenham acesso especial ao Judiciário. Portanto, na próxima seção serão sistematizados os fatores que estimulam a judicialização da política, para que, em seguida, seja analisado o sistema brasileiro à luz desses critérios.

3. As condições para a judicialização da política

1. As condições políticas

a) Democracia e pluralismo político

Há significativo consenso doutrinário no sentido de que a principal causa para a expansão do Judiciário é a afirmação da democracia. Há aqui intrigante paradoxo: embora recorrentemente criticado por ser antidemocrático, o controle de constitucionalidade é, sobretudo, um produto da democracia, e tende a expandir-se em compasso com sua ampliação. Desta forma, a relação que se verifica entre democracia e controle de constitucionalidade se pauta

⁴⁴ Ibid., p. 171-172.

pela sinergia, e não pela mútua exclusão. Com efeito, as democracias bem ordenadas fomentam a expansão do Judiciário por diversas razões.

Destaque-se, inicialmente, o fato de as ondas de afirmação do controle de constitucionalidade no século XX terem sido, em regra, antecedidas de processos de democratização dos respectivos países.⁴⁵ Além disso, Ginsburg, após ampla pesquisa empírica, concluiu que a *força do partido dominante na transição de regimes* (assim compreendida a diferença de cadeiras obtidas pelo primeiro e pelo segundo partido na primeira eleição após a reconstitucionalização do país) consiste em elemento fundamental para a ampliação das atribuições do Judiciário no momento de elaboração da nova Constituição. Assim, quanto maior for a *força do partido dominante* — e consequentemente a concentração do poder político — no momento da transição para a democracia, menos amplo tenderá a ser o controle de constitucionalidade, e quanto menor for a *força do partido dominante* — e, portanto, mais dividido estiver o poder na transição —, mais amplo deverá ser o controle de constitucionalidade.⁴⁶

Além dos já referidos processos de reconstitucionalização na Espanha, em Portugal e na Grécia, há diversos outros casos que ilustram a forte influência entre a fragmentação do poder político e a expansão do Poder Judiciário, não apenas no momento de elaboração de uma nova Constituição, mas também ao longo da sua vigência. Por exemplo, a Suprema Corte japonesa adotou linha jurisprudencial severamente autorrestritiva nos 38 anos em que o Partido Liberal Democrático se manteve no poder, o qual inclusive ignorou decisão daquela Corte que declarara inconstitucional lei que estabelecia os distritos eleitorais japoneses.⁴⁷ No México, por sua vez, houve substancial aumento do poder da Suprema Corte em 1994, precisamente no momento em que o Partido Revolucionário Institucional (PRI), que governou o país por décadas a fio, passou a dividir a sua influência política com grupos rivais, os quais tomaram o poder em 2000.⁴⁸

Uma importante teorização sobre a relação entre a fragmentação do poder político e a expansão do Poder Judiciário foi levada a cabo por Tom Ginsburg em sua **teoria do seguro eleitoral**. Conforme antes explicitado, Ginsburg parte

⁴⁵ Ver item 1. Conferir, também, Hirschl, *Towards juristocracy*, op. cit., p. 31-32.

⁴⁶ Ginsburg, *Judicial review in new democracies*, op. cit., p. 60-64.

⁴⁷ Ibid., p. 98. Uma das principais razões para o partido ter se mantido tanto tempo no poder era, exatamente, a falta de atualização da lei de distritos eleitorais, que não acompanhou os fluxos demográficos do campo para as zonas urbanas.

⁴⁸ Hirschl, *Towards juristocracy*, op. cit., p. 42.

da premissa de que a democracia aumenta a incerteza eleitoral, de maneira que grupos políticos temerosos de perder as futuras eleições terão fortes incentivos em estimular a “constitucionalização” para que sejam impostos limites materiais ao poder do grupo vitorioso, evitando que as eleições se tornem um jogo em que o “vencedor leva tudo”.

Enfocando o fenômeno sob a melhor luz, tem-se a garantia de que o Judiciário zelarà (i) pela proteção às regras do jogo eleitoral para evitar tentativas de “virada de mesa” pelo grupo que se encontra no poder, e (ii) pela intangibilidade de um consenso político mínimo, de modo a que todos os grupos (razoáveis) se vejam minimamente reconhecidos no projeto constitucional. Assim, a garantia de lisura das regras eleitorais e da preservação do núcleo básico de sua “proposta política” mesmo no caso de derrota eleitoral, tende a manter os perdedores vinculados ao projeto constitucional, desestimulando soluções extraconstitucionais (*i.e.*, golpes de Estado).⁴⁹

Além disso, em regimes de poder dividido são produzidos dois efeitos importantes: a necessidade de o Judiciário resolver conflitos de coordenação entre entidades semiautônomas (“poderes do Estado”, entes federativos, agências reguladoras etc.) e de dirimir questões políticas nas quais não há consenso na coalização majoritária por serem extremamente divisivas (p. ex., aborto, anistia de crimes ocorridos no regime anterior etc.). Ademais, a fragmentação da coalização governamental dificultará reações políticas à decisão judicial sobre a matéria (*i.e.*, através de norma superadora da decisão), de maneira que as dificuldades de decisão e de reação pelas instâncias majoritárias em questões fortemente controvertidas pavimentam o caminho para a expansão do Judiciário.

Sem embargo, não há garantia de que sejam retiradas do processo deliberativo majoritário apenas as regras básicas do jogo democrático e um consenso político mínimo, antes podendo ser imunizados privilégios, interesses corporativos e visões de mundo particulares ameaçados pela universalização do sufrágio, como sugere Hirschl. A única forma de saber se a “constitucionalização boa” supera a “ruim” é por meio da análise dos resultados concretos de uma determinada experiência constitucional, que, muito provavelmente, contará com ambos os elementos em diferentes medidas. De qualquer sorte, parece inequívoco que a alternância eleitoral e a fragmentação do poder fomentam a expansão da “constitucionalização” e da “judicialização” — seja para o bem, seja para o mal.

⁴⁹ Ginsburg, *Judicial review in new democracies*, op. cit.

b) Federalismo e separação entre os poderes

As teorias funcionalistas sustentam, com propriedade, que a divisão vertical (federalismo) e horizontal (separação dos poderes) do poder político gera maior fracionamento em seu exercício, daí decorrendo frequentes conflitos de atribuições entre entes federativos e Poderes do Estado, que, em regra, se convolam em conflitos constitucionais dirimidos pelo Judiciário (normalmente pelo seu órgão de cúpula).

Bruce Ackerman considera que o *cenário federalista* é, de fato, um dos padrões fundamentais para a afirmação de constitucionalismo. Trata-se inclusive de *caso standard* do surgimento do controle de constitucionalidade a situação em que um grupo de Estados delega um complexo de funções para um embrionário centro, o qual tenta afirmar a tese de que leis contrárias ao “tratado” são inválidas (inconstitucionais). Se a Suprema Corte aceitar essa perspectiva, o tratado começa a convolar-se em Constituição.⁵⁰⁻⁵¹

A separação de poderes, ao também promover o fracionamento do exercício do poder político, pode, assim como o federalismo, gerar problemas de coordenação entre os “Poderes”, que são, em regra, solucionados pelo Poder Judiciário. Como salienta Ackerman, “assim como a criação de poderes independentes no centro e na periferia aumenta a necessidade funcional de um juiz relativamente imparcial coordenar a dinâmica de interação institucional, o mesmo acontece com a criação de um Presidente poderoso e de um Legislativo independente”.⁵²

Com efeito, nos sistemas de governo presidencialistas, quando comparados aos parlamentaristas, há divisão mais pronunciada entre os Poderes Executivo e Legislativo, dentre outros fatores pelo fato de os parlamentares e o chefe do Executivo disporem, via de regra, de mandatos que lhes foram conferidos diretamente pelos cidadãos, de maneira que não dependem uns dos

⁵⁰ Ackerman, *The rise of world constitutionalism*, op. cit., p. 4.

⁵¹ A jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, de *Marbury v. Madison* até a *Lochner* Era, comprova o vínculo estreito entre federalismo e controle de constitucionalidade. De fato, as principais decisões tomadas pelo tribunal em matéria constitucional no período visaram a consolidar o federalismo norte-americano, por exemplo: em *Cohens v. Virginia* (1821), a Suprema Corte decidiu por sua competência para julgar recursos interpostos de decisões de Cortes estaduais em que o Estado fosse parte; em *Fletcher v. Peck* (1810), declarou, pela primeira vez, uma lei estadual inconstitucional; em *McCulloch v. Maryland* (1819), afirmou que o Congresso Nacional dispunha de poderes implícitos, inclusive para conceder isenção tributária para um banco nacional etc. Ginsburg, *Judicial review in new democracies*, op. cit., p. 93.

⁵² Ackerman, *The rise of world constitutionalism*, op. cit., p. 14. (tradução livre)

outros para se manterem no cargo, ainda que seja necessária à governabilidade a construção de coalizões parlamentares. Já no Parlamentarismo, o primeiro-ministro precisa de apoio parlamentar para se manter no cargo, daí decorrendo a tendência à formação de coalizões parlamentares mais estáveis e a maior simbiose entre os Poderes Executivo e Legislativo.

Por outro lado, a estruturação mais ou menos descentralizada da administração pública também é fator relevante para a judicialização de questões políticas. A comparação entre os modelos europeu e norte-americano é bastante ilustrativa: enquanto na Europa o advento do estado social deu azo a burocracias administrativas centralizadas, nos Estados Unidos se optou por uma estrutura administrativa mais descentralizada e fundada em direitos, nos quais os juízes desempenhavam uma função muito mais relevante do que seus colegas europeus na resolução de problemas de coordenação entre as agências reguladoras e na contenção de eventuais atos administrativos arbitrários que prejudicassem direitos individuais. Desta feita, a tradição norte-americana de desconfiança em qualquer concentração de poderes, com a consequente adoção de um arranjo institucional descentralizado e *rights-based*, para que um governo com amplas atribuições não se convolasse em tirano, consistiu em importante fator para o avanço da judicialização naquele país.⁵³⁻⁵⁴

Note-se, por fim, que os “conflitos de coordenação” que costumam ser deslindados pelo Judiciário se referem não apenas a “conflitos positivos”, em que dois ou mais entes públicos se julgam competentes para a prática de um ato, mas também a “conflitos negativos”, em que entes se atribuem reciprocamente a competência para a prática de um ato. Hipótese frequente da última situação ocorre com a negativa de instituições politicamente legitimadas se pronunciarem sobre temas altamente controvertidos na sociedade, diante do temor de que qualquer posição assumida lhes cause sérios danos eleitorais.⁵⁵ Com efeito, questões como aborto, uniões homoafetivas etc., por gerarem profunda polarização na sociedade, desestimulam soluções pelos poderes eleitoralmente legitimados, pois a tomada de qualquer posição desagradará fortemente o “grupo derrotado”, e não necessariamente carreará todos os votos dos membros do grupo vencedor.

⁵³ Kagan, *American courts and the policy dialogue*, op. cit., p. 33.

⁵⁴ Somente com os movimentos de privatização ocorridos a partir da década de 1980, a Europa adotará uma burocracia administrativa mais descentralizada, favorecendo a expansão do Judiciário na seara específica do controle da validade dos atos administrativos. Ver MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. São Paulo: Singular, 2006.

⁵⁵ Tate, *Why the expansion of judicial power*, op. cit., p. 32.

c) Ineficiência e perda de confiança do povo nos políticos e nas instituições majoritárias e fortes esperanças depositadas no Judiciário

As Constituições contemporâneas atribuem ao Estado multifárias atividades, de maneira que, se as instituições majoritárias não conseguem realizá-las de forma efetiva e adequada à luz da visão do povo e dos líderes de grupos de interesse — em virtude, por exemplo, de conflitos na coalizão majoritária acerca de assuntos profundamente conflituosos, trancamento da pauta do Legislativo pela pendência de aprovação de medidas urgentes, ou mesmo pela desconfiança do povo acerca das suas virtudes —, há uma tendência natural dos cidadãos em geral e dos grupos de interesse na mobilização do Judiciário para a realização de sua agenda política.

Conforme salienta, com propriedade, Neal Tate,

quando o público e líderes de grupos de interesse e de organizações sociais importantes consideram que as instituições majoritárias estão imobilizadas, só atendem ao próprio interesse, ou mesmo são corruptas, não é surpreendente que aceitem a transferência de poderes políticos ao Judiciário, que tem reputação de expertise e retidão, possuindo igual ou maior legitimidade que os administradores públicos e os legisladores. Na verdade, tal tendência deve apenas ocorrer quando se reputar que as instituições judiciais têm **maior** respeito e legitimidade do que outros entes governamentais.⁵⁶

II. As condições institucionais

a) Catálogo de direitos

Parece natural que o surgimento de uma cultura política de direitos fundamentais seja facilitado em países cujas Constituições contenham um catálogo de direitos,⁵⁷ sobretudo quando a sua superioridade em face das leis

⁵⁶ Ibid., p. 30-31. (tradução livre)

⁵⁷ VALLINDER, Torbjörn. When the courts go marching in. In: Tate e Vallinder, *The global expansion of judicial power*, op. cit.

for garantida pelo controle de constitucionalidade. Assim, há uma tendência de que, quanto mais amplas forem a Carta de Direitos e as garantias da sua eficácia, maior será a sua judicialização.

Quanto à extensão, a tradicional noção dos direitos fundamentais como direitos dos indivíduos a exigirem abstenções estatais (direitos de defesa) vem sendo consideravelmente alargada com a afirmação dos direitos sociais prestacionais e dos direitos difusos e coletivos, caracterizados, respectivamente, por sua dimensão positiva e por sua titularidade coletiva. Quanto à eficácia, é bem de ver que os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira “geração” têm se afirmado como parâmetros de aferição da constitucionalidade de leis, mesmo quando descritos em normas mais vagas (princípios), assumindo inclusive eficácia bloqueadora em face de emendas constitucionais em determinados países (Alemanha, Portugal, Brasil, Índia etc.).⁵⁸

Todavia, a existência de um catálogo constitucional de direitos fundamentais é condição facilitadora, porém não necessária, para a judicialização da política.⁵⁹ Há exemplos de aplicação significativa de direitos fundamentais pelo Judiciário — inclusive como limite ao processo majoritário — em países cujo catálogo de direitos está contido em uma lei, e não em um documento formalmente constitucional. Israel ilustra bem o exposto: seguidor da tradição britânica da *commom law*, Israel não possui uma Constituição escrita e dogmática; ao revés, 11 “Leis Fundamentais” compõem o núcleo da sua Constituição não escrita e histórica. Em 1992 foram editadas duas novas “Leis Fundamentais”, intituladas “Dignidade Humana e Liberdade” e “Liberdade de Profissão”.

Em 1995, a Suprema Corte israelense produziu a sua versão de *Marbury v. Madison*: refere-se ao caso *United Mizrahi Bank*, no qual o Tribunal pela primeira vez declarou inconstitucional uma lei do Parlamento israelense (*Knesset*), que exonerara assentamentos agrícolas de pagar elevados débitos que possuíam em face dos principais bancos locais, sob o argumento de

⁵⁸ A par destes fatores, passou-se a considerar que os direitos fundamentais se consubstanciam não apenas em direitos subjetivos, mas ostentariam também uma dimensão objetiva: enquanto normas de maior densidade moral da Constituição, verdadeiras reservas de justiça, teriam o potencial de irradiar-se para além da relação jurídica vertical entre indivíduo e Estado para a qual foram originariamente concebidos, aplicando-se às relações travadas entre particulares, e penetrando nos diversos ramos do direito infraconstitucional, notadamente através da atribuição de sentido concreto às cláusulas gerais. Cf. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 133-173.

⁵⁹ Tate, Why the expansion of judicial power, op. cit., p. 28.

violação à propriedade. Depois disto, a Suprema Corte se tornou um agente político fundamental em Israel, decidindo algumas das questões políticas mais importantes do país, como a controvérsia sobre quais imigrantes são considerados judeus (e, assim, podem gozar dos respectivos benefícios governamentais) e o complexo equilíbrio entre os valores seculares e religiosos em um Estado que se autointitula *Democrático e Judaico*.⁶⁰

b) Controle de constitucionalidade e seu perfil

b.1) Acesso e uso das Cortes por grupos de interesse e por partidos de oposição. Atos impugnáveis no controle de constitucionalidade

O acesso à jurisdição constitucional tem variado bastante ao redor do mundo, desde a adoção de mecanismos mais restritivos, como o modelo original do Tribunal Constitucional austríaco (previsto na Constituição de 1920), que limitava o acesso aos governos federal e estaduais — convolvendo-se, basicamente, em instrumento de proteção do federalismo —, até sistemas bastante elásticos, como é o caso do controle abstrato na Hungria, que conferiu legitimidade ao cidadão em geral. De qualquer forma, os modelos principais de legitimação são os seguintes: apenas órgãos governamentais (Áustria 1920 e França até 1974), órgãos governamentais e minorias legislativas (França após 1974, Bulgária e Romênia), órgãos governamentais e qualquer Corte (Taiwan e Polônia até 1997), órgãos governamentais, qualquer Corte e cidadãos (Alemanha), e órgãos governamentais, minorias legislativas e entidades da sociedade civil (Brasil após 1988).⁶¹

Contudo, a questão fundamental é a seguinte: quanto maior for o acesso, maior será a tendência à judicialização da política. Exemplo singular é dado pelo caso francês: enquanto a legitimidade se manteve restrita a órgãos governamentais, a atuação do Conseil Constitutionnel permaneceu vinculada à fiscalização da observância pelo Legislativo e pelo Executivo da divisão do poder normativo estabelecida na Constituição de 1958 entre o domínio da lei

⁶⁰ Hirschl, *Towards juristocracy*, op. cit., p. 22.

⁶¹ Ginsburg, *Judicial review in new democracies*, op. cit., p. 38.

e do regulamento, reduzindo, basicamente, a sua atuação a questões ligadas à separação entre os poderes (sobretudo para evitar invasões do Legislativo no domínio do regulamento). Todavia, após a aprovação da emenda constitucional de 1974, que possibilitou que um grupo de, no mínimo, 60 deputados provocasse o Conseil Constitutionnel, a sua atuação cresceu bastante em volume e importância, inclusive na seara de proteção dos direitos fundamentais.⁶²

Especial atenção, contudo, deve ser conferida à concessão de legitimidade a entidades da sociedade civil e a minorias parlamentares (ou partidos minoritários), visto que tal fator torna o Judiciário uma nova frente de batalha para os derrotados nas arenas políticas, estimulando a contestação em juízo de normas jurídicas ambíguas. Tem-se, assim, um cenário em que o direito é caracterizado pela contínua disputa entre grupos de interesse a respeito da “correta” interpretação de um dispositivo constitucional ou legal, denominado por Robert Kagan *adversarial legalism*.⁶³

Além da legitimidade, outro aspecto fundamental à análise do acesso à Corte se refere aos atos passíveis de impugnação no controle de constitucionalidade, na medida em que, quanto mais amplo for o rol dos respectivos atos, maior o estímulo à judicialização (p. ex., aferição apenas de atos normativos ou também de atos concretos; análise somente de atos primários ou também dos secundários; exame, ou não, de normas anteriores à Constituição; aplicação, ou não, da doutrina da insindicabilidade judicial das questões políticas etc.).⁶⁴

⁶² Ver ROUSSEAU, Dominique. *Droit du contentieux constitutionnel*. 7e éd. Paris: Montchrestien, 2006.

⁶³ Kagan, American courts and the policy dialogue, op. cit., p. 3-13. Conforme salienta Ernani Carvalho, “a judicialização da política é um processo que se alimenta de interesses econômicos e sociais centrais, que por sua vez estruturam o sistema político. De fato, o desenvolvimento e a expansão dos direitos em geral, até mesmo dos direitos políticos, foram mais propriamente obra de pressões e luta das organizações sociais, do que obra de devoção de atores altruístas. Portanto, os grupos de interesse passam a considerar e/ou utilizar a possibilidade de veto dos tribunais para a realização dos seus objetivos”. CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia Política*, n. 23, p. 118, 2004.

⁶⁴ Ver, a propósito, o amplo e denso estudo de direito comparado elaborado por SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 191-203.

b.2) Efeitos da decisão de inconstitucionalidade

Quanto aos *efeitos subjetivos* da declaração de inconstitucionalidade, eles poderão ser gerais (*erga omnes* e vinculantes) ou *inter partes*. Os primeiros implicam a invalidação da lei, de maneira que a decisão produz efeitos não apenas para as partes do processo, mas para todos os destinatários da norma constitucional (efeito *erga omnes*), vinculando, inclusive, os órgãos judiciais e administrativos responsáveis pela aplicação da norma (efeito vinculante). Os efeitos meramente *inter partes*, como o nome sugere, vinculam apenas as partes do processo, não impedindo a aplicação futura da lei reputada inconstitucional pelos órgãos judiciais e administrativos, caso, evidentemente, não forem acompanhados pela doutrina do *stare decisis*.⁶⁵

Trata-se de solução adequada aos poderes políticos que não desejam significativa limitação das suas atividades pela jurisdição constitucional, não sendo por acaso predominantemente utilizada na América Latina ao longo do século XX. Os efeitos *inter partes* só apresentam eficácia significativa em limitar a ação governamental quando ela atinge um grupo pequeno de pessoas, especialmente se dotadas de um patrimônio mínimo, de molde a viabilizar o acesso ao Judiciário (não é raro, portanto, que os casos mais importantes se vinculem à propriedade, tributação, concursos públicos etc.). Todavia, atos governamentais que atinjam grupos difusos de pessoas, ou que tenham como destinatários pessoas com reduzido acesso à justiça, continuarão em boa medida isentos de um efetivo controle de constitucionalidade.⁶⁶

Quanto aos *efeitos objetivos* da decisão, parece evidente que teorias mais ampliativas, as quais afirmam que os precedentes da Corte Suprema vinculam os demais órgãos judiciais não apenas em relação ao seu dispositivo (*i.e.*, invalidação de determinada lei, como ocorre no controle abstrato de constitucionalidade), mas também no que toca aos seus motivos determinantes (*ratio decidendi*), assim compreendida a norma ou a tese jurídica central que se extrai da solução do caso concreto,⁶⁷ consistem em fator de fortalecimento do Judiciário.

⁶⁵ A expressão completa é *stare decisis et non quieta movere*, ou seja, *deixar quieto o que já foi decidido e não alterá-lo*, que consiste em um dos princípios fundamentais dos sistemas jurídicos da *Common Law*, segundo o qual as cortes inferiores estão vinculadas aos precedentes das cortes superiores. Sobre o tema, ver SCHAUER, Frederick. *Precedent*. *Stanford Law Review*, Palo Alto, v. 39, p. 571-605, fev. 1987.

⁶⁶ Ginsburg, *Judicial review in new democracies*, op. cit., p. 42.

⁶⁷ Ver MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 118-120.

Por fim, os *efeitos temporais* também constituem estímulo importante para a judicialização. Com efeito, a adoção da perspectiva norte-americana de que as decisões de inconstitucionalidade têm natureza declaratória e efeitos retroativos (*ex tunc*), de modo a invalidar todos os efeitos produzidos pela norma desde o seu nascedouro, constitui elemento favorável ao fortalecimento do Judiciário. Já a solução kelseniana, no sentido de atribuir à decisão de inconstitucionalidade natureza constitutivo-negativa e efeitos prospectivos (*ex nunc*), na medida em que convalida os efeitos produzidos pela norma até a decisão da Corte, ameniza a influência da decisão judicial em favor das competências parlamentares.⁶⁸

Todavia, mais complexa se afigura a análise dos sistemas jurídicos nos quais se permite que o Judiciário module os efeitos temporais das decisões de inconstitucionalidade, autorizando-o a decidir caso a caso por efeitos retroativos ou prospectivos com base em parâmetros normativos fluidos (como “segurança jurídica” e “interesse social”, critérios eleitos para tal fim pelo art. 27 da Lei nº 9.868/1999). Na hipótese, a *análise do estímulo à judicialização dependerá não apenas da amplitude do efeito invalidatório da decisão judicial de inconstitucionalidade sobre a norma* (se total, como na eficácia *ex tunc*, ou parcial, no caso dos efeitos *ex nunc*), *mas também da natureza da atividade de modulação dos efeitos temporais*.

A evolução da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana contribui para esclarecer o exposto. Desde *Marbury*, a natureza declaratória e os efeitos retroativos das decisões de inconstitucionalidade têm prevalecido no direito norte-americano como um corolário da supremacia da constituição sobre as leis, já que tal postulado conduziria à natural conclusão de que as leis inconstitucionais são nulas de pleno direito. Entretanto, a Corte de Warren afirmou em 1965, no caso *Linkletter v. Walker*,⁶⁹ à guisa de justificar a invalidação com efeitos *ex nunc* de norma que dispunha sobre a produção de provas em processos penais, que a Constituição de 1787 *não proíbe nem requer os efeitos retroativos*.⁷⁰

Assim, a atribuição de efeitos temporais às decisões de inconstitucionalidade seria matéria de *política judiciária*, competindo à Corte decidir casuisticamente. Contudo, em *Griffith v. Kentucky* (1980), uma Suprema Corte crítica

⁶⁸ Sobre os modelos norte-americano e austríaco de controle de constitucionalidade, ver CAPPELLETI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 120-124.

⁶⁹ 381 US 618, 629 (1965).

⁷⁰ TRIBE, Laurence. *American constitutional law*. Nova York: New York University Press, 2000. p. 218.

ao ativismo da Corte de Warren superou *Linkletter*, tendo eliminado os limites à retroatividade em processos criminais.⁷¹ Na ocasião, o tribunal retornou ao entendimento original de que lei inconstitucional é nula de pleno direito, tendo inclusive asseverado que é contrário à “natureza da *judicial review*” conceder ao Judiciário a atividade essencialmente legislativa de modular os efeitos temporais das decisões de inconstitucionalidade.

Há, portanto, no debate constitucional norte-americano uma explícita associação entre ativismo judicial e atribuição ao Judiciário do poder de modular os efeitos temporais das decisões de inconstitucionalidade, e, por outro lado, entre autorrestrrição judicial e efeitos necessariamente retroativos.⁷²

Já no Brasil, por ocasião da aprovação da Lei nº 9.868/1999, levantaram-se críticas de igual teor ao seu art. 27, e uma das mais influentes foi a de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, no sentido de que a modulação de efeitos teria retirado a rigidez da Constituição de 1988 e transformado o STF em *uma terceira Câmara Legislativa*.⁷³ Em resposta, os defensores da modulação a consideraram uma natural ponderação entre princípios constitucionais (*i.e.*, nulidade da lei inconstitucional *v.* segurança jurídica), que, além de amoldar-se às atribuições das cortes constitucionais contemporâneas, revela-se imperiosa ante a necessidade de estes tribunais zelarem pelos efeitos concretos das suas decisões.⁷⁴

Independentemente da disputa sobre a legitimidade da modulação de efeitos temporais, parece, de fato, haver consenso entre adeptos e críticos de que a modulação de efeitos temporais confere um significativo poder político ao Judiciário. Efetivamente, competirá a este “Poder” analisar, caso a caso e com base em parâmetros normativos fluidos, a partir de que momento uma lei deixará de produzir efeitos diante da sua incompatibilidade com norma

⁷¹ 479 US 314 (1987). *Ibid.*, p. 219.

⁷² O juiz da Suprema Corte mais apegado à literalidade da Constituição de 1787 (textualismo) deixa claro o exposto. Com efeito, Antonin Scalia considera que *tanto críticos quanto defensores reconhecem que a técnica das decisões prospectivas é um instrumento prático do ativismo judicial*, na medida em que viabiliza a *criação consciente e deliberada de normas pelo Judiciário*. A seu ver, a modulação de efeitos é incompatível com o Poder Judiciário, na medida em que consiste em atividade legislativa, a cargo do Parlamento. Ver o caso *Harper et al. v. Virginia Department of Taxation*. 509 U.S. 86 (1993). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/509/86/case.html>>. Acesso em: 31 maio 2010.

⁷³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade. *Revista de Direito Administrativo — RDA*, Rio de Janeiro, v. 220, p. 1-17, 2000.

⁷⁴ SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel (Org.) *O controle de constitucionalidade e a Lei n. 9.868/1999*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 101-139.

constitucional. Embora a concessão dessa notável prerrogativa ao Judiciário consista, a princípio, em fator favorável à judicialização, a forma segundo a qual seu órgão de cúpula a exercerá parece ser o fator decisivo para a efetiva categorização da modulação como um elemento de ativismo ou de autorrestrição judicial. De fato, o uso de técnicas de modulação (sobretudo os efeitos *pro futuro*) pode permitir não apenas a autocontenção do Judiciário, mas igualmente que o Judiciário se demita de dar a última palavra sobre questão constitucional controvertida, participando de profícuo diálogo com outras instituições políticas.

c) Rol de competências da Suprema Corte ou da Corte Constitucional

Parece óbvio que, quanto mais amplo for o elenco de competência da Suprema Corte ou Corte Constitucional, mais matérias tenderão a ser retiradas do processo político ordinário em favor do Poder Judiciário. Todavia, mais importante do que o aspecto quantitativo parece ser o relevo político das matérias submetidas à Corte, inclusive porque uma forma de inviabilizar o funcionamento da Suprema Corte é dotá-la de um rol de atribuições inexecutável e de reduzida importância.

Atualmente, uma miríade de competências de relevo político vem sendo atribuída aos órgãos de cúpula do Poder Judiciário.⁷⁵ Como reflexo do atual fenômeno de judicialização da política, algumas atribuições chamam atenção pelo seu caráter radicalmente político: por exemplo, a Constituição da África do Sul concedeu à Suprema Corte o poder de “certificar” o projeto de Constituição elaborado pela Assembleia Nacional Constituinte; a Constituição Húngara atribuiu à Corte Constitucional a competência para determinar a dissolução do Parlamento caso a instituição elaborasse, com frequência, leis inconstitucionais⁷⁶ etc.

⁷⁵ Cite-se o controle incidental e abstrato de constitucionalidade de atos normativos, os conflitos federativos entre a União e os estados-membros, processos penais em face de autoridades (presidente, parlamentares, ministros etc.), lisura do processo eleitoral, validade de plebiscitos e referendos, ações especiais para a tutela das liberdades civis e dos direitos fundamentais em geral, resolução de conflitos de competência entre tribunais, julgamento de pedidos de extradição, execução de sentenças estrangeiras etc. Sampaio, *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, op. cit., p. 130-181.

⁷⁶ Hirschl, *Towards juristocracy*, op. cit.

d) A constitucionalização abrangente e a dificuldade do processo de reforma constitucional

Sendo a Constituição norma hierarquicamente superior às demais manifestações do Estado, parece natural que, quanto mais amplo for seu conteúdo, mais matérias terão sido retiradas do alcance do legislador ordinário. Precisamente por competir ao Judiciário zelar por essa supremacia por meio do controle de constitucionalidade, quanto mais abrangente for a Constituição, tendencialmente maior será o espaço de atuação do Judiciário, e menor será o do Legislativo.

Por outro lado, o grau de dificuldade do processo de reforma constitucional guarda uma relação de direta proporcionalidade com a rigidez constitucional, na medida em que, quanto mais difícil for a alteração da Constituição, menor será a possibilidade de futuras majorias alterarem as normas constitucionais e aprovarem emendas constitucionais superadoras de decisões judiciais. Assim, a maior exigência do processo de reforma constitucional tende a reduzir o espaço de atuação do Legislativo e a ampliar o do Judiciário.⁷⁷

Combinando-se a extensão do texto constitucional e a dificuldade do processo de reforma, tem-se que uma Constituição analítica e difícil de ser alterada apresentará um grau notável de rigidez, estimulando a expansão do espectro de atuação do Judiciário. Precisamente para evitar uma excessiva vinculação das gerações futuras à Constituição, há uma tendência de a *escolha constitucional implica(r) um trade-off entre extensão e dificuldade de emendamento*, de modo que, caso se opte por uma Constituição extensa, provavelmente será escolhido um processo fácil de alteração constitucional, e vice-versa.⁷⁸ Assim, uma Constituição analítica, porém sujeita a um procedimento fácil de alteração, embora fomenta a judicialização, não garante ao Judiciário a última palavra sobre a solução de questão constitucional controvertida, diante da viabilidade da aprovação de emenda constitucional superadora da interpretação judicial da Constituição.

⁷⁷ BRANDÃO, Rodrigo. Rigidez constitucional e pluralismo político. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 255-295.

⁷⁸ MELO, Marcus André. Hiperconstitucionalização e qualidade da democracia, op. cit., p. 243.

Parte II: o caso brasileiro

4. A expansão do Judiciário brasileiro pós-1988

I. As condições políticas

A Constituição Federal de 1988 foi o principal marco jurídico do processo de redemocratização do país, simbolizando a transição de um Estado autoritário, que se guiava pela legalidade paralela dos atos institucionais e por reiteradas violações aos direitos fundamentais dos seus cidadãos, para um estado democrático de direito, que, embora ainda esteja em processo de consolidação, vem avançando notavelmente.

Com efeito, a análise em perspectiva da Constituição de 1988 revela que ela, ao menos, tem contribuído para o Brasil estar vivendo o seu mais longo período de estabilidade democrática, já que a experiência democrática anterior durou apenas 18 anos (1946-64).⁷⁹ Neste período foram realizadas diversas eleições presidenciais, *com debate público amplo, participação popular e alternância dos partidos no poder*.⁸⁰ E, conforme destacado por Luís Roberto Barroso, *não foram tempos banais*: muito ao contrário, as crises e os escândalos de corrupção se sucederam.⁸¹

Contudo, a Constituição de 1988 soube absorver as crises pelos mecanismos institucionalizados, sem haver espaço para soluções extraconstitucionais (*i.e.*, participação das Forças Armadas). Assim, embora a democracia brasileira necessite de aperfeiçoamentos importantes, pode-se dizer que, enfim, ela se estabilizou e se consolidou, não havendo fundado temor de reversão autoritária.⁸²

⁷⁹ MARRENCO, André. Devagar se vai ao longe? A transição para a democracia no Brasil em perspectiva comparada. In: Melo e Sáez (Org.). *Democracia brasileira*, op. cit., p. 73. Desconsidera-se a República Velha, dadas a sua estruturação oligárquica e as reiteradas fraudes eleitorais.

⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos*. p. 36. Disponível em: <www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/vinte_e_um_anos_da_constituicao_brasileira_o_estado_a_que_chegamos_pt.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2013.

⁸¹ Ilustram o exposto, dentre outros, os casos dos “anões do orçamento”, da violação do painel do Senado, da acusação de compras de voto de parlamentares (“mensalão”), do envolvimento do crime organizado com o poder público (CPI do Cachoeira) e do *impeachment* do presidente Fernando Collor de Melo.

⁸² FIGUEIREDO, Angelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. Instituições políticas e governabilidade: desempenho do governo e apoio legislativo na democracia brasileira. In: Melo e Sáez (Org.). *Democracia brasileira*, op. cit.

No que tange ao desenho institucional do sistema político, a Constituição de 1988 resgatou princípios macroinstitucionais adotados pela Constituição de 1946, destacando-se o *sistema de governo presidencialista*, o *sistema eleitoral proporcional com lista aberta* para os Legislativos federal, estadual e municipal (com exceção do Senado, no qual se aplica o sistema majoritário), e o *federalismo*, que foi fortalecido pelo aumento das capacidades administrativa e fiscal das subunidades da federação.⁸³

Tais mecanismos tendem a promover forte fragmentação do poder político. Com efeito, a nítida separação entre as atribuições dos Poderes Executivo e Legislativo — típica do presidencialismo — pode dar azo a conflitos institucionais, sobretudo na hipótese de o presidente não dispor de maiorias sólidas (ou de supermaiorias, no caso de reforma à Constituição). Por outro lado, o sistema proporcional com lista aberta, no qual o eleitor pode votar individualmente em seu candidato sem que haja vinculação ao voto para a eleição majoritária, estimula a adoção de um comportamento individualista pelos políticos, pois a estratégia de buscar uma ligação direta com o eleitor se mostra conveniente pelo fato de o candidato de um partido competir com seus correligionários para a obtenção de uma dentre as cadeiras asseguradas pela agremiação. Por outro lado, as legislações eleitoral e partidária não trazem obstáculos significativos à criação de partidos, antes a estimulam, com a concessão de horário eleitoral gratuito em rádio e televisão e recursos do Fundo Partidário.⁸⁴

O estímulo ao comportamento individualista do parlamentar e à criação de partidos tende a gerar redução da disciplina e da densidade ideológica dos partidos, criando um cenário de multiplicação partidária e de instabilidade nas coalizões governamentais.⁸⁵ O quadro atual de profunda fragmentação partidária se evidencia pela evolução do percentual de cadeiras ocupadas pelo maior partido na Câmara dos Deputados, a partir da reforma partidária de 1979 que pôs fim ao bipartidarismo da ditadura militar: enquanto nas duas primeiras eleições (1982 e 1986) o PMDB obteve 41,8% e 53,4% das cadeiras na

⁸³ Ibid., p. 147.

⁸⁴ MELO, Carlos Ranulfo. Nem tanto ao mar, nem tanto à terra: elementos para uma análise do sistema partidário brasileiro. In: Melo e Sáez (Org.). *Democracia brasileira*, op. cit., p. 273-280.

⁸⁵ Note-se que o federalismo, para além de implicar divisão do poder político entre os entes federativos — circunstância que pode gerar disputas e problemas de coordenação entre eles —, também favorece a difusão partidária. Isto porque, não possuindo os principais partidos hegemonia em todo o território nacional, há a possibilidade do surgimento de pequenos e médios partidos que exerçam papel relevante na composição da coalizão governamental no Congresso Nacional. Ibid., p. 277.

Câmara, nas duas primeiras eleições que se seguiram à Constituição de 1988 (1990 e 1994) o PMDB obteve “apenas” 21,5% e 20,9%, e nas eleições seguintes o partido majoritário não atingiu o teto de 20% das vagas de deputado federal. De 1990 a 2006, dos 28 partidos atualmente existentes, somente de seis a oito agremiações conseguiram 5% das cadeiras na Câmara dos Deputados.⁸⁶

Consiste em visão tradicional na ciência política brasileira a noção de que a combinação desses fatores centrífugos (presidencialismo, sistema proporcional, multipartidarismo e federalismo) geraria paralísias decisórias e ingovernabilidade, com o surgimento de vários *veto players* que obstariam a implementação da agenda do governo e a realização de efetivas mudanças no *status quo*. A partir de um cenário assim delineado — embora tenha escrito antes da Constituição de 1988 —, Sérgio Abranches cunhou o termo *presidencialismo de coalizão*, em virtude de o Brasil (ser) o único país que, além de combinar a proporcionalidade, o multipartidarismo e o “presidencialismo imperial”, organiza o Executivo com base em grandes coalizões.⁸⁷ Em virtude das dificuldades de formação de uma coalizão sólida exclusivamente com base em acordos partidários, sobreviveria o poder político de elites políticas e de oligarquias regionais, que se traduziria na construção da “base aliada” por meio das tradicionais técnicas clientelistas da “patronagem”, notadamente a distribuição de ministérios, cargos, emendas orçamentárias etc.⁸⁸

Por outro lado, a Constituição de 1988 apresentou novidades em relação ao regime de 1946 que caminharam em sentido antagônico ao exposto, na medida em que trouxeram coesão e governabilidade, facilitando que o governo federal implementasse sua agenda política. A propósito, Figueiredo e Limongi salientam que *o processo decisório na atual democracia brasileira caracteriza-se por*

⁸⁶ Ibid., p. 276-279.

⁸⁷ ABRANCHES, Sérgio. O presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados*, v. 31, n. 1, p. 21-22, 1988.

⁸⁸ SANTOS, Fabiano. *O Poder Legislativo no presidencialismo de coalizão*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003. Em artigo mais recente, redigido sob a égide da Constituição de 1988, Abranches reafirma seu argumento, porém esclarece que as dificuldades presentes na democracia brasileira não são de ordem institucional, mas de índole sociológica. Ver, a propósito, a seguinte passagem: “Não creio que o fisiologismo e o clientelismo sejam intrínsecos ao regime de governança. Eles são componentes do padrão de relacionamento entre partidos e eleitores, portanto um dado sociológico. Se os partidos majoritários logram conquistar essa maioria por meio desse tipo de mecanismo de manipulação do eleitor despossuído e não há alternativas competitivas em muitos redutos, a relação entre maioria legislativa e o Executivo terá, de fato, um elevado grau de propensão ao fisiologismo e ao clientelismo. Mas seria assim, se o governo não fosse de coalizão.” Cf. ABRANCHES, Sérgio Henrique. A democracia brasileira vai bem, mas requer cuidados. In: VELLOSO, João Paulo dos Reis (Org.). *Como vão a democracia e o desenvolvimento no Brasil?* Rio de Janeiro: José Olympio, 2001. p. 268.

*um alto grau de delegação de poderes do Congresso para o Executivo e, no interior do Congresso, dos parlamentares para os líderes partidários.*⁸⁹

Quanto ao aumento da participação do chefe do Executivo no processo legislativo, destacam-se a notável ampliação das matérias sujeitas à sua iniciativa privativa (vastos assuntos administrativos, financeiros e orçamentários),⁹⁰ nas quais não caberá emenda parlamentar que implique aumento de despesa;⁹¹ a possibilidade de o presidente da República solicitar urgência em projetos de sua iniciativa, de apresentar projetos de emenda constitucional, de editar medidas provisórias e leis delegadas etc. Ademais, o Regimento Interno do Congresso Nacional e das suas Casas tornou o Poder Legislativo federal extremamente centralizado em torno dos líderes partidários.⁹²

A centralização de poderes legislativos no presidente da República e nos líderes partidários neutralizaria os efeitos fragmentadores do presidencialismo, do sistema proporcional e do federalismo, como demonstram as altas taxas de sucesso (índice de projetos de lei de iniciativa do Executivo aprovados) e de dominância (percentual de leis editadas pelo Parlamento que são de iniciativa do Executivo). Com efeito, enquanto no período entre 1946-64 as médias das taxas de sucesso e de dominância foram, respectivamente, de 29,5% e de 38,5%, no lapso entre 1988 e 2006 as médias foram de 75,8% e 83,3%.⁹³ Nesta esteira, a taxa média de coesão partidária na democracia atual é bem superior à da que a antecedeu: o índice mais alto de disciplina de partido da base aliada entre 1946 e 1964 (60,3%, do PSD) é inferior ao menor índice de disciplina de partido da coalizão governamental no lapso entre 1988 e 2006 (72,2%, do PMDB).⁹⁴

Daí se vê que *o Executivo brasileiro, além de controlar, em boa medida, a agenda do Congresso Nacional, é o principal legislador do país*, ditando, através do *apoio sistemático e disciplinado de uma coalizão partidária*, o que é votado e aprovado no Congresso Nacional.⁹⁵

⁸⁹ Figueiredo e Limongi, Instituições políticas e governabilidade, op. cit.

⁹⁰ Ver art. 60, § 1º, c/c art. 165 da CF/1988.

⁹¹ Art. 63, § 1º, da CF/1988. A exceção se dá no caso das leis orçamentárias, em que as emendas parlamentares que impliquem aumento de despesa serão admitidas desde que indiquem a fonte de custeio.

⁹² Por exemplo, poderes de determinação e de obstrução da pauta, de designação e de substituição de relatores e membros das comissões, de representação da bancada do partido, de solicitar urgência na apreciação de projetos de lei etc. Figueiredo e Limongi, Instituições políticas e governabilidade, op. cit., p. 151-156.

⁹³ Ibid., p. 156-157.

⁹⁴ Ibid., p. 169-170.

⁹⁵ Ibid., p. 186.

Não é necessário aos propósitos deste artigo tomar partido sobre esta profunda celeuma travada na ciência política brasileira. Basta notar que a opção por princípios macroinstitucionais como presidencialismo, sistema proporcional, multipartidarismo e federalismo aumenta a difusão do poder político no Brasil, estimulando a judicialização ante a necessidade de o Judiciário dirimir frequentes conflitos positivos e negativos travados entre “Poderes”, entes federativos, agências reguladoras, partidos políticos etc.

Por outro lado, a estabilização da democracia brasileira aumenta a incerteza eleitoral, já que os adversários políticos têm natural receio de sofrer derrota nas urnas. Seguindo a esteira da teoria do seguro político de Ginsburg, há um estímulo mútuo entre os grupos políticos de entrincheirarem na Constituição as regras básicas do jogo democrático, a fim de preservar a possibilidade de ascenderem democraticamente ao poder, e normas substantivas, para que o núcleo mínimo de sua proposta política fique fora do alcance da política majoritária.

Enfim, o sistema político instituído pela Constituição de 1988 apresenta condições políticas favoráveis à expansão do Judiciário.

II. As condições institucionais

Quanto ao *catálogo de direitos*, convém destacar que a Constituição de 1988 contém o mais generoso rol de direitos da nossa história constitucional. Com efeito, a atual Constituição trouxe, simbolicamente, o catálogo para o início do seu texto, erigiu a dignidade da pessoa humana a fundamento da nossa República (art. 1º, inc. III) e os direitos humanos a princípios reitores das relações internacionais travadas pelo Brasil (art. 4º, inc. II). Ademais, a Carta de 1988 possui um título exclusivo para os “direitos e garantias fundamentais”,⁹⁶ o qual se caracteriza, sobretudo, pela amplitude (só o art. 5º conta com 78 incisos). O constituinte de 1988 também conferiu uma “eficácia reforçada” aos direitos fundamentais, na medida em que lhes atribuiu eficácia imediata (art. 5º, § 1º), *status* de cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, inc. IV) e hierarquia constitucional aos tratados sobre direitos humanos (art. 5º, § 3º, com a redação dada pela EC nº 45/2003). Por fim, foram positivados com igual ênfase direitos

⁹⁶ No Título II estão inseridos os capítulos I (direitos e deveres individuais e coletivos), II (direitos sociais), III (direitos da nacionalidade), IV (direitos políticos), e V (partidos políticos).

de primeira, segunda e terceira “geração”, sejam eles direitos a prestações estatais negativas ou positivas.⁹⁷

Em relação ao *controle de constitucionalidade*, foi mantido o sistema misto existente no Brasil desde a EC nº 16/1965, com a combinação das modalidades incidental e difusa à moda americana e concentrada e abstrata de inspiração austríaca.⁹⁸ Todavia, a notável ampliação dos legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade viabilizou o *acesso ao controle abstrato de constitucionalidade por grupos de interesse e por partidos de oposição*.⁹⁹

Assim, a circunstância de qualquer partido político que possua um deputado ou senador ter legitimidade para a propositura de ADI, no âmbito de um sistema partidário altamente fragmentado, faz com que virtualmente toda questão política relevante se convolve em questão judicial. De fato, a oposição, não raro derrotada no Congresso Nacional, tende a utilizar o STF como nova arena de batalha política, com vistas a reverter a derrota sofrida na deliberação majoritária.

O uso do controle de constitucionalidade por partidos de oposição é claramente comprovado por números: enquanto no governo Fernando Henrique Cardoso os partidos de esquerda (oposição) foram responsáveis por 63,3% das ADIs, e os de direita (que compunham a “base aliada”), por 18,9%; com a eleição de Luiz Inácio “Lula” da Silva para a presidência a relação se inverteu: os partidos de esquerda, agora no governo, propuseram 6% das ADIs, ao passo que os partidos de direita ajuizaram 73% das ADIs do período. Ainda mais emblemática é a atuação do Partido dos Trabalhadores: enquanto no governo FHC foi o líder isolado de ADI, respondendo por 57,3% das ações propostas neste período, no governo Lula o PT não propôs uma ADI sequer.¹⁰⁰

⁹⁷ Ver, por todos, SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

⁹⁸ Foge ao objetivo do item a descrição de todas as inovações trazidas pela Constituição de 1988 ao controle de constitucionalidade, já que nosso objetivo é apenas o de destacar a presença, ou não, das condições arroladas no item III. Para a análise sistemática das inovações, ver CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

⁹⁹ Com efeito, o art. 103 da Constituição de 1988 conferiu legitimidade ativa para a ADI não apenas a órgãos ou autoridades federais (presidente da República, Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados e procurador-geral da República), como também a órgãos ou autoridades estaduais (Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa Distrital e governador de Estado ou do Distrito Federal) e — destaque-se — a atores da sociedade civil (Conselho Federal da OAB, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical e entidade de classe de âmbito nacional).

¹⁰⁰ Vianna, Burgos e Salles, *Dezessete anos de judicialização da política*, op. cit., p. 66-70.

Por outro lado, cumpre notar a intensa atuação das entidades de classe de âmbito nacional na propositura de ADIs, apesar de o STF ter estabelecido uma série de restrições, como considerá-las “legitimadas não universais”, de molde a exigir-lhes a comprovação da *pertinência temática* entre o objeto da ação e suas finalidades institucionais;¹⁰¹ e ter se utilizado da analogia à Lei Orgânica dos Partidos Políticos para aferir o caráter nacional da associação, o qual depende da presença em, pelo menos, nove estados da Federação.¹⁰²

Com efeito, entre 1988 e 2005, as associações propuseram 24,9% das ADIs, só perdendo, por pequena diferença, para os governadores de Estado, que apresentaram 26% das ADIs no período. Tais dados confirmam que a sociedade civil organizada vem sendo uma das protagonistas no processo de judicialização da política,¹⁰³ de maneira que diversos grupos de interesse (especialmente aqueles que mais manejaram as ADIs: nesta ordem, funcionários públicos, empresários, trabalhadores, profissionais liberais e notários) também veem o Judiciário como um foro alternativo de disputa política, sobretudo quando restam vencidos nos embates parlamentares.¹⁰⁴

A ampliação dos legitimados para a propositura de ADI teve um impacto fortíssimo em nosso modelo de controle de constitucionalidade, na medida em que produziu uma elevação exponencial do número e da importância das ações diretas de inconstitucionalidade. De fato, de 1988 a 2005 foram propostas 3.648 ADIs. Além disso, após um pico no número de ações entre 1989-90 — decorrente da adequação das Constituições estaduais à Constituição Federal —, o número de ADIs propostas voltou a crescer, circunstância que indica a *consolidação dessa via de judicialização*.¹⁰⁵

Quanto aos *atos impugnáveis no controle de constitucionalidade*, note-se, por um lado, que não há restrições significativas no controle incidental, e, por outro, que no controle abstrato o respectivo rol vem sendo progressivamente ampliado nos últimos anos, mercê da evolução da jurisprudência do STF e de inovações legislativas. Note-se que o STF tradicionalmente admite

¹⁰¹ STF, ADI 202, DJ, 2-4-1993, p. 5.612.

¹⁰² STF, ADI 386, DJ, 28-6-1991, p. 8.904.

¹⁰³ Vianna, Burgos e Salles, *Dezessete anos de judicialização da política*, op. cit., p. 71.

¹⁰⁴ Tal fenômeno foi reforçado pela criação, através da Lei nº 9.868/1999, do *amicus curiae* e da audiência pública, permitindo que a sociedade civil organizada e grupos de interesse também participem de processos que não foram instaurados por eles. Desta forma, virtualmente, todas as leis que afetem, de forma relevante, grupos de interesses razoavelmente organizados — especialmente os grupos econômicos e profissionais — acabarão se sujeitando à revisão judicial.

¹⁰⁵ Vianna, Burgos e Salles, *Dezessete anos de judicialização da política*, op. cit., p. 46.

ADI em face de leis ou atos normativos federais e estaduais, inclusive em relação a emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, decretos legislativos e resoluções do Congresso Nacional e de suas Casas (inclusive o decreto legislativo pelo qual o Congresso aprova tratado internacional), medidas provisórias, atos administrativos autônomos, dispositivos de Constituições estaduais etc. Todavia, recentemente o STF superou o entendimento a respeito do não cabimento de ADI em face de leis de efeitos concretos, na ocasião em que reviu a sua jurisprudência acerca do não cabimento de ADI em face de normas orçamentárias, para conhecer e declarar a inconstitucionalidade de medida provisória que abriu crédito orçamentário extraordinário sem a observância dos requisitos constitucionais.¹⁰⁶

Além disto, a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade pela EC nº 03/1993 permitiu que se solicite ao STF a declaração da *constitucionalidade* de lei ou ato normativo federal com vistas a pacificar, de forma célere e definitiva, controvérsia judicial sobre a validade do respectivo ato. Por sua vez, a regulamentação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pela Lei nº 9.882/1999 fixou o seu cabimento em face do direito pré-constitucional, de leis municipais e dos atos do poder público, expressão genérica que vem dando azo à ampliação do seu objeto para o atingimento, por exemplo, de decisões judiciais, de atos administrativos de especial relevo etc.¹⁰⁷ Tais atos não podiam ter sua constitucionalidade questionada em tese perante o STF, de maneira que a *regulamentação da ADPF expandiu, consideravelmente, o espectro do controle abstrato de constitucionalidade*, ainda que o paradigma constitucional seja mais restrito do que o da ADI, visto que se restringe às normas constitucionais que ostentem a condição de “preceitos fundamentais”.

Evolução notável ocorreu na seara dos *efeitos subjetivos da decisão de inconstitucionalidade proferida pelo STF*. Releva notar que, desde a criação no Brasil do modelo de controle difuso e incidental de constitucionalidade com a Constituição de 1891 até o advento da finada Representação de Inconstitucionalidade (EC nº 16/1965), as decisões de inconstitucionalidade do STF somente produziam efeitos *inter partes*, não se aplicando a pessoas que, embora estivessem em situação rigorosamente igual, não fossem partes do respectivo processo. Em um país de dimensão continental, com enorme desigualdade social e despidido de um sistema efetivo de assistência judiciária gratuita, a

¹⁰⁶ STF, ADI 4.048/MC, DJ, 22-8-2008, p. 55.

¹⁰⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1156-1165.

maior parte da população não tinha acesso à justiça, persistindo os efeitos dos atos inconstitucionais em suas esferas jurídicas.¹⁰⁸

A situação começou a mudar com a Constituição de 1988, como a já destacada expansão do controle abstrato de constitucionalidade, no qual as decisões possuem tipicamente efeitos gerais (*erga omnes*). Contudo, passo fundamental foi dado com o advento da Emenda Constitucional nº 03/1993, que previu o efeito vinculante, interpretado pelo STF como um *plus* de eficácia em relação aos efeitos *erga omnes*, eis que resulta na aplicação da decisão do STF não apenas aos destinatários da norma constitucional, como também aos órgãos administrativos (administração federal, estadual e municipal, seja direta, seja indireta) e judiciais que não o próprio STF.¹⁰⁹ Assim, caso tais autoridades não se orientem por decisão do STF dotada de efeito vinculante, ao invés de a parte prejudicada ter que percorrer toda a sistemática recursal ordinária para ter acesso à Corte Suprema, pode propor diretamente perante o STF reclamação, com vistas a restabelecer a autoridade da sua decisão.

Saliente-se, por outro lado, que, mesmo no *controle incidental e difuso*, tradicional reduto dos efeitos meramente *inter partes*, tem se verificado notável ampliação de seus *efeitos subjetivos*. Inovações recentes têm atribuído a determinadas decisões tomadas em controle difuso e incidental efeitos que transcendem as partes do processo,¹¹⁰ e as mais relevantes são a *súmula vinculante* e a *repercussão geral*.

¹⁰⁸ A criação da Representação de Inconstitucionalidade, na qual as decisões do STF possuíam efeitos *erga omnes* (aplicáveis não só às partes do processo, mas a todos os destinatários da norma constitucional), não produziu avanço do papel político do Judiciário. As razões são óbvias: a EC nº 16/1965 foi editada pouco mais de um mês após o Ato Institucional nº 2, que aumentara o número de ministros do STF de 11 para 16 — os cinco novos cargos foram preenchidos por juristas vinculados à UDN — e extinguiu a vitaliciedade dos seus membros. Ademais, o procurador-geral da República, à época detentor de cargo de livre nomeação e exoneração pelo presidente e responsável pela chefia da advocacia da União, possuía o monopólio da legitimidade ativa da RI. Tais fatores, somados à praxis política que, para dizer o mínimo, não estimulava atos de insubordinação ao regime, evidenciam o fato de que no modelo de controle de constitucionalidade vigente no Brasil até 1988 predominavam, largamente, as decisões de inconstitucionalidade com efeitos *inter partes*.

¹⁰⁹ Embora a EC nº 3 só tenha previsto, expressamente, o efeito vinculante para as decisões do STF em ADC, esta Corte já decidira que as decisões na ADI possuíam igual efeito, diante da natureza dúplice dessas ações de controle abstrato de constitucionalidade. De qualquer sorte, a Lei nº 9.868/1999 e a EC nº 45/2004 ratificaram tal orientação, e, posteriormente, a Lei nº 9.882/1999 reconheceu que as decisões proferidas pelo STF em ADPF também produziram efeito vinculante.

¹¹⁰ Cite-se, inicialmente, a dispensa de submissão de questão constitucional ao Plenário do Tribunal, em atenção ao princípio da reserva de plenário (art. 97 da CF/1988), na hipótese de já haver prévia decisão do plenário do STF ou do próprio Tribunal (art. 481 do CPC). Além disso, o STF tem admitido a realização de controle incidental de constitucionalidade em sede de ações coletivas, cujas decisões geram efeitos *erga omnes*. Há também forte tendência no processo

A EC nº 45/2004, mediante a introdução do art. 103-A da Constituição, permitiu que o STF, na hipótese de ter proferido reiteradas decisões em matéria constitucional, que sejam objeto de controvérsias cuja demora no deslinde cause grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos, edite súmula vinculante, mediante o *quorum* qualificado de dois terços. Note-se que tais súmulas, embora originadas de decisões proferidas em sede de controle difuso e incidental, produzem efeito vinculante (como no controle abstrato e concentrado), de molde que, se autoridade administrativa ou judicial não seguir a sua orientação, caberá reclamação perante o STF. Por outro lado, após o STF ter se pronunciado sobre questão em relação à qual reconheceu a presença de repercussão geral, se os tribunais de origem não se retratarem, poderá o STF *cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada* (art. 543-B, § 3º, do CPC).

Por fim, *os efeitos temporais*. Embora o art. 27 da Lei nº 9.882/1999 tenha reconhecido a possibilidade de o STF modular os efeitos temporais de suas declarações de inconstitucionalidade, o tribunal vem usando tal prerrogativa excepcional com comedimento. Portanto, na ampla maioria de decisões de inconstitucionalidade o STF tem se mantido fiel à regra geral dos efeitos retroativos das decisões de inconstitucionalidade.

À guisa de conclusão, pode-se afirmar que houve uma alteração muito significativa nos efeitos do controle de constitucionalidade (evolução em curso dos efeitos *inter partes* para *erga omnes*), de maneira que as decisões do STF tendem a atingir um espectro de pessoas bem mais amplo. Por fim, a subsistência dos efeitos *ex tunc* como regra geral no controle de constitucionalidade faz com que, normalmente, o STF invalide todos os efeitos produzidos por norma reputada inconstitucional, consistindo igualmente em fator de fortalecimento do controle de constitucionalidade.

Note-se, por outro lado, a atribuição de *competências superlativas ao Supremo Tribunal Federal*, à vista de reunir as funções de *tribunal constitucional, foro especializado e tribunal de apelação de última instância*.¹¹¹ No âmbito de sua

civil contemporâneo de fortalecimento das competências monocráticas do relator, tendo como parâmetro a jurisprudência dominante ou sumulada. Por exemplo, o art. 557, *caput* e § 1º-A, do CPC, autoriza o relator a, respectivamente, negar seguimento a recurso em contradição com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do STF ou de Tribunal Superior, e prover o recurso se a decisão recorrida estiver em confronto com a referida súmula ou jurisprudência dominante.

¹¹¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 487.

função de *tribunal constitucional*, compete-lhe, especialmente, processar e julgar a ADI, a ADC e a ADPF, sendo digno de nota que, em virtude dos fatores anteriormente sumariados, a abrangência e o papel político destas competências têm se elevado consideravelmente.

Como *foro especializado*, é responsável pelo julgamento de infrações penais e crimes de responsabilidade em face de várias autoridades (art. 102, inc. I, *b* e *c*, da CF/1988), e por ações propostas em face de atos de determinadas autoridades (art. 102, inc. I, *d*, *q* e *r*, da CF/1988). Tais ações têm se acumulado nos escaninhos do STF, exigindo-lhe que se dedique a complexas e numerosas instruções criminais (há mais de 250 denúncias contra parlamentares em curso) e que julgue dezenas de milhares de ações sobre questões de pequena relevância. Por fim, o STF tem atuado como *tribunal de apelação de última instância* (art. 102, inc. III), na qual reexamina milhares de decisões judiciais com vistas a uniformizar a interpretação da Constituição.¹¹²

Quanto à *constitucionalização abrangente*, é característica das Constituições contemporâneas possuírem um amplo conteúdo, pois não se limitam a prever regras sobre a estruturação do Estado e direitos fundamentais de primeira “geração” (Constituição como norma fundamental de garantia), como também uma ampla ordenação da vida econômica, social e cultural (Constituição como norma diretiva fundamental), nas quais se destacam os direitos de segunda e terceira “geração”.¹¹³

Entretanto, características do processo decisório da Assembleia Nacional Constituinte somadas a elementos históricos reforçaram a constitucionalização abrangente. De fato, a ausência de um projeto unificador, a não atuação do Executivo federal como centro sistematizador dos trabalhos das Comissões e a regra da maioria simples permitiram a formação de coalizões de não interferência, nas quais grupos distintos “trocavam” apoios às suas propostas desde que a matéria não fosse especialmente conflituosa.¹¹⁴ Por outro lado, a tradição brasileira de concentração de poderes no Executivo (que, como visto, foi mantida pela Constituição de 1988) serviu como incentivo ao constituinte

¹¹² As inovações recentes trazidas pela EC nº 45/2004 — súmula vinculante e repercussão geral —, ao permitirem que as decisões do STF, mesmo as proferidas no controle incidental, produzam efeitos gerais, tendem a progressivamente diminuir o número de recursos alçados ao Tribunal.

¹¹³ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madri: Trotta, 2003.

¹¹⁴ COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. Constituição, democracia e governo. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 21, n. 61, p. 44, jun. 2006. Para uma análise pormenorizada do processo decisório na Assembleia Constituinte, ver PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

para a constitucionalização de um amplo leque de matérias, pois, assim, as protegeria da possibilidade de o chefe do Executivo utilizar seus poderes legislativos para modificá-las ao seu alvedrio.¹¹⁵

Se a influência das constituições contemporâneas deu à Carta de 1988 um amplo leque de direitos fundamentais e normas programáticas, o amálgama do processo decisório na Constituinte com a concentração de poderes legislativos no presidente da República resultou na positivação constitucional, em larga medida, de políticas públicas, interesses e visões de mundo particulares. O processo constituinte teria, assim, obedecido à *lógica da árvore de natal, onde cada ator "pendurou" um benefício ou benesse*.¹¹⁶

Por sua vez, o número expressivo de emendas constitucionais aprovadas alargou a extensão da Constituição, diante da resistência do Congresso em desconstitucionalizar matérias, já que isto lhe parece *dar um cheque em branco ao Executivo*.¹¹⁷ Assim, o temor verificado no processo constituinte em relação à predominância do Executivo no processo legislativo se manteve incólume no processo de reforma à Constituição, circunstância que impediu a realização de um enxugamento da Constituição, produzindo, ao revés, efeito oposto.¹¹⁸

Não surpreende, portanto, o caráter analítico da nossa Constituição, cujo corpo permanente conta com, aproximadamente, 32 mil palavras, relativamente superior à média das Constituições latino-americanas (25.400 palavras).¹¹⁹ O principal efeito desta hiperconstitucionalização é o estímulo à judicialização das atividades legislativa e administrativa, visto que, com base em amplíssimo parâmetro, o Judiciário pode controlar a constitucionalidade dos atos estatais e extrair deveres de agir aos demais Poderes.¹²⁰

Todavia, o processo de reforma constitucional é relativamente fácil, o que se comprova quando o art. 60 da Constituição de 1988 é submetido a uma

¹¹⁵ MELO, Marcus André. Hiperconstitucionalização e qualidade da democracia. In: Melo e Sáez (Org.). *Democracia brasileira*, op. cit., p. 250.

¹¹⁶ Melo, *Hiperconstitucionalização e qualidade da democracia*, op. cit., p. 241.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ Como exemplo desse fenômeno, Claudio Couto e Rogério Arantes estimam que as emendas constitucionais aprovadas no governo FHC aumentaram a Constituição em 15,3%. Couto e Arantes, *Constituição, democracia e governo*, op. cit. É um tanto quanto paradoxal que a resistência à desconstitucionalização de matérias venha dos próprios parlamentares, na medida em que tal providência implica a possibilidade de os próprios parlamentares disporem sobre o tema mediante *quorum* de maioria simples, e não mais de três quintos. A explicação se encontra, como visto, nas altas taxas de dominância e sucesso do Executivo no processo legislativo. Por isso, a desconstitucionalização de matérias, na visão de boa parte dos parlamentares, significa dar um cheque em branco ao Executivo.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 240.

¹²⁰ Melo, *Hiperconstitucionalização e qualidade da democracia*, op. cit., p. 255.

análise comparativa.¹²¹ Evidentemente que a associação entre uma Constituição analítica, repleta de escolhas conjunturais sobre políticas públicas, e um processo de emenda relativamente fácil resulta em elevadas taxas de emendamento, como é o caso da brasileira, que, em 24 anos, se submeteu a 77 emendas (contadas as seis de revisão).

Desta forma, a constitucionalização abrangente não tem conduzido à paralisia decisória e à ingovernabilidade, como esperado pela corrente hegemônica na ciência política,¹²² mas a um cenário em que, por um lado, há estímulo à judicialização de questões políticas, mas, por outro, há também um incentivo a um ativismo na reforma da Constituição — no qual o presidente tem demonstrado claro protagonismo —, inclusive para superar decisões judiciais indesejáveis.¹²³

5. Conclusão

A circunstância de o Judiciário decidir questões de notável relevância política é um fenômeno que se verifica atualmente em diversos países, inclusive no Brasil. Apesar da diversidade de culturas jurídicas e de ambientes político-institucionais, é possível identificar condições facilitadoras comuns a tal fenômeno.

As principais teses acerca da expansão do Judiciário podem ser divididas em três grupos: conceitualistas, funcionalistas e estratégicas. Dentre as primeiras se destaca a tese segundo a qual a principal causa de expansão do Judiciário teria sido a ampliação da positividade e da consciência sobre direitos que se verificou a partir do segundo pós-guerra, na linha do que é defendido pelo conhecimento jurídico convencional. Já as teorias funcionalistas vinculam a expansão do Poder Judiciário à adoção de sistemas políticos fragmentados, pois, em seu bojo, surgem problemas de coordenação entre entes autônomos que são resolvidos pelo Judiciário. Por fim, há as “teorias estratégicas”, que comungam da mesma premissa: se o Judiciário é o mais frágil dos “poderes”,

¹²¹ Ver LUTZ, Donald. Toward a theory of constitutional amendment. In: LEVINSON, Sanford. *Responding to imperfection: the theory and practice of constitutional amendment*. Princeton: Princeton University Press, 1995; Brandão, Rídez constitucional e pluralismo político, op. cit., p. 255-295.

¹²² Melo, Hiperconstitucionalização e qualidade da democracia, op. cit., p. 255.

¹²³ Desenvolvemos o tema em obra específica: BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

a ampliação do seu papel político só é possível se contar com a concordância, expressa ou tácita, dos demais “poderes”.

Ocorre que tais teses são raramente exclusivas; antes, elas apresentam condições que, embora distintas, contribuem para a expansão do Judiciário, podendo estar presentes em diferentes medidas em determinado sistema político-constitucional. A análise da forma pela qual estas condições se apresentam em determinado sistema é importante para aferir a intensidade e as características da expansão do Judiciário.

Há, basicamente, dois tipos de condição facilitadora deste fenômeno: as políticas e as institucionais. Dentre as políticas se destaca a democracia: (i) neste regime há sensível fracionamento do poder, surgindo problemas de coordenação que tendem a ser dirimidos pelo Judiciário; (ii) os vários pontos de veto presentes num sistema fragmentado podem criar dificuldades para a coalização governamental se pronunciar sobre questões altamente controvertidas, bem como para que ela reaja a decisões judiciais proferidas nessas matérias; (iii) Ademais, nas democracias bem ordenadas há alternância no poder, de modo que o risco constante de derrota eleitoral tende a estimular a constitucionalização de matérias, para evitar que o grupo vencedor possa, por maioria simples, alterar completamente a ordem jurídica. Note-se que a separação dos poderes e o federalismo também são importantes condições políticas para a judicialização, pois promovem forte fragmentação do poder político, criando problemas de coordenação que o Judiciário é chamado a resolver.

São, por sua vez, condições institucionais: a existência e a eficácia do catálogo de direitos fundamentais; a amplitude do controle de constitucionalidade e os efeitos das suas decisões; a abrangência e o relevo político das competências da Suprema Corte; e a constitucionalização abrangente.

Demonstrou-se ao longo do artigo a presença atualmente no Brasil de uma conjunção de fatores extremamente favorável à expansão do papel político do Poder Judiciário.¹²⁴ O principal elemento propulsor do fenômeno foi a consolidação da democracia brasileira. Com efeito, a solução das crises políticas pelas instituições constitucionalmente competentes — em diversas oportunidades pelo próprio STF — excluiu as Forças Armadas da vida política ordinária, permitindo que os conflitos políticos fossem dirimidos — pelo menos em maior medida do que no período pré-1988 — pelo direito e pela política, e não mais pela força.

¹²⁴ No mesmo sentido, ver CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia Política*, n. 23, 2004.

Já a alternância na ocupação da Presidência da República e as flutuações na representatividade dos partidos na Câmara dos Deputados revelam um quadro político-partidário competitivo, estimulando a constitucionalização de matérias para evitar que o jogo político permita que o vencedor tenha o poder irrestrito de alterar a ordem jurídica por maioria simples. No Brasil, essa possibilidade é especialmente temida, em virtude da ampla preponderância do presidente da República no processo legislativo, de maneira que os parlamentares tendem a rejeitar a “desconstitucionalização” de matérias por verem nela embutida a atribuição de um cheque em branco ao chefe do Executivo.

Há, portanto, claro ponto de contato entre a experiência brasileira e a teoria da expansão do Judiciário como “seguro eleitoral”, de Tom Ginsburg, na medida em que, precisamente no momento em que se verificou maior dose de incerteza eleitoral, houve sensível expansão do poder político do Judiciário. Note-se, ainda, que, na linha das teses funcionalistas, a adoção de princípios macroinstitucionais que se caracterizam pela intensa difusão do poder político — presidencialismo, federalismo, sistema proporcional de listas abertas e, posteriormente, a criação de agências reguladoras — fez com que o Judiciário fosse chamado, com frequência, para a solução de problemas de coordenação entre eles, mediante a definição concreta das fronteiras que demarcam as suas competências.¹²⁵

Assim, pode-se afirmar que a típica explicação dada pela dogmática jurídica convencional — atrelada à expansão dos direitos fundamentais e dos seus instrumentos de proteção — revela-se, no mínimo, incompleta. Com efeito, fatores políticos como a incerteza eleitoral, a alternância no poder, a estabilização democrática, a opção por um arranjo institucional marcado pelo fracionamento do poder (presidencialismo, federalismo, agências reguladoras, multipartidarismo) são importantes elementos políticos que fomentam a judicialização da política no Brasil contemporâneo.

Diante da existência de um cenário político bastante favorável à expansão do controle de constitucionalidade, a ordem jurídica instituída pela Constituição de 1988 refletiu, com nitidez, essa tendência. Com efeito, a Constituição de 1988 ampliou bastante os parâmetros de controle de constitucionalidade,

¹²⁵ Alguns dados corroboram a importância das teorias funcionalistas no Brasil, sobretudo as que enfatizam o federalismo como fator de judicialização: os governadores de estado são os campeões dentre os legitimados ativos da ADI (propuseram 26% das ADIs), além de 55% das ADIs alvejarem leis estaduais. Os dados foram acolhidos da pesquisa de Werneck Viana, Burgos e Salles, e se referem às ADIs propostas entre 1988 e 2005. Vianna, Burgos e Salles, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política, op. cit.

ao optar por um catálogo de direitos fundamentais muito abrangente e por uma Constituição analítica. No plano do controle de constitucionalidade, houve sensível aumento do rol dos legitimados ativos para a propositura de ADI, a criação da ADC e da ADPF, a ampliação dos atos impugnáveis e dos efeitos das respectivas decisões. Tais inovações permitiram não só que o STF decidisse um enorme elenco de matérias constitucionais, mas também que tais decisões, em tese, vinculassem todos os destinatários das normas constitucionais, os órgãos administrativos e os juízes responsáveis pela aplicação do direito — e não só as partes do processo, como era a tradição do constitucionalismo brasileiro.¹²⁶

Enfim, o fenômeno da judicialização da política tem bases sólidas nos sistemas político e constitucional brasileiro, e parece ter vindo para ficar. Com efeito, o emprego pelo Judiciário brasileiro de argumentos ligados à separação dos poderes para a inadmissão sumária de ações judiciais que suscitam questões políticas relevantes (discricionariedade, reserva de lei, insindicabilidade de questões políticas etc.), embora tão comum no passado, é a cada dia mais raro. Um passo fundamental para a análise do fenômeno é a compreensão das condições políticas e institucionais que conduzem tais questões políticas ao Judiciário brasileiro, desafio a que se propôs o presente artigo. Contudo, o tema é rico em nuances e complexidades, merecendo tratamento cuidadoso de um sem-número de aspectos relevantes, tais como o ativismo judicial, as suas condições, os parâmetros de legitimação da atuação judicial, as reações dos poderes políticos a decisões judiciais indesejadas etc. Porém, esses são temas para outros estudos.

Referências

ABRANCHES, Sérgio. A democracia brasileira vai bem, mas requer cuidados. In: VELLOSO, João Paulo dos Reis (Org.). *Como vão a democracia e o desenvolvimento no Brasil?* Rio de Janeiro: José Olympio, 2001.

¹²⁶ É bem de ver, contudo, que o movimento de expansão do papel político do Judiciário tem fortalecido, sobretudo, o STF. Tal assertiva é comprovada pela atribuição de efeito vinculante às decisões do STF — de maneira que decisões judiciais contrárias ao precedente do Supremo podem ser rapidamente cassadas por ele, por meio de reclamação. Evidencia igualmente o exposto a atribuição de competências superlativas ao STF, com a acumulação de papéis de Tribunal Constitucional, foro especializado e Tribunal de última instância.

_____. O presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados*, v. 31, n. 1, p. 21-22, 1988.

ACKERMAN, Bruce. *The failure of the founding fathers*: Jefferson, Marshall and the rise of presidential democracy. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2005.

_____. *The rise of world constitutionalism*. Connecticut: Yale Law School Occasional Papers, Second Series, n. 3, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. *Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos*. p. 36. Disponível em: <www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/vinte_e_um_anos_da_constituicao_brasileira_o_estado_a_que_chegamos_pt.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2013.

BRANDÃO, Rodrigo. Rigidez constitucional e pluralismo político. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 255.295.

_____. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia Política*, n. 23, 2004.

CASTRO, Marcos Faro. *O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política*. Disponível em: <www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09>. Acesso em: 30 jan. 2013.

COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. Constituição, democracia e governo. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 21, n. 61, p. 44, jun. 2006.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. *Alceu*, v. 5, n. 9, p. 105, jul./dez. 2004.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the american Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

EPP, Charles. *The rights revolution*. Chicago: Chicago University Press, 1998.

FIGUEIREDO, Angelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. Instituições políticas e governabilidade: desempenho do governo e apoio legislativo na democracia brasileira. In: MELO, Carlos Ranulfo e SÁEZ, Manuel Alcântara (Org.). *Democracia brasileira: balanço e perspectivas para o século 21*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade. *Revista de Direito Administrativo — RDA*, Rio de Janeiro, v. 220, p. 1-17, 2000.

GARDBAUM, Stephen. The new commonwealth model of constitutionalism. *American Journal of Constitutional Law*, v. 49. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=302401>>.

GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford handbook of law and politics*. Nova York: Oxford University Press, 2008.

GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies: constitutional courts in Asian cases*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

HIRSCHL, Ran. The judicialization of politics. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford handbook of law and politics*. Nova York: Oxford University Press, 2008.

KAGAN, Robert. American courts and the policy dialogue: the role of adversarial legalism. In: MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb (Ed.). *Making policy, making law: an interbranch perspective*. Washington, DC: Georgetown University Press, 2004.

LUTZ, Donald. Toward a theory of constitutional amendment. In: LEVINSON, Sanford. *Responding to imperfection: the theory and practice of constitutional amendment*. Princeton: Princeton University Press, 1995.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, n. 67, 2002.

MARRENCO, André. Devagar se vai ao longe? A transição para a democracia no Brasil em perspectiva comparada. In: MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcântara (Org.). *Democracia brasileira: balanço e perspectivas para o século 21*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. São Paulo: Singular, 2006.

MELO, Carlos Ranulfo. Nem tanto ao mar, nem tanto à terra: elementos para uma análise do sistema partidário brasileiro. In: MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcântara (Org.). *Democracia brasileira: balanço e perspectivas para o século 21*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

MELO, Marcus André. Hiperconstitucionalização e qualidade da democracia. In: MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcântara (Org.). *Democracia brasileira: balanço e perspectivas para o século 21*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira. A Constituição de 1988 e a judicialização da política no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, v. 45, n. 178, p. 157-179, abr./jun. 2008.

OLIVEIRA, Vanessa Elias. Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política? *Dados*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, p. 559-587, jul./set. 2005.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madri: Editorial Trotta, 2003.

ROUSSEAU, Dominique. *Droit du contentieux constitutionnel*. 7e éd. Paris: Montchrestien, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei n. 9.868/1999*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 101-139.

SANTOS, Fabiano. *O Poder Legislativo no presidencialismo de coalizão*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: Iuperj, 2003.

SHAPIRO, Martin. The success of judicial review. In: KENNEY, Sally J.; REISINGER, William M.; REITZ, John C. (Ed.). *Constitutional dialogues in comparative perspective*. Nova York: St. Martin Press, 1999.

____; STONE SWEET, Alec. *On law, politics and judicialization*. Nova York: Oxford University Press, 2002.

SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, Palo Alto, v. 39, p. 571-605, feb. 1987.

TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial power. In: ____; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. Nova York: New York University Press, 1995.

____; TORBJÖRN, Vallinder. *The global expansion of judicial power*. Nova York: New York University Press, 1995.

TRIBE, Laurence. *American constitutional law*. Nova York: New York University Press, 2000.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. 2. ed. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 1977.

VIANNA, Luiz Werneck, BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social — Revista de Sociologia da USP*, v. 19, n. 2, p. 39-85. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/ts/v19n2/a02v19n2.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2013.

____ et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Renan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.