



SENADO FEDERAL

UNIVERSIDADE DO LEGISLATIVO BRASILEIRO

UNILEGIS

ROBERTO LARA DA ROCHA

JUDICIALIZAÇÃO: REFLEXÕES SOBRE O FENÔMENO NO BRASIL

BRASÍLIA – DF
2008



ROBERTO LARA DA ROCHA

JUDICIALIZAÇÃO: REFLEXÕES SOBRE O FENÔMENO NO BRASIL

Trabalho final apresentado para aprovação no curso de pós-graduação *lato sensu* em Ciência Política, realizado pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul e Universidade do Legislativo Brasileiro, como requisito para obtenção do título de Especialista em Ciência Política.

Orientador: Rafael Silveira e Silva

BRASÍLIA
2008

JUDICIALIZAÇÃO: REFLEXÕES SOBRE O FENÔMENO NO BRASIL

Trabalho de conclusão do curso de pós-graduação *lato sensu* em Ciência Política realizado pela Universidade do Legislativo Brasileiro no 1º semestre de 2008.

Aluno: Roberto Lara da Rocha

Banca Examinadora:

Orientador: Profº Rafael Silveira e Silva

Avaliador: Profº Dario Alberto de Andrade Filho

Brasília, 1 de dezembro de 2008.

Entre um sonho e um projeto realizado, há muito, muito trabalho... As chances de sucesso aumentam bastante se esse trabalho seguir uma estratégia e for realizado por pessoas qualificadas e motivadas

Henrique Meirelles

RESUMO

Este trabalho objetiva investigar se há, do ponto de vista dos autores brasileiros, um processo de judicialização da política no Brasil e, se houver, se o fenômeno se dá por uma alteração do cenário político – aumento da demanda por parte dos agentes políticos – ou por alteração de paradigma jurídico – mudança de atitude do juiz na interpretação e aplicação da lei. Esse fenômeno se dá quando o Poder Judiciário passa a ter uma influência significativa no universo da vida política de um Estado. A idéia principal foi motivada pelas grandes diferenças institucionais existentes entre o Brasil e os Estados Unidos (país objeto de estudo dos precursores da temática). Na sua elaboração, empregou-se uma análise de trabalhos de autores brasileiros, visando confirmar a hipótese inicial: a de que não há um processo de judicialização da política por mudança de paradigmas jurídicos, nos moldes norte-americanos. Após a interação entre conceitos e posicionamentos doutrinários, pôde-se constatar a confirmação da hipótese pelos fatos e fundamentos aqui expostos.

Palavras-chave: Ativismo judicial; Judicialização da política.

SUMÁRIO

<i>INTRODUÇÃO</i>	1
<i>1. PARADIGMAS E PRESSUPOSTOS</i>	4
1.1 Legitimidade	6
1.2 Ativismo Judicial	8
1.2.1 <i>Ativismo judicial: perspectiva jurídica</i>	8
1.2.2 <i>Ativismo Judicial: perspectiva política</i>	10
1.2.3 <i>Ativismo Judicial no Brasil</i>	11
<i>2. DIFERENÇAS INSTITUCIONAIS ENTRE BRASIL E EUA</i>	13
2.1 Diferenças entre as constituições	13
2.2 Diferenças Entre As Cortes Constitucionais	15
<i>3. PERSPECTIVA DA JUDICIALIZAÇÃO NO PENSAMENTO BRASILEIRO</i>	18
3.1 Perspectiva tradicional: abordagens sobre a Corte Constitucional	18
3.2 Novas perspectiva sobre a Judicialização	30
<i>CONSIDERAÇÕES FINAIS</i>	31
<i>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</i>	34

INTRODUÇÃO

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, as instituições brasileiras passaram por profundas transformações. Sucedendo a um período de ditadura militar, essa nova fase da vida política nacional teve como principal foco a concretização do ideário democrático.

Sem dúvida, o primeiro passo rumo à democracia passa pelo equilíbrio e harmonia entre os poderes, situação não encontrada na vida política nacional no período anterior, onde a força do executivo superava a dos demais.

No que concerne às atividades da política e do judiciário, alguns autores elaboraram trabalhos sob a temática “Judicialização da Política”, onde procuram traçar mecanismos de interação entre ambos. Parte da literatura que se ocupa desse tema (Castro, 1997; Carvalho Neto, 2004; Koerner e Maciel 2002; Taylor, 2008; Werneck Vianna, 2007) leva em consideração a definição dos americanos Tate e Vallinder, constante na obra *The Global Expansion of Judicial Power* publicado em 1995: “judicialização é a reação do judiciário frente à provocação de um terceiro e tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomado como base a Constituição”.

Para eles, judicialização recebe uma dupla orientação: na primeira, haveria uma tendência dos juízes participarem ativamente da vida política, ampliando o universo das questões sob as quais deveriam se manifestar (ativismo judicial); na segunda, ao contrário, seria a tendência de políticos e autoridades administrativas de adotarem procedimentos semelhantes aos processos judiciais.

O presente trabalho tem por objetivo investigar se os autores nacionais percebem o processo de judicialização proposto por Tate e Vallinder (1995) sob a perspectiva do ativismo judicial. O ativismo será analisado do ponto de vista político e jurídico. Em seguida, será feita uma análise das diferenças institucionais entre o Brasil e o EUA.

A importância deste trabalho está na investigação acerca do que pensam os autores brasileiros sobre a temática, pois, como se sabe, antes de qualquer assunto migrar para o universo da política e virar norma jurídica, ele é debatido pela sociedade civil, organizada ou não. No caso em análise, uma incorreta correlação entre estudos de realidades políticas diferentes poderia levar, em situação extrema,

à adoção de mecanismos que visassem diminuir o espaço de atuação do STF, uma instituição garantidora do ideário democrático, na forma como sustentado por Habermas (1997, p. 91):

O espaço público político foi descrito como uma caixa de ressonância onde os problemas a serem elaborados pelo sistema político encontram eco. Nesta medida, a esfera pública é um sistema de alarme dotado de sensores não especializados, porém, sensíveis no âmbito de toda a sociedade. Na perspectiva de uma teoria da democracia, a esfera pública tem que reforçar a pressão exercida pelos problemas, ou seja, ela não pode limitar-se a percebê-lo e a identificá-lo, devendo, além disso, tematizá-lo, problematizá-lo e dramatizá-lo de modo convincente e eficaz, a ponto de serem assumidos e elaborados pelo complexo parlamentar.

Habermas oferece, de forma incontornável no atual debate, posição que tem o compromisso teórico-metodológico de estabelecer as relações entre sociedade e política, cujo traço característico é o pluralismo.

A pesquisa está fundamentada em trabalhos científicos de autores renomados, além de outros trabalhos apresentados em congressos ou revistas e artigos pesquisados na *internet*, o que revela o pensamento da doutrina brasileira acerca do estudo da judicialização da política, fazendo uma análise da realidade brasileira.

Além da introdução e das considerações finais, o texto está organizado em três partes.

A primeira parte será dedicada aos temas “Ativismo Judicial” e “legitimidade”, especialmente sobre o que a literatura diz sobre o assunto e se há correlação com o fenômeno observado pelos americanos Tate e Vallinder (1995).

Na segunda parte, serão analisadas as diferenças institucionais entre Brasil e EUA. Ainda que de forma superficial, serão observadas as diferenças entre a constituição americana e a brasileira e, de forma mais detalhada, as diferenças entre a atuação da Suprema Corte Americana e a do Supremo Tribunal Federal (STF) como pontos fundamentais no entendimento do assunto.

Feito isso, serão analisados os trabalhos publicados pelos principais autores brasileiros. Serão considerados aqueles que estudaram a temática há mais tempo, aqueles que tenham mais de um trabalho publicado e os que são citados por outros autores. Dos trabalhos publicados, analisaremos apenas o mais recente de cada um.

Será investigada a concordância ou não do conceito proposto, se há, do ponto de vista dos autores, ativismo judicial no Brasil e se o método de análise das ADIns serve para se aferir o nível de judicialização da política.

Baseado no referencial teórico de vários autores, na terceira parte será abordada a participação do Poder Judiciário na vida política dos Estados e sua efetividade. No Brasil, alguns autores têm se debruçado sobre o assunto na tentativa de verificar a existência ou não desse fenômeno.

Nas considerações finais será abordada a síntese analítica, bem como serão apresentadas propostas para trabalhos futuros, como forma de ampliar o conhecimento obtido.

1. PARADIGMAS E PRESSUPOSTOS

Um dos pressupostos básicos para compreender a judicialização e seus desdobramentos é o paradigma do Estado Democrático de Direito, sustentáculo político dos Estados modernos. O motivo é óbvio, não faria sentido levantar o assunto num Estado absolutista, onde a orientação político-jurídica dependesse da vontade de um ou alguns poucos membros.

Dessa forma, o modelo proposto pela nova composição dos Estados, sobretudo aqueles que seguiram o modelo sugerido pelos iluministas do século XVIII, se mostra coerente no sentido de dar certo equilíbrio a algumas possíveis distorções, quais sejam: o emprego da razão em detrimento ao emprego da religião, e a soberania popular substituindo a figura do déspota.

É certo que agora o poder não tem mais uma orientação absolutista das monarquias fundadas no Direito divino. A razão humana dá rumo ao Estado e à nação. O poder soberano confere expressão jurídica à soberania popular.

A partir do grande pacto político (constituição), dois elementos importantes surgem com objetivos complementares.

O primeiro, o poder constituinte originário, é aquele que fundamenta a existência de toda sociedade. Seus atos não encontram limites, pois são extraídos do consenso e, por isso, são eminentemente políticos. Como resultado de sua atuação surgem as constituições rígidas, aquelas que não aceitam alterações sem que antes as propostas passem por um complexo processo de apreciação e aprovação.

Como conseqüência, inevitável se faz extrair daí o paradigma da soberania popular, que tem a sua razão de existência calcada na garantia constitucional da limitação do poder. Essa limitação não encontra exceção. Assim, até mesmo o parlamento está sujeito à imposição de barreiras capazes de corrigir distorções ou abusos entre o que pretendeu o constituinte originário e o constituinte derivado, como bem salienta Bonavides (2003, p. 146): “O abuso de se ver a representação do povo soberano transformada em representação soberana do povo, ou seja, a soberania popular transformada em soberania parlamentar” (Malberg, 1922 *apud* Bonavides, 2003, p. 146).

Já o segundo, o poder constituinte derivado, é eminentemente jurídico. Ele apresenta limitações expressas quanto a sua atuação. As barreiras impostas a ele são de cunho jurídico-político e uma das suas principais funções se refere ao poder de alterar a constituição em decorrência das transformações sociais, mas dentro de certos limites estabelecidos no próprio texto constitucional.

Assim, o funcionamento das engrenagens políticas deve respeitar algumas regras básicas (leis). O problema surge quando, num mínimo esforço intelectual, são feitos os seguintes questionamentos: pode o legislador prever todas as possibilidades no momento em que regula determinada situação? Como aplicar a norma ao caso concreto, tendo em vista as possíveis diferenças entre eles?

O modelo consagrado na doutrina da tripartição do poder certamente pensou nesses questionamentos e procurou apresentar soluções, ao menos do ponto de vista teórico.

As funções estatais foram distribuídas de forma a permitir que houvesse um controle mútuo entre os seus detentores, permitindo, dessa forma, certo equilíbrio entre eles, embora as forças, quase sempre, pendam para o Executivo (Lijphart 1989), visto ser este detentor “da espada e do cofre”.

Ao Poder Legislativo, legitimado pelos princípios da maioria e da representação, cabe regular as relações que advirão da vida em sociedade. Sua ineficiência no cumprimento desse mister trará para os outros poderes a necessidade de uma maior atuação.

Cabe ao Poder Judiciário resolver os conflitos existentes, usando como arma a legislação que tem a seu dispor. Mas há uma pergunta recorrente: qual a sua legitimidade para o exercício de tal função? Como pode ele anular ou impor obstáculo à vigência de uma norma legitimamente elaborada por um poder representativo? Sem dúvida, a falta de legitimidade é um argumento recorrente dos que defendem a atuação mínima do Judiciário.

1.1 Legitimidade

Falar em legitimidade do poder judiciário é falar também em legalidade, embora os conceitos de ambas não devam ser confundido, ao menos na perspectiva política. Legal é o que está de acordo com a lei e legítimo é o que tem aceitação.

De acordo Faria (1978. p. 80), legitimidade deriva de legítimo, que, por sua vez, se origina do latim *legitumu* [*legitimus, a, um*], que significa em conformidade com a lei; além de, como visto, ser qualidade da norma que deve estar de acordo com a vontade social e com a ética.

O autor acima citado afirma que "não basta o exercício legal da coragem, mas que seu uso seja legítimo", concluindo que uma norma é legítima quando apoiada sobre um valor.

Para Bobbio (2000, p. 675) em seu dicionário de política, a legitimidade possui dois significados. O primeiro conceito é genérico, no sentido de justiça ou de racionalidade (fala-se na Legitimidade de uma decisão, de uma atitude, etc). O segundo é específico. É aquele que aparece na linguagem política (poder constituinte). O que nos interessa, aqui, é a preocupação com o significado específico.

Quando se fala em legitimidade dos Poderes Executivo e Legislativo, o referencial teórico é a escolha (eleição). Nesse caso, o povo decidiu ser representado por aqueles agentes e os outorgou uma "procuração" para que, em seu nome, realizassem os poderes de Estado.

O voto e a representação são elementos cuja lógica obedece a critérios puramente ideais. Não se pode afirmar que eles são como deveriam ser. As distorções ocorridas no processo sempre serão inevitáveis: a indiferença, a desinformação, o desinteresse, a distância dos candidatos e o ceticismo quanto ao potencial de seu voto deixam os eleitos perdidos quanto às ações a serem priorizadas ou, conforme o caso, mais confortáveis para defenderem interesses de grupos econômicos que os apoiaram (SOUZA JÚNIOR, 2004).

Mas, e quanto ao Poder Judiciário, qual a sua legitimidade para alterar os atos de um poder representativo? A resposta é simples, o povo, por meio de representantes, elaborou e aprovou uma constituição e, em tese, ela também foi

aceita e aprovada pelo povo. Os poderes e deveres do Judiciário estão contidos nessa carta de orientação política. Assim, não se pode falar em falta de legitimidade como obstáculo à sua participação no cenário político, pois, senão, alguns outros agentes políticos, com poder de editar normas e traçar políticas deveriam ter sua participação também questionada, é o caso dos Ministros de Estado, suplente de parlamentar e de dirigente de agência reguladora, por exemplo.

Os atos governamentais praticados de acordo com essa constituição são atos legítimos, mas quando fogem da orientação traçada por ela, há a necessidade de sua revisão. A via para que isso ocorra é a revolução, o que acarreta a necessidade de se criar um novo Estado, fundado em novos paradigmas. Em resumo, os atos praticados ganham legitimidade quando gozam de aceitação popular.

Consoante Habermas, a argumentação e o diálogo são elementares, pois é a partir dos processos de comunicação que novos caminhos da democracia e do direito envolveriam o fortalecimento da busca de soluções. Porque, quanto mais democrático for o processo de positivação do direito, mais legítimo ele será, mais aceito socialmente será e, justamente, pela teoria do discurso, mais facilmente se dará a democratização do processo de positivação do direito. Resumindo, no entender de Habermas, a legitimidade do Direito se apóia em um arranjo comunicativo, pois cada membro da sociedade participa de um procedimento discursivo o qual os coloca em condições de igualdade e lhes dá liberdade de arguição (Habermas, 1999).

Um grande problema surge quando legitimidade e legalidade se confrontam em um caso concreto. Por vezes, ocorrem situações legais e não legítimas, não recebendo, portanto, aceitação popular. Como age o prejudicado nesses casos? Certamente buscará os seus direitos junto ao Judiciário esperando respostas positivas. Surge, daí, a legitimidade do Poder Judiciário: quando sua atuação estiver em conformidade com o anseio popular sua legitimidade estará assegurada.

Com base nos preceitos jurídicos, a atuação do Estado garante a noção de legalidade (em sentido amplo) e a atuação conforme a lei (a Constituição) dá a entender a legitimidade. Entretanto, ainda que um ato seja legal, pode ocorrer do mesmo não mais ser aceito pelo povo, o que implicaria sua ilegitimidade. Assim

sendo, pode-se dizer que a legalidade é um bom indicativo da legitimidade, mas não se confunde ou equivale à mesma. Assim como afirma Bonavides (2002) que,

(...) A legalidade supõe, por conseguinte, o livre e desembaraçado mecanismo das instituições e dos atos da autoridade, movendo-se em consonância com os preceitos jurídicos vigentes ou respeitando rigorosamente a hierarquia das normas, que vão dos regulamentos, decretos e leis ordinárias até a lei máxima e superior, que é a Constituição.

Resumindo, pode-se entender que o Estado, para atuar com legitimidade, deve praticar atos aceitos como válidos pelo povo. Os atos praticados em conformidade com a legalidade sugerem a legitimidade, ainda que não de forma absoluta, já os atos do Estado praticados em descompasso com a legalidade serão um forte indicativo de ilegitimidade.

Esse fenômeno é mais notado quando o assunto a ser tratado goza de proteção constitucional. Nesses casos, a competência para o julgamento é do STF, órgão escolhido pela constituição para sua proteção.

1.2 Ativismo Judicial

Antes de qualquer consideração acerca da temática, necessário se faz esclarecer sob qual perspectiva será trabalhado o assunto. Isso porque não há consenso sobre o conceito de ativismo, aliás, não se sabe sequer se há conceito. De qualquer sorte, esse ponto deve ser tratado superficialmente, visto não ser o conceito, o objeto desse trabalho.

Mas um ponto importante a ser destacado é a diferença de tratamento dado por juristas e cientistas sociais ao tema ativismo. Se no universo jurídico o consenso acerca da temática é inexistente, imagine-se quando dois posicionamentos, às vezes antagônicos, se confrontam.

1.2.1 Ativismo judicial: perspectiva jurídica

Ativismo do ponto de vista jurídico é o enfoque dado à temática sob o ponto de vista do Direito. Ele leva em consideração elementos hermenêuticos e é puramente normativo.

Na concepção originária dos intérpretes da lei, constituída principalmente pelos comentadores do Código de Napoleão, o sistema normativo era perfeito e completo. O método de interpretação era o literal. Buscava-se no texto legal a vontade ou a intenção do legislador. Negava-se a validade do Direito jurisprudencial. Os mais extremados dessa corrente acreditavam que, na ausência de texto normativo, poderia o juiz abster-se de julgar. Os menos radicais admitiam o emprego da analogia para esses casos. Essa corrente ficou conhecida como Escola da Exegese.

Outras escolas também tinham a mesma orientação quanto à interpretação da norma jurídica. Os pandecistas, por considerarem o uso e os costumes, davam interpretação mais elástica aos dispositivos legais, mas sempre se limitando na criação do Direito. A escola analítica de jurisprudência pregava que, ao aplicador do Direito, não cabia analisar se uma norma é ou não justa. Isso deveria ser considerado pelo filósofo ou pelo legislador, o Direito estava completamente afastado da ética.

Ainda no campo da hermenêutica, devem-se destacar as escolas que surgiram como reação ao estrito legalismo. Para essas novas escolas, haveria a necessidade de maior participação do intérprete na aplicação da lei. Assim, a Escola Histórica do Direito pregava que o Direito seria fruto da consciência de um povo, deve-se desenvolver espontaneamente como linguagem e não deve ser imposto abstratamente. O povo seria o criador do Direito, entendido com povo não somente a geração presente, mas a futura.

A Escola Teleológica pregava que o Direito seria produto vivo e não fruto das transformações sociais, o que, para ela, só poderia ser conseguido por luta. Ihering (1978) dizia que as ações têm finalidade. Também no Direito tudo existe pra um fim, sendo o mais geral a garantia de condições de existência da sociedade. Para isso, os interesses individuais deveriam se subordinar aos interesses sociais. Assim, o Direito assumiria um caráter finalístico primário, que seria a paz social.

Para algumas escolas mais livres quanto ao método de interpretação, o intérprete não deveria ficar preso a método interpretativo pré-estabelecido.

A Escola da Livre Pesquisa Científica pregava que a lei só tinha uma intenção: aquela que motivou a sua criação. O intérprete deveria manter-se fiel e

reproduzi-la no momento da aplicação. Seu significado não deveria sofrer influência do momento histórico em que fosse interpretada. Caso fosse verificado que a lei originária não correspondia aos fatos supervenientes, reconhecia-se a lacuna, a qual deveria ser suprida pela interpretação do magistrado.

A Escola do Direito Livre pregava a existência de um “Direito justo” ao lado de um “Direito legal” e inexistiria um Direito para todos os tempos e lugares. Assim, o Direito Justo deveria ser perseguido pelo legislador e pelo juiz; este deveria exercer uma livre apreciação, obedecidas certas regras. Sua tese principal se sustentava na idéia de que o Direito não é, e nem deve ser, um produto exclusivo do Estado. Por isso, a lei não é a única fonte do Direito e o juiz não deve ser submisso a ela.

Para a escola Vitalista do Direito, a norma deve ser interpretada e aplicada circunstancialmente, ou seja, considerando a variação da circunstância histórica, desde sua criação até o momento da sua aplicação. Pois a aplicação do Direito não obedece à uniformidade da lógica do raciocínio matemático, mas há flexibilidade para o entendimento razoável do preceito.

1.2.2 Ativismo Judicial: perspectiva política

Do ponto de vista político, ativismo tem um caráter analítico. Seria a interação entre, de um lado, o Judiciário e, de outro, os Poderes Legislativo e Executivo. Assim, a freqüência e a influência com que o primeiro é acionado despertariam sobremaneira o interesse de cientistas sociais.

Como os estudos não têm se aprofundado no comportamento dos magistrados, a exemplo do que fizeram Segal e Cover (1989) ao analisarem o perfil político-ideológico dos juízes americanos antes e após assumirem os seus postos na Suprema Corte Americana, pode-se inferir que a abordagem política de ativismo não está preocupada com a ambição do Judiciário em ganhar poder.

Tal premissa pode ser extraída das considerações de Taylor (2007, p.231):

(...) No entanto, o Judiciário é inerentemente passivo e precisa ser acionado por atores externos para que tenha qualquer efeito. Por isso, o grau com que o judiciário é invocado para servir como árbitro nos conflitos entre forças ou instituições políticas depende não apenas da força dos tribunais, mas também, de forma mais abrangente, dos padrões da disputa política.

Então, par efeito de ativismo, do ponto de vista político, interessará apenas a interação entre os três Poderes, sem a preocupação com a técnica da aplicação do Direito.

1.2.3 Ativismo Judicial no Brasil

Sem dúvida, a realidade histórica da política no Brasil atrasou um pouco a mudança de atitude dos magistrados quanto à interpretação do Direito. Tradicionalmente e por herança do positivismo jurídico (doutrina que pregava a literal interpretação da lei) os juízes brasileiros não dispunham de muito espaço quando aplicavam a norma ao caso concreto. Assim, a neutralidade do intérprete, o emprego da lógica formal, o caráter científico e a racionalidade da lei deveriam nortear o agir e o pensar do magistrado.

Gradativamente, houve uma assimilação dos conceitos empregados pela Teoria Crítica do Direito (corrente filosófica originária da Europa e Estados Unidos e que deu maior importância ao caráter filosófico do Direito, pois entendia a produção legislativa como manifestação dos interesses dominantes) e os membros do Judiciário tornaram-se menos dogmáticos.

A Constituição de 1988 deve ser entendida como uma alavanca para a hermenêutica jurídica, sobretudo para a hermenêutica constitucional. A assimilação do novo ideário político resultou numa interpretação mais principiológica, com fundamentos valorativos éticos e sociais mais arraigados no pensamento dos magistrados.

Os princípios cristalizam os valores compartilhados por uma sociedade em determinado lugar e momento e devem ser considerados pelo operador do Direito quando da sua aplicação.

Embora todo o processo de interpretação da lei tenha certo grau de criação do Direito, deve-se ressaltar a necessidade da imposição de limites quanto ao grau de criação dos juízes. A certa discricionariedade de que deve gozar o magistrado não pode se confundir com arbitrariedade. O sistema jurídico pátrio é dotado de limites à liberdade judicial.

Então, para efeito desse trabalho, Ativismo Judicial será a disposição dos magistrados para uma maior participação nos assuntos políticos. Sua ocorrência no Brasil e de que forma isso poderá ser mensurado é o que se quer verificar ao estudar o posicionamento dos autores brasileiros.

Essa breve consideração acerca do ativismo no Brasil se deve à referência, quase que exaustiva, que será feita ao assunto na página 18, trazendo o posicionamento de autores brasileiros.

2. DIFERENÇAS INSTITUCIONAIS ENTRE BRASIL E EUA

Sem dúvida, uma das motivações principais para a elaboração deste trabalho foi a diferença institucional existente entre o Brasil e os Estados Unidos. No primeiro contato com a temática, muitas indagações surgiram: como conceber que conceitos desenvolvidos em realidades políticas completamente diferentes pudessem servir de parâmetro para a análise do caso brasileiro?

Diversos argumentos poderiam ser construídos na tentativa de se sustentar o que foi afirmado, mas dada a brevidade do tempo preferiu-se expor dois que parecem ser fundamentais: as diferenças constitucionais e as diferenças entre as cortes constitucionais.

2.1 Diferenças entre as constituições

No tocante às constituições dos dois países, há que se destacar algumas diferenças conceituais. A Constituição americana é formal. O que isso significa? Significa que as normas nela contidas são de natureza exclusivamente constitucional.

Como se sabe, uma norma é essencialmente constitucional quando o seu objeto é a organização do Estado. Assim, a forma, a moldura e competência do poder, direitos e garantias fundamentais, conservação e exercício da liberdade, a natureza do seu regime, forma de aquisição, limitação e transferência de poder devem estar contidos necessariamente no seu texto.

A Constituição brasileira é uma constituição material. O que isso significa? Significa que as normas nela contidas são consideradas constitucionais, porque sofreram um processo mais complexo na sua elaboração e estão contidas no texto constitucional. Assim, mesmo que uma norma não goze de características formalmente constitucionais, como as especificadas no parágrafo anterior, por exemplo, serão consideradas constitucionais pelo simples fato de estarem inscritas na constituição. Um exemplo prático vem do artigo 242, § 2º, da CF/88, onde, textualmente, diz: “O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal”.

Qual a importância disso para a temática ora em estudo? Como o objeto desse trabalho é medido pelo ajuizamento de ADIns, fica fácil concluir que o peso da ação que vise anular uma legislação por estar em desacordo com o texto de uma constituição formal é muito maior do que em uma constituição material. Isso porque, numa situação hipotética, se se imaginasse a promulgação de uma lei estadual que objetivasse transferir a sede do referido colégio para outro bairro, ela seria atacada por uma ADI, por ser da união a competência administrativa.

Como visto, neste caso específico, o uso do dispositivo que segundo a doutrina é caracterizador da judicialização da política (ADI), em nada representou um aumento de poder do Judiciário, simplesmente foi acionado para reparar um erro de natureza procedimental. Não houve uma disposição do juiz de participar da vida política do país, houve apenas uma indicação de quem seria a competência para a prática do ato. Diferentemente ocorre quando se ajuíza uma ADI em um país cuja constituição só possui regras formais. Aí, sim, há a disposição de que o juiz se manifeste sobre questão efetivamente política.

Outra diferença, que se mostra como consequência da primeira, reside na extensão dos textos constitucionais dos dois países. A Constituição brasileira é classificada pela doutrina como uma constituição prolixa, aquela que trata de minúcias de regulamentação, que melhor seria atribuída à legislação ordinária, mas, por questões históricas e por motivo de segurança jurídica, o legislador constituinte preferiu inseri-las no texto constitucional.

Esse mesmo legislador limitou o Congresso brasileiro quanto às suas funções institucionais. Todo o processo legislativo é ditado por normas constitucionais e regimentais. Não pode, portanto, haver desvio na elaboração de uma lei. Como o processo legislativo é também orientado por regras constitucionais, qualquer subversão a elas implica transgressão ao texto constitucional, tornando-se passiva de anulação via ADI.

Como se vê, o poder constituinte originário impôs limites ao poder constituinte derivado. Isso se explica pela característica principal daquele: ser extrajurídico. Não há nenhuma limitação ao novo poder que se instala e que pretenda instituir uma nova ordem política. Essa opção demonstrou a preocupação em se impor limite às instâncias representativas no que concerne às funções legislativas. Portanto, do

ponto de vista da separação dos Poderes, não foi mero acaso a distribuição de competência contida da Carta Maior. Na intenção de preservar os acordos políticos, distribuiu-se no âmbito do Estado as competências necessárias para um efetivo controle recíproco.

A Constituição americana é concisa. Nela estão contidos apenas enunciados genéricos. Sua regulamentação está no plano da legislação ordinária. Assim, quando se quer atacar uma norma recém-criada, por se tratar de matéria infraconstitucional, não há a necessidade do uso da ADI. Lá, o processo legislativo não sofre um controle mais rígido, ao menos em termo de limites constitucional.

2.2 Diferenças Entre As Cortes Constitucionais

Importante destacar, também, a grande diferença existente entre a Suprema Corte Americana e o Supremo Tribunal Federal. A diferença não consiste no objetivo dessas instituições, mas no modo de atuação de ambas.

A Corte Constitucional Americana inaugurou o controle judicial das constituições. Mas a peculiaridade está no fato de não haver previsão constitucional para a prática de tal ato.

Um famoso caso envolvendo altas figuras governamentais inaugurou nos Estados Unidos o *judicial review*, que seria o controle judicial das leis promulgadas por estar em desacordo com a Constituição americana. Na ocasião, discutiu-se a possibilidade de anulação de um ato praticado pelo Presidente dos EUA.

A partir de então, o Tribunal vinha exercendo o controle sem muita distinção de matéria sobre a qual deveria formular o seu juízo. Assim, se houvesse alguma dúvida quanto à constitucionalidade da lei aprovada, havia uma pronta e efetiva resposta do Tribunal

Houve uma mudança no comportamento dessa Instituição a partir de 1937. Antes o universo das questões sob as quais o Tribunal se manifestava era bem maior. Na prática, houve um abandono da idéia de se ter um papel de controlador do Congresso americano. Na sua nova configuração, as questões sobre as quais os juízes têm se debruçado dizem respeito aos direitos pessoais.

Como acentua Schwartz (1966), na década de 50, a Corte americana anunciou uma nova doutrina segundo a qual, quando uma lei parecer usurpar um direito civil – em particular, a liberdade de palavra, de imprensa, de religião e de reunião – deve admitir-se que a lei é nula, a não ser que os seus defensores possam mostrar que a interferência é justificada em virtude da existência de um perigo evidente e atual para a segurança pública.

Modernamente, parece que a Corte voltou a exercer um controle mais rigoroso no processo legislativo. Talvez esse possa ser um indício sob o qual os autores que apontam o fenômeno da judicialização tenham vislumbrado tal fenômeno.

Houve uma mudança de comportamento dos juízes no sentido de apreciarem um universo maior de matérias no controle constitucional. Isso se deve à possibilidade dos magistrados americanos poderem escolher sobre qual assunto desejam se manifestar. Dessa forma, a possibilidade de intervenção do juiz nas questões que ele julgar, talvez, politicamente convenientes, será bem maior, e ele o fará sem que sobre tal ato possa haver qualquer proibição legal.

Aliás, essa outra diferença se mostra bem significativa no que respeita ao assunto “ativismo judicial”. No Brasil, em decorrência do Princípio da Inércia o Judiciário não pode se manifestar a não ser que seja provocado. Esse posicionamento do sistema judicial brasileiro objetiva afirmar a imposição da imparcialidade do magistrado é o que está escrito no artigo 2º do Código de Processo Civil: “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou interessado a requerer, nos casos e formas legais”.

O modelo brasileiro de controle de constitucionalidade é o misto. Assim, cabe ao STF exercer o controle concentrado – aquele que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo independentemente de um caso concreto – e, em grau recursal, o controle difuso – caracterizado pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a constituição – das normas constitucionais. Foi esse o modelo adotado pela Carta de 1988

A atuação do tribunal é pautada pela transparência. O magistrado, quando profere o seu voto, deve obedecer a requisitos formais mínimos, sob pena de

nulidade total. A fundamentação é um desses requisitos, com ela o voto orienta o posicionamento do magistrado no caso concreto, sujeitando-o, ao controle interno (recursos à instância superior, fiscalização da corregedoria) e externo (controle social, da imprensa, *impeachment...*).

A legitimidade do Tribunal decorre, também, da possibilidade que dá às minorias, sem acesso ao poder representativo, de pleitear direito negado pelo processo decisório majoritário. Não se deve esquecer que as minorias são o elemento garantidor da própria democracia, que tem no princípio da alternância de poder o seu oxigênio (CAMPILONGO, 2000).

Além disso, há outro aspecto a se considerar: os precedentes judiciais alteram a postura do parlamento, quando o cálculo para a vigência do projeto se mostra desfavorável. Diante da possibilidade de futuras derrotas judiciais, a maioria optaria por um entendimento com a minoria, buscando uma decisão consensual (TEIXEIRA, 1997).

Outro elemento garantidor da legitimidade do Tribunal é a sua atuação orientada por textos normativos, elaborados pelo poder representativo majoritário. Quando a decisão for contrária ao que pretendia o legislador, há a possibilidade de correção via revogação ou alteração da lei na qual se baseou a decisão judicial. Sempre há a saída de se contornar “equivocos” judiciais que impeçam julgamentos futuros no mesmo sentido (TEIXEIRA, 1997).

3. PERSPECTIVA DA JUDICIALIZAÇÃO NO PENSAMENTO BRASILEIRO

3.1 Perspectiva tradicional: abordagens sobre a Corte Constitucional

O aumento significativo da participação do Poder Judiciário na vida política dos Estados tem gerado estudos acerca de sua efetividade. No Brasil, alguns autores têm se debruçado sobre o assunto na tentativa de verificar a existência ou não desse fenômeno.

O Castro (1997), citando alguns exemplos ocorridos na Europa, demonstra o processo de judicialização da política, nos moldes do que propalado pela doutrina. Na França, ele menciona o papel do *Conceil Constitutionnel* para a definição da sorte do programa de nacionalização, proposto pelo governo do presidente François Mitterrand. Segundo o autor, o Conselho adotou razões alheias a critérios da política econômica e apoiou-se tão-somente na Declaração dos Direitos do Homem de 1789 para afastar as pretensões daquele Presidente.

Na Inglaterra, o autor cita a proibição imposta por Margaret Thatcher à formação de sindicatos no serviço público e a política de fechamento de escolas do sistema público de ensino secundário, sem consulta prévia aos pais e alunos. Em ambos os casos, houve a interferência dos tribunais, inviabilizando a efetividade de tais medidas (STERETT, 1994 *apud* CASTRO, 1997).

No Brasil, ele aponta dupla perspectiva na análise da tendência à judicialização: a primeira seria a atividade jurisdicional, aquela manifestação judicial calcada na sua função institucional; a segunda seria a atividade não-jurisdicional, aquela onde o foco seria o pronunciamento dos magistrados fora de suas atividades jurisdicionais: discurso de posse, declaração à imprensa, por exemplo. Nessa segunda perspectiva, apesar dos magistrados não estarem em atividade profissional (jurisdicional), nota-se, segundo o autor, uma interferência considerável no plano prático.

A análise considera sempre a atuação das cortes constitucionais. Isso se dá pela competência que possuem, no controle de constitucionalidade das leis, visto ser a constituição a orientação política de um povo, bem como o estatuto responsável para resolver os conflitos entre os entes federados.

Na tentativa de traçar um padrão de julgamento, o autor faz um estudo, utilizando 1.240 acórdãos publicados pelo STF no primeiro semestre de 1994, o que representa somente uma parte dos 7855 acórdãos publicados naquele ano. Há que se destacar o instrumento utilizado. No trabalho, Castro (1997) utiliza como objeto de análise, os acórdãos publicados. Assim, ele engloba nas decisões, todos os estatutos jurídicos sujeitos à apreciação do Supremo. (Hábeas corpus, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, ADI, entre outros).

Ele termina por concluir que mais da metade (58,1%) dos julgamentos se dá em processos tributários, 23,2% é de conteúdo processual, 94,54% dos conflitos julgados são entre autoridade pública e partes privadas e, desse total, o Tribunal decidiu em 75,57% favoravelmente aos interesses privados. Mas, a despeito de se ter preponderância dos julgamentos favoráveis aos interesses privados, se forem excluídas das matérias julgadas aquelas relativas à política tributária, Direito Penal e aquelas referentes ao rito processual, o Tribunal atendeu duas vezes mais ao interesse público. Sendo assim, ele segue concluindo: “à exceção da política tributária, o STF não tem desenvolvido jurisprudência em proteção a direitos individuais e em contraposição às políticas governamentais”.

Como dito inicialmente pelo autor, o objetivo do seu trabalho foi expor o conceito de “judicialização da política”, dar exemplo do fenômeno e oferecer uma análise do impacto político do comportamento do STF. Mas a análise do seu posicionamento, quanto ao processo de judicialização, se torna mais clara e possível nas considerações expostas em entrevista a um jornal (Correio Braziliense, 07/09/2008).

Vejamos alguns trechos da entrevista, a seguir:

a) Sobre **Judicialização da Política:**

Não existe nenhuma necessidade de reservar matéria para a análise de um ou outro poder. Na verdade, os poderes, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, se pronunciam, em princípio, sobre todos os tipos de matérias nas democracias modernas. Faz parte do jogo democrático uma interação entre os poderes.

b) Acerca do **Vácuo dos Outros Poderes:**

Há uma demanda da opinião pública pela tomada de posição do Estado a respeito de diversos tipos de assunto. Evidentemente, quando um poder não age, outro pode se sentir instado a agir, portanto a se pronunciar.

c) Sobre **Processo Positivo**:

O Judiciário tem a oportunidade de acrescentar elementos ao discurso público sobre a moralidade da sociedade. É um ambiente que nem sempre está presente em outros ambientes institucionais. O Legislativo, por exemplo, é muito preso à função de representação de interesses e não necessariamente de construir ou dar forma concreta a idéias de justiça. O processo democrático contemporâneo é a representação de interesses e esses interesses que motivam os indivíduos muitas vezes estão relacionados a valores numa forma muito confusa, muito tênue. Entendo que cabe ao judiciário enriquecer o debate público com uma perspectiva que dê conteúdo às ações, decisões e escolhas da sociedade.

Como se observa, para ele, o processo de judicialização deve ser visto como um desdobramento natural das relações institucionais nas democracias modernas.

Para Carvalho (2004), há uma necessidade de se estruturarem melhor os indícios de uma possível judicialização da política no Brasil. Sua idéia é demonstrar que os conceitos propostos por Neal Tate e t. Vallinder (1995) não esgotam o assunto. No seu trabalho, ele pretendeu fazer uma abordagem sobre os motivos da expansão do poder judicial, observar se as condições existentes em outros países estão presentes no Brasil e discutir o conceito de judicialização da política com a sua sustentação empírica no país.

Na sua análise, os países ocidentais, ao adotarem um Tribunal Constitucional como mecanismo de controle dos demais poderes, inserindo-o no cenário político, fez com que, além dos governos se preocuparem em convencer o parlamento, devem, também, se preocuparem em não infringir a Constituição.

A nova organização política do Estado fez surgir condições viabilizadoras do aumento da participação do Judiciário nos processos decisórios. Ele aponta as prerrogativas exercidas pelo STF no controle de constitucionalidade, após a promulgação da Constituição de 1988.

Ele considera que, de forma sintética, pode-se conceber o fenômeno da judicialização sob duas perspectivas: a primeira seria normativa, aquela que aborda a chamada supremacia da Constituição sobre as decisões majoritárias. Diz ser essa tendência uma evolução, em contrapartida ao modelo tradicional de se fazer política. Ele aponta na doutrina os que são a favor desse posicionamento: Dworkin (2001) e Cappelletti (1993); os que são a favor, mas com certo limite: Habermas (1997) e Garapon (1999) e os que são contra, como Ely (1980).

A segunda perspectiva seria a analítica: aquela que, segundo o autor, se preocupa com o ambiente político e institucional, definindo, medindo e avaliando o processo de judicialização da política. É essa a abordagem que ele pretende dar neste trabalho.

Ele diz que, no Brasil, o fenômeno da expansão do Poder Judiciário tem se confirmado por meio de trabalhos empíricos. Como exemplo, cita os trabalhos de Castro (1997) e Werneck Vianna (1999). Como argumento pela expansão, faz referência ao número de ADI ajuizada, visto ser esse o parâmetro estabelecido pela doutrina, sobretudo por seus precursores Tate e Vallinder (1995).

Na análise da expansão, ele menciona as considerações dos autores americanos, justificando-as pela queda do comunismo no leste europeu e ao fim da União Soviética. Fala, também, sobre a forte influência das teorias da Ciência Política e da influência da jurisprudência dos tribunais judiciais americanos na sofisticação dos mecanismos de controle jurisdicional.

Ele cita o fim da II Guerra Mundial como o evento que acelerou o surgimento dos tribunais constitucionais. Os direitos humanos assumiram um papel relevante, principalmente na Corte de Direitos Humanos de Estrasburgo, por ter disseminado, segundo o autor, o “evangelho” da judicialização nos demais países.

Quando o assunto é judicialização da política e interesses econômicos globais Carvalho (2004) cita Santos (2001). Afirma que, baseado nos dados do Banco Mundial, o autor concluiu que foi preciso conhecer o fracasso do Estado na África, o colapso das ditaduras na América Latina e o desmantelamento do Leste Europeu para concluir que, sem um enquadramento jurídico sólido, sem um sistema judicial independente e honesto os riscos de um colapso social e econômico são enormes.

Conclui Santos (2001) que: “De todos os consensos liberais globais, o do primado do Estado de Direito e do sistema judicial é, de longe, o mais complexo e intrigante”.

Ibañez (2003) alerta para a mudança de comportamento jurisprudencial dos tribunais. Para o autor, eles passaram a atuar nos vazios institucionais deixados pelos poderes representativos. Essas alterações foram impulsionadas pelas mudanças interpretativas das escolas jurídicas, pela delegação e/ou omissão dos poderes Executivo e Legislativo, pelo aperfeiçoamento das instituições judiciárias, sobretudo pela constitucionalização dos direitos fundamentais (Ibañez, 2003 *apud* Carvalho, 2004).

Termina por concluir que todos os argumentos representam um fundo de verdade, mas sem uma hierarquia facilmente visualizada. Diz que Tate e Vallinder estão pensando em países desenvolvidos; Santos, nos países desenvolvidos e em desenvolvimento e Ibañez, na realidade Européia. Afirma ser necessário o estudo caso a caso para se aferir os fatores preponderantes.

Analisando as condições políticas para o surgimento da judicialização, Carvalho (2004) segue verificando os argumentos e investigando se, no caso brasileiro, eles estão presentes (democracia, separação dos poderes e direitos políticos).

Afirma ser a democracia condição necessária, porém não suficiente para o surgimento da judicialização. Diz ser impossível a expansão do poder judicial em governos autoritários, como exemplo cita a História do STF e afirma que só após a promulgação de 1988 é que foi possível levar em consideração o veto constitucional do judiciário.

Quanto à separação dos poderes, Carvalho (2004) afirma ser princípio ditado pela Constituição Federal, quando estabelece competências exclusivas aos três poderes, determinando equipotência entre eles. Para ele, após o golpe militar de 1964, o poder concentrou-se nas mãos do Executivo, o STF teve sua composição alterada e seus poderes limitados. Os direitos e garantias dos cidadãos ficaram subordinados ao conceito de segurança nacional. Assim, a despeito da assimetria persistir até hoje, os três ramos de poder parecem estar mais cristalizados do que antes.

Os direitos políticos aparecem em diversos países e são citados pelos estudiosos como não sendo condição suficiente para a expansão do poder judicial. O autor menciona os primeiros anos da República Velha como constatação do exemplo de desrespeitos aos direitos políticos e que foram encabeçados pelo próprio Poder Executivo. Mas destaca uma mudança de comportamento a partir da promulgação da Constituição de 1988, no sentido de se atingir um nível aceitável de obediência à lei por parte da alta hierarquia governamental, pelo menos no que diz respeito aos direitos individuais.

O uso dos tribunais pelos grupos de interesse também é citado como condicionante para o surgimento da judicialização da política. Segundo o autor, os direitos conquistados devem ser considerados como resultado de pressão e luta das organizações sociais e não como obra de devoção de atores altruístas. Dessa forma, esses grupos passam a considerar e/ou utilizar a possibilidade de veto dos tribunais na realização de seus objetivos (Tate, 1995 *apud* Carvalho, 2004). A constatação vem do número de ADIns ajuizadas no STF, no período compreendido entre 1988 e 2003. Segundo o autor, das 2 813 ADIns impetradas até 26 de junho de 2003, um total de 740 (26,31%) foram requeridas por confederações sindicais ou entidades de classe.

Carvalho (2004), seguindo o mesmo raciocínio empregado aos grupos de interesse, faz referência ao uso dos tribunais pela oposição. Afirma ser essa uma forma de se superar as decisões tomadas pela maioria. E, novamente, expõe os dados: conforme os trabalhos de Werneck Vianna (1999) e Carvalho (2004), sem dúvida, a maioria das ADIns foram propostas por partidos de oposição. Assim, fica claro que o uso das Ações tornou-se um recurso freqüente de contestação de políticas.

As considerações mais elucidativas quanto à posição do autor no que tange ao ativismo judicial vêm da sua análise do último ponto das condições para a existência da judicialização da política: a inefetividade das instituições majoritárias. Segundo o autor, toda a demanda que não envolva interesse suficiente ou agregue alto custo, certamente encontrará dificuldade para ser efetivada. E nesse vácuo, segue dizendo, diante da inércia dos políticos e da impossibilidade de negarem uma decisão, são obrigados a pôr fim em conflitos que deveriam ser resolvidos no âmbito

político. Quanto ao Brasil, o autor afirma que o STF, nos momentos de crise, optou pela não-interferência. Exemplifica com a atuação do Tribunal na crise de governabilidade do final da década de 1980 e início da de 1990. É claro que, nesse momento, ele assume uma postura de defesa ao STF no que se refere ao ativismo judicial. Quando diz que a Corte, em alguns momentos, optou pela não interferência, deixa claro o entendimento dos limites de atuação daquela Instituição.

Quando analisa o caso brasileiro, Carvalho (2004) afirma ser o número de ADIns o principal argumento daqueles que defendem um processo de judicialização da política. Segundo ele, é nesse momento que as decisões da justiça ganham maior dramaticidade, visto ser esse instituto o responsável por tornar nula uma decisão vinda dos poderes representativos.

Mas, a seu ver, há um hiperdimensionamento do caráter procedimental — aquele que mensura o fenômeno do ponto de vista quantitativo —, apesar de o aumento do número de processos não implicar uma intervenção efetiva do Judiciário. Por outro lado, há um hipodimensionamento do caráter substancial — aquele que mensura o fenômeno, analisando elementos subjetivos —, segundo ele, seria o nível de interferência dos juízes na modificação das leis ou atos dos demais poderes e até que ponto essas decisões interferem nas políticas públicas.

Mais uma vez, o autor reforça a tese da ineficiência do instrumento utilizado para aferir o nível de judicialização. Ele afirma que a contextualização histórico-política foi deixada à margem. Por outro lado, o aumento expressivo das ações tem sido o sustentáculo teórico que explica a judicialização no Brasil. Assim, o aumento expressivo das ações representou uma forma de participação da sociedade civil, pois os dados coletados no período de 1988 a 1998 (Werneck Vianna, 1999) demonstraram que a taxa de julgamento de mérito das ADIns é de 13,54%, percentual pouco persuasivo no diagnóstico da judicialização por representar a pouca vontade do magistrado em participar do processo político.

Mesmo que a taxa de julgamento fosse satisfatória, como seria possível aferir se o juiz optou ou não por intervir? Assim, o aumento das ações não é suficiente para caracterizar o processo de judicialização (Carvalho, 2004).

Se o modelo adotado para investigar o processo de judicialização não é suficiente, então como caracterizar e medir o processo? Surge, então, a

necessidade de se ter novas abordagens, a ampliação do horizonte de análise seria uma delas. A Ciência Política norte-americana tem desenvolvido debates acadêmicos acerca do comportamento judicial, buscando, por meio deles, metodologias estatísticas capazes de definir padrões sistemáticos de comportamento (Baum, 1997 *apud* Carvalho 2004). A ideologia surgiu como um desses fatores e serviu de norte aos trabalhos que associavam o padrão do voto nos tribunais à postura ideológica do magistrado (Magalhães & Araújo, 1998 p. 12 *apud* Carvalho, 2004).

Como alternativa ao modelo de análise apenas do número de litigância, o autor cita o trabalho desenvolvido por Segal e Cover (1989), onde a postura ideológica era medida antes da investidura na função de magistrado na Suprema Corte (*attitudinal mode*). Isso se dava pela avaliação das entrevistas que davam aos veículos de comunicação e pela atribuição de um índice de liberalismo ideológico. Posteriormente, esses índices eram analisados juntamente com os votos proferidos pelos magistrados, agora já pertencente àquela Corte. Como resultado, houve uma significativa correlação nos domínios da política econômica e dos direitos civis. Deve-se ressaltar que, diferentemente do caso brasileiro, os juízes da Suprema Corte americana podem escolher os casos onde vão atuar, facilitando, dessa forma, a identificação da sua inclinação ideológica.

O modelo de análise sofreu algumas críticas, principalmente por parte dos juristas. Segundo eles, o juiz não objetiva tão-somente demonstração de sua postura ideológica, mas a aplicação da lei (Baum, 1997 *apud* Carvalho, 2004). Na função jurisdicional, quando o magistrado demonstra apenas postura ideológica, ele está sujeito aos constrangimentos institucionais, sociais e políticos (Epstein & Knight, 1998 *apud* Carvalho Neto, 2004).

Como consequência do debate sobre o modelo atitudinal, outro modelo foi analisado: o estratégico. Segundo essa nova perspectiva, os juízes, no momento dos seus votos, levariam em consideração o posicionamento de outros atores políticos e da sociedade, numa tentativa de se antecipar ao posicionamento desses agentes. Segundo o autor, alguns estudos estatísticos demonstram isso (Epstein & Knight, 1998 *apud* Carvalho, 2004).

Como conclusão, o autor diz que, apesar do debate, se está muito longe de uma análise mais precisa acerca da judicialização no Brasil. Isso se deve, em parte, pela democracia incipiente em que vive o País. Há muito que se estudar no que tange ao comportamento do STF. Ele faz referência, também, às diferenças institucionais entre Brasil e EUA, mas ressalta a importância da conjugação dos modelos atitudinal e estratégico para melhor identificar o fenômeno no Brasil.

Werneck Vianna (2007) sustenta que há conclusões apressadas acerca do ativismo judicial. Afirma que as mudanças institucionais e históricas são mais relevantes na análise da judicialização, principalmente a partir da segunda guerra mundial, quando o Tribunal de Nuremberg foi criado para julgar os casos de crime praticado contra a humanidade. A partir daí, as autoridades estatais tiveram seu poder limitado por um conjunto de regras que expressavam valores a ser cumpridos. Também a evolução do capitalismo é citada como uma das causas do aumento de participação do Poder Judiciário. As regras reguladoras do mercado seriam criadas visando regular situações futuras, o que exigia do árbitro (juiz) um correto enquadramento entre o caso concreto e a lei.

A emergência do neoliberalismo desregulamentou o mercado e criou a economia como dimensão autônoma. As garantias dos direitos de vários setores da sociedade foram retiradas. Os sindicatos e a vida associativa, em geral, perderam poder de coesão e, segue concluindo, “Sem estado, sem fé, sem partidos e sindicatos suas expectativas de direito deslizam para o interior do Poder Judiciário, o muro das lamentações do mundo moderno” (Werneck Vianna, 2007).

Diante de tal quadro, os políticos passam a estimular o acesso ao Judiciário via legislação. Isso se deve, segundo o autor, a uma crise que assola a representação nas democracias contemporâneas. Cientes de sua ineficiência, eles criam uma legislação própria para cada grupo de pessoas: idoso, mulher, criança, consumidor, etc. O autor salienta também que essa outorga de poder se dá via legislação. Assim, a classe política cria regras, objetivando limitar o seu próprio poder.

Werneck Vianna (2007) retorna ao estudo sobre as ADIns, o que havia feito em um trabalho anterior,¹ ao estudar as ações ajuizadas no período de 1988 até 1998. Agora, com propósito de investigar se o padrão anteriormente verificado ainda persiste, apesar de se ter mudado o governo e este ter posicionamento ideológico à esquerda do espectro político.

O autor estudou o período compreendido entre 1999 e 2005, obtendo um banco de dados de 3.648 ADIns. Seu objetivo foi estudar alguns elementos constantes nessa relação processual: o requerente, o requerido, o dispositivo legal questionado, a classe temática, sua fundamentação constitucional e o resultado da liminar.

Como conclusão preliminar, verificou que 60% das ações referiram-se à matéria de Direito Administrativo levando-o a relacionar tal fenômeno ao da recepção pela Constituição do Direito Administrativo. Constatou também que 40% atacaram legislação estadual, demonstrando o caráter homogeneizador da produção legislativa dos entes federados. Além desse caráter, Werneck Vianna (2007) aponta para uma possível tendência centralizadora.

Na explicação, ele faz referência ao período onde a força da União superava a dos estados (década de 30 e período 1964 até 1985), mas ressalta a diferença dos motivos. No seu entender, esse processo se devia às novas demandas sociais e aos movimentos civis como um todo. Como exemplo, cita a criação de alguns órgãos dotados de competência e atuação no âmbito da federação: SUS, CNJ, Polícia Federal, Escola Nacional da Magistratura e a tendência de se federalizar as regras atinentes ao magistério.

Em seguida, ele passa a analisar os dados. De início, constata que a média anual de ações ajuizadas, no governo FHC é menor do que a do governo Lula e destaca o aumento da participação do Ministério Público neste último. No governo FHC, houve intensa participação dos partidos (28%) e pouca participação dos procuradores (11,2%), já no governo Lula, em situação oposta, houve uma fraca participação dos partidos (15%) e uma forte participação dos procuradores (35%), o que se deveu à queda de participação da esquerda no cenário da ADIns.

¹ “Werneck Vianna, L. Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil. Rio de Janeiro:

No que tange às ações contra legislação estadual, ele aponta a prevalência das ajuizadas no governo Lula. Do total, 62% foram propostas neste período em contrapartida aos 49,7% do período FHC. A possível explicação seria ou a falta de maioria nas assembléias ou as instâncias de poder estarem cedendo, casuisticamente, a grupos de interesses locais. Seja qual for a situação, ele aponta para uma deformação de caráter local.

Werneck Vianna (2007) ressalta que a apreciação das ADIns pelo STF tem se limitado ao julgamento liminar (provisório). Talvez o ponto mais discutível do seu trabalho tenha sido a afirmação de ocorrência de judicialização da política nos estados. Quando ele analisa uma tabela onde os dados indicam que 57,2% dos pedidos de liminar foram acatados, ele conclui: “A produção legislativa estadual está sendo submetida a uma efetiva judicialização”. Mas se, pelos conceitos de Tate e Vallinder (1995), judicialização ou seria ativismo judicial ou o uso de procedimentos típicos do judiciário pela administração, como afirmar que há judicialização pela simples apresentação de um número elevado de concessão de ADIns?

Quando a referência é a esfera federal, ele ressalta o baixo número de concessão de liminar, o que questionaria a validade da hipótese de judicialização, visto ser nessa esfera de poder que os grandes temas nacionais são discutidos.

O último ponto do seu trabalho faz referência à medida provisória. Neste caso, ele ressalta a importância dos estudos pelo fato de ser ela um instituto consagrado pela Constituição Federal e conferido ao executivo federal. Mais uma vez, ele observa o elevado número de ADIns ajuizadas por ano no período FHC (24/ano) e o baixo número apresentado no período Lula (15.3/ano).

Mathew M. Taylor (2008) aborda a judicialização como um “resultado contingente da estratégia política”. Ele analisa possíveis mudanças institucionais que levariam a uma alteração no número do instrumento utilizado para se medir a judicialização (ADIns).

O autor ressalta que nem sempre, quando se questiona a legislação, se quer alterá-la ou anulá-la. Por vezes é mais vantajoso notabilizar-se como opositor de uma medida adotada, do que efetivamente torná-la nula, principalmente quando se

trata de políticas que tenha algum tipo de ônus para a sociedade, como aumento de impostos, por exemplo.

Mais uma vez, a exemplo do que fez Werneck Vianna (2007), o autor cita a diminuição de ADIns ajuizadas no período de governo do presidente Lula, se comparado ao período FHC. Além disso, todos os outros requerentes diminuíram a intensidade no uso do instrumento à exceção dos procuradores. Sua investigação partirá de três hipóteses: se houve mudança institucional com a troca de governo, se a oposição alterou sua estratégia judicial ou se houve um continuísmo quanto às políticas públicas, por parte do governo Lula.

O autor fez referência à semelhança na judicialização entre os governos: FHC e Lula, destacando dois aspectos comuns: o primeiro seria o uso como tática de oposição, nesse sentido, o objetivo é ou demonstrar posicionamento contrário ao proposto pelo governo ou retardar, via judicial, a implementação da política pública, causando uma espécie de derrota moral. O segundo caso seria a judicialização como arbitragem de interesse em conflito. Nesse caso, o uso dos tribunais visa anular estatutos legais que atinjam interesses de grupos ou setores específicos.

Um terceiro aspecto aparece como novidade no cenário da judicialização. Isso porque no período FHC quase não era percebido, mas no governo Lula se mostra bastante presente: é o caso da judicialização como instrumento de governo. Sob essa perspectiva, os tribunais são provocados a se manifestarem quanto ao questionamento de estatutos legais formulados pelo governo anterior ou pelas assembleias estaduais, com o objetivo de corrigir posicionamento ideológico de orientação diferente.

Como conclusão, o autor afirma não haver mudança institucional que justifique a diminuição do número de ADIns ajuizadas. Afirmou, também, haver certo padrão no que denominou “judicialização como tática de oposição” e “judicialização como arbitragem de interesse em conflito” nos períodos analisados. Aponta para o surgimento, ainda que de forma tênue, de um terceiro tipo: “judicialização como instrumento de governo”, dizendo ser uma tendência a ser acompanhada por futuros pesquisadores.

Taylor (2008) aponta para a necessidade de integração entre os estudos sobre judicialização e as relações Executivo-Legislativo no Brasil, com o objetivo de

se testar a hipótese de que o sistema político brasileiro é majoritário na definição das políticas públicas e consensual em sua implementação, o que se dá pela via judicial.

3.2 Novas perspectivas sobre a Judicialização

A difícil tarefa de investigar a ocorrência da judicialização reside no fato de haver conceitos dúbios ou imprecisos, como é o caso do ativismo judicial, por exemplo. Trabalhos com publicação recente têm mudado o objeto de estudo. Passou-se a considerar a participação dos tribunais no custo de formulação e implementação de políticas públicas. Se for esse o modelo institucional de relações políticas, então há que se medir o resultado de seu impacto.

Taylor (2007) argumenta que o Judiciário deve ser melhor incorporado na análise do sistema político, sob o risco de sua incorreta compreensão. O Judiciário tem sido acionado constantemente, tanto em matéria constitucional quanto na legislação infraconstitucional, para deliberar sobre políticas públicas. Isso pode ocorrer no momento da deliberação ou no momento da sua implementação.

Costa Júnior e Silva (2008), em um estudo de caso, identificaram as preferências, dentro das diversas instâncias do Poder Judiciário, acerca da adesão de políticas públicas específicas. No estudo, concluíram que a cúpula do Judiciário, ao contrário dos juízos das instâncias inferiores, tendeu à chancela da efetividade da política pública desenhada, numa deferência à autonomia da agência reguladora setorial no exercício de sua função.

Apesar de ser um estudo de caso, o referido trabalho poderá orientar o desenho das políticas públicas no que tange aos seus custos, visto a previsão de interferência de agentes externos e de como atuarão os magistrados das diversas instâncias, em favor ou não dessas interferências.

Taylor (2007) afirma que a inclusão do Judiciário no cálculo do custo de elaboração e implementação de políticas públicas não deve ser visto como algo nocivo e deletério ao equilíbrio entre a eficiência na tomada de decisão pelo sistema político e a capacidade do país de seguir um percurso estável em termos de adoção dessas políticas. Ele lembra que em países onde o Judiciário não cria empecilhos à atuação do Executivo, o sistema político fica vulnerável a fortes oscilações de

políticas públicas entre governos, a exemplo do que ocorreu com a Argentina na última década.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As breves análises aqui apresentadas robustecem a hipótese inicial de que, no caso brasileiro, os autores não têm percebido o fenômeno do aumento de participação do Judiciário sob a perspectiva do ativismo judicial, ao menos do ponto de vista jurídico. E o motivo é simples: não se é possível determinar a intenção dos tribunais, sobretudo do STF, de participarem da vida política nacional, apresentando apenas dados estatísticos.

A ainda incipiente história democrática brasileira tem levado a um constante rearranjo das instituições governamentais. Seus espaços de atuação ainda estão sendo redefinidos. Apesar da abstrata distribuição de competência expressa na Constituição Federal, por vezes, os órgãos da cúpula estatal esbarram em limites sob os quais precisam decidir se podem ou devem interferir.

A Tripartição dos Poderes se mostra como uma teoria a influenciar a organização dos Estados Modernos, mas, do ponto de vista da população, deve-se ter em mente a unicidade do governo. Assim, no tocante aos seus anseios, ao cidadão comum não interessa de quem é ou deva ser a competência para a prática de determinado ato. Quando abriu mão de sua total liberdade e delegou poderes a um ente que orientasse sua conduta e o protegesse das fortuitas agressões, não pretendeu saber como isso seria feito.

Diante disso, na ocorrência de uma existência conflituosa de poderes no que tange à satisfação imediata da população (legislação adequada na condução da sociedade e políticas públicas que visem o bem estar de todos), deve o Judiciário manifestar-se com sobrepujança no interesse dos jurisdicionado.

Nenhum dos autores teceu grandes comentários acerca da atuação do Judiciário no que concerne ao ativismo judicial. As análises foram sempre no sentido de investigar o aumento de sua participação na vida política brasileira. Nesse aspecto, se houve alguma consideração quanto ao ativismo, esse se referiu apenas a sua participação na vida política brasileira.

Castro (1997) usa um instrumento diferente para aferir a forma de atuação do STF: os acórdãos. Pretendeu ele investigar o caráter de atuação do Tribunal como órgão político. Para isso, orientou-se pelos seguintes questionamentos: em sua atuação como órgão de cúpula da República, que tipos de conflitos ele julga? O Tribunal tem decidido a favor ou contra as políticas governamentais? Tem favorecido algum tipo de interesse? E termina por concluir “o Tribunal tem feito uso parcimonioso de garantias constitucionais de amplo alcance, limitando as medidas de impacto político mais visível a decisões liminares”. Como se vê, não há conclusão acerca da disposição dos juízes de se manifestarem sobre decisões efetivamente políticas, ao menos manifestadas no trabalho analisado.

Vianna (2007) utilizou-se da ADI para traçar o padrão de comportamento do cenário político brasileiro. Sua obra foi bem direcionada no sentido de identificar o fenômeno da influência do Judiciário do ponto de vista passivo, ou seja, como foram alteradas as participação dos requerentes no transcurso dos diversos governos, desde a promulgação da Constituição de 1988. O foco foi, portanto, quem provocou o órgão de cúpula do Judiciário? Por que provocou? Houve alteração no comportamento dos requerentes? Repetindo o comportamento do professor Marcos Faro, não houve sequer um capítulo dedicado ao ativismo do Judiciário, no sentido de insinuar uma possível propensão à apreciação de questões políticas. Como conclusão, ele destaca essa nova prática (a provocação do Judiciário) como forma institucionalizada de se fazer política, acentuando ser ela um instrumento de defesa de minoria e recurso institucional estratégico de governo.

Por sua vez Carvalho (2004) é o mais explícito quanto à intenção de demonstrar a falta de pertinência da temática à vida política nacional. Ele diz que a abordagem dos precursores americanos não esgota o assunto e verifica se as condições para a existência da judicialização estão presentes no Brasil. Na argumentação, que pode ser entendida como manifestação pela não judicialização, ele afirma que a análise procedimental apropriou-se de dados capazes de demonstrarem apenas uma forma de participação da sociedade civil. Assim, “o comportamento judicial e sua contextualização histórica foram deixados de lado”. O destaque maior pela não ocorrência do ativismo está no raciocínio empregado na análise dos julgamentos: “Se for necessário levar em consideração a vontade do operador do Direito em participar do *policy-making*, o percentual de ADIns julgadas

em seu mérito (13,54% de 1988 à 1998) não parece ser um argumento persuasivo no diagnóstico da judicialização da política”. Como se vê de todos os trabalhos esse parece ser o mais contundente quanto a não judicialização.

Taylor (2008), o cabedal teórico existente não foi aplicado de forma satisfatória ao caso brasileiro. Seu trabalho foi dirigido no sentido de identificar possíveis mudanças no acionamento do STF, nos sucessivos governos desde 1988. Ele ressalta o uso do Tribunal como um instrumento de oposição, resultado do baixo custo financeiro e do alto benefício político. A partir daí, desenvolve argumentos tendentes a explicar o motivo da alteração de comportamento no uso do Tribunal. Não se pode perceber explicitamente se há uma concordância com os argumentos tendentes a explicar o ativismo judicial, mas, como em nenhum momento falou-se da participação dos juízes, sob o ponto de vista da tendência de participar da vida política, pode se concluir que, a exemplo dos outros, ele não percebe a judicialização nos moldes do que proposto pelos americanos.

Como dito no início, a importância desse trabalho está no esclarecimento de uma temática de suma importância para a vida política nacional. A reação dos órgãos legiferantes é sempre imediata quando a disputa de poder está em jogo. Houve recentemente uma reação do Executivo e do Legislativo frente à atuação do STF no que concernia à concessão de liminar (instrumento que concede temporariamente o direito pretendido até que seja julgado o mérito da questão). Em 1998, fruto de iniciativa legislativa do Executivo, com aprovação do Legislativo, editou-se a Lei 9.868/98 que passou a exigir, para a concessão de liminar em ADI, a participação da maioria absoluta dos membros da corte em sessão com pelo menos oito ministros. Antes qualquer ministro poderia decidir monocraticamente sobre a concessão do instrumento.

Na elaboração deste trabalho, ao se consultar os diversos autores que abordam a temática, percebeu-se o quanto é importante o aprofundamento do assunto como forma de identificar possibilidades de melhor entendimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, N. MATTEUCCI, N. e PASQUINO, G. **Dicionário de política**, 2ª ed. Brasília, UnB.... Política, ciência e cultura em Max Weber, Brasília, UnB, 2000, p. 675..

BONAVIDES, PAULO. **Ciência Política**. 10ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

BONAVIDES, PAULO. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª edição. São Paulo: Malheiros. 2003.

CAMPILONGO, CELSO FERNANDES, **Governo Representativo versus Governo dos Juizes**: a autopoiese dos sistemas político e jurídico, Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano 8 n° 30, 2000.

CAPPELLETTI, M. **juizes legisladores?** Porto Alegre: S.A. Fabris. 1993.

CASTRO, MARCOS FARO, O Supremo Tribuna Federal e a judicialização da política. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo 1997 v. 12, n. 34, jul.

CARVALHO, NETO ERNANI RODRIGUES, **Em busca da judicialização da política**: apontamento para uma nova abordagem. Revista de Sociologia e Política, Curitiba, n 23, p. 115-124, novembro, 2004.

Correio Braziliense, 07/09/2008

COSTA JÚNIOR, ÁLVARO PEREIRA S.; SILVA, R. S. **Judicialização das Políticas Públicas: O Caso da Regulação do Setor de Telecomunicação**, 6º encontro da ABCP, São Paulo: Unicamp, 2008.

DWORKIN, R. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: M. Fontes, 2001.

ELY, J. H. **Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review**. Cambridge, Mass.: Harvard University, 1980.

FARIA, JOSÉ EDUARDO. **Poder e legitimidade**: uma introdução à política do direito. São Paulo: Perspectiva, 1978.

GARAPON, A **O Juiz e a Democracia**: O Guardião de promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

HABERMAS, JÜRGEN, **Direito e Democracia**: Entre Facticidade e Validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HERKENHOFF, JOÃO BAPTISTA. **Como Aplicar o Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

IBAÑEZ, P. A. **Democracia com Juízes**, Lisboa: Revista do Ministério Público, ano 24, n° 94, p. 31-47, 2003.

IHERING, RUDOLF VON. **A Luta Pelo Direito**, Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1978.

KOERNER, ANDREI; MACIEL, DÉBORA ALVES. **Sentidos da judicialização da política**: duas análises. São Paulo: Lua Nova, n 57, p. 113-134. 2002.

LIJPHART, A. **As Democracias Contemporâneas**. Lisboa: Gradiva 1989.

MALBERG, Carré de. **Contribution à La Theorie Générale de L' État**, t. II, Paris: Sirey, 1922.

SANTOS, B. **Direito e Democracia**: A Reforma Global da Justiça. Porto: Afrontamento, 2001.

STERETT, S. **Judicial Review in Britain**. *Comparative Political Studies*, 26, 4: 443-69.

SCHWARTZ, BERNARD. **Curso de Direito Constitucional Americano**, Rio de Janeiro: Forense, 1966.

TATE, C. N.; e VALLINDER, T. **The global expansion of judicial Power**. New York, New York University Press, 1995.

TAYLOR, MATTHEW, M. **Os Partidos Dentro e Fora do Poder**: A Judicialização Como Resultado Contingente da Estratégia Política. VI Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política. São Paulo: Campinas, Universidade Estadual de Campinas, 2008.

TAYLOR, MATTHEW, M. **o Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil**, dados. Vol. 50, n° 2, p. 229, 257, 2007.

TEIXEIRA, ARIOSTO. **A judicialização da Política no Brasil (1990-1996)** dissertação de mestrado, Brasília, UnB, 1997.

WERNECK VIANNA, L. **Dezessete Anos da Judicialização da Política**. São Paulo: Tempo Social, v. 19 n°. 2, p. 39-85, 2007.