

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
NÍVEL MESTRADO

ROGÉRIO APARECIDO FERNANDES DE CARVALHO

AS MÚLTIPLAS DIMENSÕES DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E OS USOS
SOCIAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: PORTO ALEGRE/RS COMO
OBJETO DE ESTUDO.

SÃO LEOPOLDO

2008

ROGÉRIO APARECIDO FERNANDES DE CARVALHO

AS MÚLTIPLAS DIMENSÕES DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E OS USOS
SOCIAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: PORTO ALEGRE/RS COMO
OBJETO DE ESTUDO.

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO APRESENTADA AO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DA UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
– UNISINOS COMO REQUISITO PARCIAL PARA
OBTENÇÃO DO TÍTULO DE MESTRE EM DIREITO

ORIENTADOR: PROF. DR. JOSÉ LUIS BOLZAN DE
MORAIS

SÃO LEOPOLDO

2008

Ficha catalográfica

C331m Carvalho, Rogério Aparecido Fernandes de
As múltiplas dimensões da judicialização da política e os usos sociais do controle de constitucionalidade: Porto Alegre/RS como objeto de estudo / por Rogério Aparecido Fernandes de Carvalho, 2008.
178 f.

Dissertação (mestrado) — Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2008.
“Orientação: Prof. Dr. José Luis Bolzan de Moraes, Ciências Jurídicas”.

1. Jurisdição Constitucional. 2. Judicialização – Política. 3. Constitucionalidade - Controle judicial. 4. Política municipal - Judicialização. 5. Porto Alegre - Política municipal.
I. Título.


CDU 342.4.038(816.51)

Catálogo na Publicação:
Bibliotecária: Carla Inês Costa dos Santos - CRB 10/973

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “*As múltiplas dimensões da judicialização da Política e os usos sociais do controle e constitucionalidade: Porto Alegre/RS como objeto de estudo*”, elaborada pelo aluno **Rogério Aparecido Fernandes de Carvalho**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 19 de agosto de 2008.


Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes,
Coordenador Executivo

do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes

Membro: Dr. Lênio Luiz Streck

Membro: Dr. Paulo Márcio da Cruz

Aos meus pais, Virginio e Genaide, pelo exemplo de pessoas que são! Por terem me transformado na pessoa que sou! Por tudo!

À Marilu, pelo apoio inicial e por ter ficado do meu lado todo o tempo! Por tudo! Sem o teu apoio, não teria realizado este sonho!

Meus sinceros agradecimentos:

Ao Prof. Dr. José Luis Bolzan de Moraes, pela segura e dedicada orientação deste trabalho;

Aos Professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, pelo estímulo acadêmico, pelo espírito crítico e pelo aprendizado;

Aos integrantes da Secretaria do PPGD, em especial à Vera, pelo apoio em todos os momentos;

À Malu e ao Otávio, companheiros de toda esta jornada;

Ao Moacir, pela amizade e por todas as oportunidades que me deu aqui na terra de São Pedro do Rio Grande do Sul;

Aos meus colegas de escritório, pelo apoio e amizade;

A todos os meus amigos de ontem e de hoje, próximos ou distantes, que, de uma forma ou de outra, contribuíram para a realização deste objetivo.

*O problema não é o que fazem do homem, mas o que o
homem faz do que fizeram dele!*

Jean-Paul Sartre

RESUMO

O presente trabalho busca investigar as múltiplas teorias e manifestações do fenômeno contemporâneo da “judicialização da política”, o qual será focado em sua apreensão teórica mais importante: como manifestação do exercício do controle judicial de constitucionalidade das leis. Para tanto, a “judicialização da política” será analisada em três dimensões distintas: a *institucional*, na qual serão descritas as condições, causas e arranjos institucionais necessários para que a política seja judicializada; a *social*, na qual serão analisados os diversos usos sociais dos sistemas de controle de constitucionalidade pelos atores sociais; a *normativa*, em que serão estudados os conteúdos jurídico-dogmáticos que o controle de constitucionalidade envolve, e como estes podem moldar o processo de judicialização. Por fim, será explorado um aspecto ainda pouco pesquisado do fenômeno – a “judicialização da política” em âmbito local –, com a apresentação de um estudo sob o caso de Porto Alegre/RS, a partir da análise das ações declaratórias de inconstitucionalidade propostas contra a legislação deste município.

PALAVRAS-CHAVE: judicialização da política – controle judicial de constitucionalidade das leis – usos sociais do controle de constitucionalidade – direito constitucional – judicialização da política municipal – ações declaratórias de inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The present paper seeks to investigate the multiple theories and manifestations of the contemporary phenomenon of the "judicialization of politics," which will be focused in its most important theoretical apprehension: as a manifestation of the exercise of judicial control of constitutionality of laws. For this, the "judicialization of politics" will be analysed in three different dimensions: the *institutional* one, in which the necessary conditions, causes and institutional arrangements will be described so that policy is judicialized; the *social* one, in which the several social uses of systems of control of constitutionality by the social actors will be analysed; the *normative* one, where the legal-dogmatic contents that involves the control of constitutionality will be studied, and how they can shape the process of judicialization. Finally, a aspect still little researched of the phenomenon will be explored - the "judicialization of politics" in the local scope - with the presentation of a study under the case of Porto Alegre/RS, from the analysis of declaratory actions of unconstitutionality proposals against the legislation of this city.

KEY-WORDS: judicialization of politics – judicial review of constitutionality of the laws – social uses of the control of constitutionality – judicialization of politics of the local politics - declaratory actions of unconstitutionality

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO:	10
CAPÍTULO 1 – AS DIMENSÕES INSTITUCIONAIS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E SUAS MANIFESTAÇÕES	15
1.1 AS PRÉ-CONDIÇÕES DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E SUAS MÚLTIPLAS ABORDAGENS TEÓRICAS.....	15
1.1.1 A expansão global do poder judicial: o marco teórico fundador, a <i>política constitucional</i> e os circuitos da “judicialização da política”.....	17
1.1.2 A “judicialização da política” e o constitucionalismo democrático no Brasil	25
1.1.3 Democracia constitucional, <i>soberania complexa</i> e a contra-democracia	29
1.1.4 Posição institucional do judiciário no modelo de democracia “consensual”: o tribunal constitucional como <i>veto-player</i>	37
1.2 AS METAMORFOSES DO ESTADO E AS ABORDAGENS CRÍTICAS À JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	41
1.2.1 As transformações do Estado e seus perfis contemporâneos como condicionantes da “judicialização da política”	41
1.2.2 Aportes críticos à “judicialização da política”: o <i>guardião das promessas</i> , o <i>superego</i> da sociedade e a “juridificação” desenfreada da vida social	49
CAPÍTULO 2 – OS USOS SOCIAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO COMPARADO	58
2.1 AS DIVERSAS APROPRIAÇÕES SOCIAIS DA REVISÃO JUDICIAL	58
2.1.1 A <i>politização do controle de constitucionalidade</i> : notas sobre a “judicialização da política” na França e na Alemanha	58
2.1.2 O longo itinerário da “judicialização da política” nos EUA: do caso <i>Marbury v. Madison</i> ao período da <i>Rights Revolution</i>	64
2.1.3 A “judicialização da <i>mega-política</i> ” e a tese da preservação hegemônica: rumo à <i>juristocracy</i>	71
2.2 EM BUSCA DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: VARIAÇÕES, O CASO BRASILEIRO E UMA SÍNTESE NÃO-CONCLUSIVA	79
2.2.1 Uma variante da judicialização: os usos sociais do direito constitucional na evolução das lutas internas dos especialistas	79

2.2.2 A “judicialização da política” no Brasil: <i>duplo caráter, seletividade e especificidade</i>	82
CAPÍTULO 3 – AS DIMENSÕES NORMATIVAS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	93
3.1. CONSTITUCIONALISMO, TEORIA CONSTITUCIONAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	93
3.1.1 Notas sobre a evolução do constitucionalismo e a “ <i>expansão</i> ” da jurisdição constitucional no século XX	94
3.1.2 A constitucionalização do direito e o paradigma do <i>neoconstitucionalismo</i>	104
3.1.3 A <i>jurisprudencialização</i> da Constituição e a “judicialização da política”	109
3.1.4 A <i>jurisprudencialização</i> da Constituição entre dois eixos temáticos: procedimentalismo x substancialismo	125
3.2 DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL E OS PERCURSOS PELA NORMATIVIDADE CONSTITUCIONAL NA EXPERIÊNCIA INSTITUCIONAL BRASILEIRA	129
3.2.1 A “ <i>expansão</i> ” dos <i>parâmetros, objetos e técnicas</i> de controle de constitucionalidade, e a modulação dos efeitos da decisão na escalada da “judicialização da política”	129
3.2.2 Centralização de poder do STF via controle concentrado: ampliação dos efeitos vinculantes e a abstrativização/objetificação do controle difuso	140
CAPÍTULO 4 – UM ASPECTO AINDA INEXPLORADO: A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA EM ÂMBITO LOCAL: O CASO DE PORTO ALEGRE	143
4.1 A CONSTITUIÇÃO DO RS DE 1989 E O DESENHO INSTITUCIONAL DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL	143
4.2 AS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE PROPOSTAS CONTRA ATOS NORMATIVOS DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE	151
CONSIDERAÇÕES FINAIS	164
BIBLIOGRAFIA	168

INTRODUÇÃO

A notável expansão do Poder Judiciário, principalmente dos Tribunais Constitucionais, verificável em várias democracias ocidentais desde o fim da Segunda Guerra Mundial, possibilitou a criação de um quadro de condições políticas e institucionais que contribuiu para o surgimento do processo caracterizado pela literatura em Ciências Sociais e Direito como “judicialização da política”, tema esse que tem adquirido importância crescente nos estudos sócio-jurídicos contemporâneos, principalmente pela escalada global desse fenômeno.

Surgida a partir do projeto de C. Neal Tate e Torbjörn Valinder¹, em que foram formuladas linhas de análise comuns para a pesquisa empírica comparada do Poder Judiciário em diferentes países, a expressão passou a compor o repertório comum das Ciências Sociais e do Direito, tendo sido, desde então, objeto de inúmeras apropriações teóricas. A multiplicação dos usos e sentidos da expressão “judicialização da política” no debate acadêmico revela que seu estatuto conceitual ainda é marcado por certa fluidez, sendo utilizado, de um modo geral, para indicar a expansão do Poder Judiciário e o crescimento de sua visibilidade pública. À ausência de um sentido unívoco para a expressão, é possível identificar algumas significações para a “judicialização da política”, como demonstra o caso brasileiro.

Esta pode ser entendida como *judicialização do processo político*, isto é, como regulação judicial da disputa política, cuja manifestação na recente prática constitucional brasileira é visível em inúmeras e marcantes decisões: a) na *verticalização das coligações partidárias* (decisão imposta pelo poder normativo do TSE em observância ao princípio do caráter “nacional” dos partidos; na Adin 3685-8 o STF decidiu que a emenda constitucional que modificou a verticalização das coligações partidárias não seria aplicável no mesmo exercício em que foi publicada, em observância à regra da anterioridade eleitoral); b) *cláusula de barreira* (na Adin 1351 o STF declarou inconstitucional, por ofensa ao princípio do pluralismo político, a lei que instituiu a cláusula de barreira); c) *controle das Comissões Parlamentares de Inquérito - CPI* (na Adin 3619 o STF decidiu que CPI’s podem ser instaladas pelas minorias parlamentares); d) *fidelidade partidária* (STF declarou que mandato pertence aos partidos e não ao parlamentar eleito (mandados de segurança 26602, 26603 e 26604); e) o STF *fixou o número de vereadores por município de acordo com critério de proporcionalidade da população* no (recurso extraordinário 197.917).

¹Cujo embrião está na edição especial da *International Political Science Review* (volume 15, de 1994), intitulada “The judicialization of politics”, onde consta artigo de Vallinder intitulado **The judicialization of politics – A world-wide phenomenon: Introduction**. Contudo, a notável influência da difusão do tema da “judicialização da política” deve-se à obra coletiva *The Global Expansion of Judicial Power*, organizada pelos dois autores.

A “judicialização da política” pode ser interpretada, por outro lado, como *judicialização do controle do poder político*, nos moldes dos controles horizontais de Loewenstein (1970), nas decisões envolvendo as seguintes matérias: a) *foro por prerrogativa de função* (STF decidiu, na questão de ordem no Inquérito 2411, que a Polícia Federal não tem competência para o indiciamento das autoridades sujeitas ao foro privilegiado); b) *improbidade administrativa* (há pendência de julgamento da ADIn 2182 sobre a lei de improbidade administrativa); c) *poder de investigação policial do Ministério Público* (HC 84548); d) profusão da concessão de *habeas-corpus* a agentes políticos, num perfil mais liberal do STF.

A “judicialização da política” também pode ser compreendida como *judicialização das políticas públicas*, isto é, como a participação do Judiciário na formulação/implementação dos objetivos estatais definidos constitucionalmente, como: a) na concessão de liminares/decisões determinando o fornecimento de medicamentos (judicialização da saúde); b) concessão de liminares/decisões questionando o sistema de cotas raciais/sociais nas universidades públicas (judicialização da educação); c) julgamento judicial do processo de privatizações; d) intervenção na elaboração da peça orçamentária (na ação originária 1482 o STF concedeu liminar nos moldes requeridos em ação proposta pelo Judiciário para que o Executivo gaúcho corrigisse a peça orçamentária); e) controle da execução do orçamento (na Adin 2925 o STF declarou inconstitucional lei que desviou a destinação da CIDE – Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – dos combustíveis); f) controle judicial de pesquisas científicas (na Adin 3510 o STF permitiu a pesquisa com células-tronco embrionárias).

É possível ainda visualizar uma *judicialização do contencioso federativo* (como no controle da política fiscal, principalmente da guerra fiscal entre unidades da federação), e *uma judicialização do contencioso entre órgãos estatais* (como no caso do questionamento judicial do poder normativo das agências reguladoras ou dos conflitos de competência entre a União e os Estados), ambas apanágio do modelo *madisoniano*.

Todas essas hipóteses carregam alguns traços comuns: estão vinculadas à atuação institucional do Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do *sistema de justiça* brasileiro e principal encarregado pelo controle judicial de constitucionalidade das leis; trata-se, também, em sua imensa maioria, de disputas erigidas no interior do campo político, ou seja, provocadas e/ou sustentadas por agentes políticos. Estes exemplos são facilmente universalizáveis, na medida em que passíveis de serem identificados nas práticas constitucionais da maioria das democracias constitucionais contemporâneas, que adotam um modelo de jurisdição constitucional. Todavia, o rol dos sentidos possíveis do termo não se esgota nos exemplos empíricos retro citados, extraídos da prática constitucional brasileira.

Taylor (2007), e.g., descreve que os tribunais agem em três dimensões de relevância para a Ciência Política, que podem ser descritas como as dimensões *hobbesiana*, *smithiana* e *madisoniana*. Estas dimensões têm impactos importantes, respectivamente, no monopólio da violência pelo Estado, nas regras de funcionamento da economia e na relação entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Nesta terceira dimensão, em particular, Taylor (2007) enfoca o impacto que os tribunais têm na formulação das políticas públicas pelo Executivo e pelo Legislativo, na deliberação e na implementação dessas políticas no plano federal.

Há ainda as teorizações que tratam de tema conexo ao da “judicialização da política”, discorrendo sobre a “judicialização das relações sociais” e a “juridificação da vida social”, deslocando o eixo de análise da esfera propriamente política e do controle de constitucionalidade, para identificar uma invasão do Direito na regulação das práticas sociais, inclusive daquelas tidas, tradicionalmente, como impermeáveis à intervenção do Estado, como são os casos, dentre outros, das relações de gênero no ambiente familiar, do tratamento dispensado às crianças por seus pais ou responsáveis e da proteção do idoso. Ao lado da crescente regulação da vida privada, há uma expansão normativa *positiva* para novas dimensões da experiência social, como o consumo juvenil de drogas, a proteção do meio ambiente e do consumidor, a bioética; como contrapartida, tem-se uma expansão normativa *negativa*, relativa à onda de crescente punitivismo das sociedades contemporâneas, que passaram a usar o direito penal como instrumento cada vez mais usual de controle social de grupos específicos (expansão do direito penal). Este cenário tem armado institucionalmente o Judiciário para o exercício de uma intervenção nas relações sociais, principalmente, como demonstra o caso brasileiro, pelo uso de ações civis públicas, ações populares e mandados de segurança coletivos, além do uso do espaço institucional dos Juizados Especiais.

É nesse amplo universo conceitual e normativo que a “judicialização da política” tem sido debatida, tendo obtido rápida circulação pública e aceitação acadêmica. Contudo, a principal apropriação teórica da “judicialização da política” está relacionada a explicitar o papel político do Judiciário no exercício do controle judicial de constitucionalidade das leis, em especial, na modalidade de controle abstrato/objetivo nos países em que o adotam. Este tem sido o foco central dos estudos relacionados ao tema.

Nesse contexto, o presente trabalho tem como objetivo não o de delimitar as fronteiras conceituais dos significados possíveis da “judicialização da política”, nem tampouco buscar precisões lingüísticas para a expressão ou inventariar a história do conceito, pois, em que pese a polissemia do termo, parte-se do pressuposto de que ele comporta um núcleo significativo mínimo (“judicialização da política” como manifestação do controle de constitucionalidade).

O presente trabalho tem, assim, como objetivo discorrer sobre as dimensões institucionais e normativas da “judicialização da política” e suas múltiplas manifestações, bem como utilizar-se do referencial teórico do caso brasileiro para a análise dos dados empíricos relativos ao controle abstrato de constitucionalidade das leis do Município de Porto Alegre, julgadas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Para alcançar esse objetivo, far-se-á um recorte conceitual específico da “judicialização da política”, que será abordada em sua apreensão teórica mais importante: como manifestação do exercício do controle judicial da constitucionalidade das leis. A preocupação central do trabalho é estabelecer conexões com teorias e estudos que tratam do papel do Judiciário nas democracias contemporâneas quanto ao espectro da jurisdição constitucional e do controle de constitucionalidade, ainda que não façam menção explícita à expressão “judicialização da política”.

Isso porque a condição de poder político do Judiciário nos tempos modernos decorre de sua capacidade de controlar os atos normativos dos demais poderes; essa função – o controle de constitucionalidade das leis –, diferentemente da função de exercer a justiça comum (resolução de conflitos entre particulares e o exercício da jurisdição penal), coloca o Judiciário em pé de igualdade com os demais poderes, exatamente naquela dimensão mais importante do sistema político: o processo decisório de estabelecimento de normas (leis e atos executivos) capazes de impor comportamentos.

Não obstante as demais funções da jurisdição constitucional, (jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade não são sinônimos, sendo esta função específica daquela), como o *contencioso penal* (jurisdição constitucional penal), o *contencioso eleitoral* (jurisdição constitucional eleitoral), o *contencioso de conflitos* constitucionais entre órgãos e entes federativos (jurisdição constitucional de conflitos), o *contencioso internacional* (jurisdição constitucional de conformidade de atos externos com a Constituição nacional), é no *contencioso de normas* (jurisdição constitucional de controle de constitucionalidade) e no *contencioso de direitos fundamentais* (jurisdição constitucional das liberdades), que o tema da “judicialização da política” será, primordialmente, abordado e desenvolvido neste trabalho, ainda que referências inevitáveis possam ser feitas às demais funções citadas.

Para alcançar o desenvolvimento do tema recém delineado, a presente dissertação está estruturada em quatro capítulos, que dispõem o conteúdo da maneira a seguir exposta. O primeiro capítulo trata das dimensões institucionais da “judicialização da política”, a partir do pressuposto de que esta deve ser compreendida não como um fenômeno acabado, cujos contornos já teriam sido definitivamente delineados, mas como um fenômeno multifacetado, com amplas dimensões.

Os mais recentes estudos em Ciências Sociais e Direito têm contribuído para fornecer novas abordagens sobre o fenômeno. Primeiramente, far-se-á uma revisão da literatura especializada, nacional e estrangeira, entrecruzando olhares da Ciência Política e da teoria constitucional sobre o tema, buscando elaborar-se uma sistematização das várias abordagens que o fenômeno comporta. Apresenta-se, aqui, a descrição das pré-condições, causas e arranjos institucionais necessários para que a política seja judicializada (as *bases institucionais* da “judicialização da política”).

A seguir, o segundo capítulo traça, em termos teórico-analíticos, as *bases sociais* da “judicialização da política”, ou seja, os usos sociais do controle de constitucionalidade, entendida esta como a forma pela qual os diversos atores sociais interagem com as instituições judiciárias e fazem uso dele para fins, não necessariamente, jurídicos.

O terceiro capítulo expõe as dimensões normativas da “judicialização da política” em relação aos conteúdos propriamente jurídicos que o controle de constitucionalidade envolve, isto é, elementos da dogmática constitucional, como as técnicas, os modos de exercício e o parâmetro do controle, os efeitos das decisões, e elementos de teoria constitucional, como as abordagens substancialista/procedimentalista, o constitucionalismo dirigente e o paradigma neoconstitucionalista. Trata-se de uma descrição endógena do fenômeno (as *bases normativas* da “judicialização da política”), e de como estes elementos normativos contribuem para moldá-la, diferentemente dos capítulos anteriores, que envolverão a descrição exógena da relação dos atores sociais com as instituições que exercem o controle de constitucionalidade e proporcionam a “judicialização da política”.

O quarto capítulo apresenta um aspecto ainda pouco explorado: a “judicialização da política” em âmbito local. Tomando como base as linhas referenciais teóricas desenvolvidas nos capítulos anteriores para o panorama brasileiro, apresenta-se um estudo de caso sobre a “judicialização da política” no município de Porto Alegre/RS, a partir da análise dos dados empíricos colhidos em relação ao julgamento, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, das Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade que questionaram as leis municipais de Porto Alegre/RS a partir da promulgação da Constituição Estadual de 1989.

Por fim, o fio condutor da dissertação, em conjunto com aportes da Ciência Política, é o método fenomenológico, na medida em que se procurou observar as múltiplas manifestações da “judicialização da política”, tentando desvelar sentidos encobertos pela *objetivação* dogmática, inserindo-a, quanto à dimensão normativa, no âmbito do paradigma *hermenêutico* como caminho para a adequada “compreensão” da Constituição e de seu acontecer.

1 AS DIMENSÕES INSTITUCIONAIS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E SUAS MANIFESTAÇÕES

O debate em torno da “judicialização da política” pode ser sintetizado em duas dimensões: a) *normativa*, que aborda a chamada supremacia da Constituição sobre as decisões parlamentares majoritárias, no qual se discute os dilemas da evolução do constitucionalismo sobre o modelo tradicional (*Westminster*) de democracia, ou seja, o vasto debate entre democracia e constitucionalismo, com destaque para o debate normativo entre os que são a favor da judicialização, como Dworkin e Cappelletti, os que são a favor desde que sejam expressos certos limites, como Habermas e Garapon, e os que são contra, como Ely; b) *analítica*, que se preocupa com o ambiente político e institucional e em como definir, medir e avaliar o processo de “judicialização da política”². Com modificações expressivas, este critério é, de certo modo, adaptado para o presente trabalho na divisão interna dos capítulos.

Neste capítulo, serão abordadas, inicialmente, as pré-condições pelas quais a “judicialização da política” torna-se possível, isto é, apresentar-se-á os arranjos/desenhos institucionais e os fatores jurídico-políticos que condicionam o surgimento e desenvolvimento do fenômeno, bem como a forma pela qual as diversas teorias convergem para sua explicação.

1.1 AS PRÉ-CONDIÇÕES DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E SUAS MÚLTIPLAS ABORDAGENS TEÓRICAS

A construção institucional do Judiciário moderno pode ser analisada a partir de duas grandes tradições: pela difusão da influência das revoluções americana e francesa no curso histórico de inúmeros países, França e Estados Unidos³ podem ser tomados como dois modelos principais de definição da função jurisdicional moderna, os quais inspiraram a formação dos demais Estados Liberais nos séculos XIX e XX. Embora os processos que levaram a elaboração da Constituição Americana de 1787 e da Revolução Francesa de 1789 tenham sido influenciados pelo pensamento liberal que corria o mundo à época, eles deram origem a dois modelos constitucionais bastante distintos e, por decorrência, o Judiciário emergiu dessas duas experiências com papéis significativamente diferentes.

²Cf. CARVALHO, Ernani Rodrigues. **Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem.** In: Revista de Sociologia e Política. Curitiba, vol. 23, nov. 2004.

³A tradição francesa de construção institucional do Judiciário é a mais difundida no Brasil, razão pela qual o debate sobre a legitimidade da jurisdição constitucional ser demasiadamente focado nos paradigmas *rousseauiano* da vontade geral e na fórmula *montesquieuana* da separação de poderes, relegando ao segundo plano toda a discussão *madisoniana* dos *checks and balances* esboçada nos federalistas.

A primeira e mais importante diferença entre França e Estados Unidos é que, no primeiro caso, a plataforma liberal foi utilizada no combate à monarquia absolutista vigente no país havia tempos, resultando daí a proposta de esvaziamento do Poder Executivo e de fortalecimento do corpo legislativo, principal representante da soberania popular. No caso americano, a experiência da primeira década de independência revelou que governos populares não estavam inunes ao arbítrio, e outras possibilidades de tirania – não só aquela promovida por um monarca absoluto, mas também pelo governo eletivo de muitos – deveriam ser prevenidas⁴. As diferentes aplicações práticas da tese de Montesquieu⁵ resultaram em definições bastante distintas para a função jurisdicional, no quadro geral da separação de poderes. Na França, a idéia de supremacia do Legislativo, bem como a profunda desconfiança dos revolucionários em relação à magistratura do Antigo Regime, não poderiam ter levado a uma valorização do Judiciário como poder de Estado. Nos EUA, a preocupação com o direito à propriedade frente à voracidade legislativa de governos populares acabou elevando o Judiciário à condição de poder político, capaz de se colocar entre o governo e o cidadão, na defesa dos direitos individuais deste último (principalmente o direito de propriedade).

Como anota Arantes (2007), a condição de poder político do Judiciário nos tempos modernos decorre de sua capacidade de controlar os atos normativos dos demais poderes, especialmente as leis produzidas pelo Parlamento⁶. A experiência francesa modernizou a função da justiça comum do Judiciário, mas não lhe conferiu poder político; a americana não só atribuiu à magistratura a importante função de prestação de justiça nos conflitos entre particulares, como elevou a função jurisdicional à condição de poder político. Nesse sentido é que Estados Unidos e França constituem modelos paradigmáticos de delegação e de não delegação, respectivamente, desse papel político à magistratura⁷.

⁴Madison, em um dos famosos artigos federalistas (escritos para tentar convencer os cidadãos de Nova York a votar favoravelmente à promulgação do novo texto constitucional), deixou bem claro o motivo da rigorosa adoção do princípio da separação de poderes: “o acúmulo de todos os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário nas mesmas mãos, seja de uma pessoa, de algumas ou de muitas, seja hereditário, autodesignado ou eletivo, pode ser justamente considerado a própria definição de tirania”. Cf. MADISON, James, HAMILTON, Alexander, e JAY, John. **Os artigos federalistas**, 1787-1788. RJ: Nova Fronteira, 1993, p. 331-332.

⁵Consagrada por Montesquieu, a fórmula da *separação de poderes* difundiu-se no final do século XVIII como necessária à limitação do poder político do Estado e à defesa das liberdades individuais.

⁶Nos países em que o Judiciário ou um tribunal especial pode ser acionado para verificar o respeito das leis e dos atos normativos à Constituição, pode-se dizer que existe um terceiro político de Estado, ao lado do Executivo e do Legislativo, e nos países em que essa função inexistente, o Judiciário assemelha-se a um órgão público ordinário, responsável pela importante tarefa de prestar justiça nos conflitos particulares, mas incapaz de desempenhar papel político no processo decisório normativo. Cf. ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário: entre a Justiça e a Política**. In: Sistema Político Brasileiro: uma introdução. (Org.) Lúcia Avelar e Antônio Octavio Cintra. SP: Unesp, 2007, 2ª Ed., p. 84.

⁷Na França, o processo revolucionário iniciado em 1789 desdobrou-se em três textos constitucionais, promulgados em 1791, 1793 e 1795, sendo que em nenhum deles o Judiciário recebeu a missão de controlar os atos dos demais poderes e apenas teve valorizado seu papel de prestador de justiça comum, civil e criminal.

O papel do Judiciário de guardião da Constituição nos Estados Unidos contrastava com sua nulidade política na França, levando Tocqueville a perceber a engenhosa saída americana para o problema da limitação do poder político da maioria em governos populares: reservar a decisão final em casos de conflitos constitucionais a um corpo especial de magistrados, que dispunham de razoável dose de independência funcional em pleno regime republicano. O Judiciário americano constitui para Tocqueville o mais poderoso e único contrapeso da democracia, justamente por sua capacidade de controlar a constitucionalidade das leis promulgadas pela maioria política⁸. No modelo americano, o Judiciário cumprirá a importante função liberal de conter a vontade política majoritária, mas a condição não republicana da magistratura enfrentará, de tempos em tempos, tentativas de redução de sua independência quase aristocrática, especialmente nas situações em que o Judiciário assumir posição mais agressiva no controle dos atos normativos das maiorias políticas representativas. No modelo francês, não encontramos essa nova aristocracia no seio da república, mas em contrapartida, se ouve queixas recorrentes sobre a ausência de um guardião independente da Constituição e sobre a sujeição completa da sociedade à vontade política da maioria governante⁹.

1.1.1 A expansão global do poder judicial: o marco teórico fundador, a *política constitucional* e os circuitos da “judicialização da política”

A notável influência da obra coletiva *The Global Expansion of Judicial Power*, coordenado por C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder, sobre os estudos relacionados ao tema da “judicialização da política”, tem sido o ponto de partida para pesquisas em torno dessa temática no Brasil e ao redor do mundo. Não obstante, o termo já aparecera em Loewenstein (1997:321). Com efeito, Vallinder (1995) define judicialização como: 1) a expansão da competência das cortes ou dos juízes às expensas dos políticos e/ou administradores, isto é, a transferência do direito ao processo decisório dos legislativos e executivos para as cortes; ou, 2) a difusão dos métodos de decisão judicial para fora de seu próprio domínio¹⁰.

⁸Tocqueville foi o primeiro a perceber a incongruência entre uma sociedade crescentemente igualitária e a permanência, no âmbito do Estado, de um corpo insulado de funcionários públicos acumulando garantias e privilégios incompatíveis com o regime republicano. Mas era justamente nessa incongruência que residia a originalidade do sistema político americano, segundo Tocqueville: a magistratura independente era a última barreira às paixões democráticas desenfreadas, e sua autonomia poderia ser considerada condição de sobrevivência, no longo prazo, do próprio regime republicano. Em outras palavras: um corpo anti-republicano ou aristocrático, cumprindo a função de anti-corpo da democracia, combatendo prontamente a tirania da maioria. Cf. TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América. Leis e Costumes*. SP: Martins Fontes, 2001.

⁹Cf. ARANTES, Rogério Bastos, op.cit., p. 89.

¹⁰VALLINDER, T. “**When the Courts Go Marching In**”. In: *The Global Expansion of Judicial Power*. Edited by C. Neal Tate and Torbjörn Vallinder. New York: New York University Press, 1995, p. 13.

Usando esta definição de “judicialização da política”, é possível distinguir diversas formas dela, sendo que sua principal forma, argumenta Vallinder (1995), é a *judicial review* dos atos do Executivo e Legislativo, cuja base é uma Constituição codificada. Tate (1995) define judicialização como: 1) o processo no qual cortes e juízes aumentam seu domínio na estrutura das políticas públicas que foram elaboradas previamente por outros ramos governamentais, especialmente, legislativos e executivos e 2) o processo pelo qual fóruns não-judiciais de tomada de decisões e negociação vem a ser dominados por regras e procedimentos quase-judiciais¹¹. Tate (1995) enumera um conjunto de condições facilitadoras da expansão do poder judicial:

a) *democracia*: é condição necessária, mas não suficiente para a “judicialização da política”;

b) *separação de poderes*: um sistema de separação de poderes nos moldes do modelo formulado por Montesquieu facilita as condições para a “judicialização da política”, mas não é condição necessária, nem suficiente para esta;

c) *política de direitos*: a presença de um *bill of rights* constitucional (previsão formal de um conjunto de direitos no texto constitucional) é uma condição facilitadora, mas não necessária para a “judicialização da política”, como demonstra o exemplo de Israel¹²;

d) *uso dos tribunais pelos grupos de interesse*: os tribunais têm sido utilizados para a realização dos objetivos de grupos de interesse, que buscam expandir a compreensão de direitos previstos formalmente no texto constitucional;

e) *uso dos tribunais pela oposição*: a experiência de inúmeros países mostra que as oposições políticas frequentemente judicializam a política na tentativa de usar os tribunais para obstruir políticas governamentais;

f) *inefetividade das instituições majoritárias*: a fraqueza dos partidos políticos e dos governos de coalizão que impedem o governo de formar maiorias legislativas estáveis facilita a busca dos tribunais (instituições não-majoritárias e não-eleitas) para redefinir uma disputa legislativa;

g) *percepções das instituições responsáveis pelo processo-decisório*: quando os líderes dos grupos de interesse e as elites econômicas e sociais vêem as instituições majoritárias

¹¹Cf. TATE, C. Neal. “**Why the Expansion of Judicial Power?**”. In: *The Global Expansion of Judicial Power*. Edited by C. Neal Tate and Torbjörn Vallinder. New York: New York University Press, 1995, p. 28. Essa segunda forma é observada, principalmente, nos países nórdicos. No Brasil, no sul da Europa e nos EUA, a prática é inversa: pessoas que ocupam cargos na burocracia administrativa do Estado são indicadas para ocupar, posteriormente, cargos nos tribunais superiores.

¹²A aceitação do princípio de que indivíduos ou minorias têm direitos que podem ser opostos contra o desejo das maiorias, ainda que não previsto no texto de uma Constituição escrita, possibilita o exercício do poder judicial. Cf. TATE, C. Neal, op. cit., p. 30.

imobilizadas, servindo a si próprias ou ainda corruptas, recorrerão ao Judiciário, que tem a reputação de retidão. Tal condição ocorre onde o Judiciário tem maior respeito e legitimidade que outros setores do Estado;

h) delegação pelas instituições majoritárias: ocasionalmente, a “judicialização da política” ocorre quando as instituições majoritárias decidem que há certos assuntos que elas não desejam decidir. Dentre as muitas razões para essa delegação está o custo político de lidar com assuntos de alto risco, como o aborto, p.ex. A política de delegação para o Judiciário usualmente ocorre no contexto de uma política de direitos, dentro da competência das instituições majoritárias permitirem que o assunto seja submetido aos tribunais¹³.

Tate (1995) afirma que, mesmo na presença de todas essas condições políticas facilitadoras, a “judicialização da política” pode ainda não ocorrer, pois ela só acontecerá se os juízes decidirem que eles devem: 1) participar do processo decisório que poderia ser deixado às outras instituições; 2) substituir soluções políticas derivadas de outras instituições. Para clarificar, o autor aceita o aforismo “*não decidir é decidir*”, ou seja, escolhendo não participar ou não substituir as políticas produzidas por outros ramos governamentais os tribunais estariam fazendo uma escolha política. Mas a “judicialização da política” implica um papel político mais positivo que aquele envolvido na atitude da não-decisão judicial.

A massiva literatura sobre a política judicial sugere duas atitudes possíveis dos tribunais: *ativismo judicial* e *restrição judicial*, de esquerda ou de direita (a dicotomia redutora é usada propositalmente pelo autor para simplificar a análise, o qual não ignora o caráter reducionista da classificação). Dada uma suficiente acumulação das condições políticas retro discutidas, as atitudes dos tribunais irão interagir com as orientações políticas das instituições majoritárias para produzir judicialização, como sugere o quadro abaixo¹⁴.

Condições de Promoção da Judicialização da Política							
Condições Facilitadores Favoráveis							
“Valores” das Instituições Majoritárias							
Esquerdista				Direitista			
“Valores” da Política Judicial				“Valores” da Política Judicial			
Esquerdista		Direitista		Esquerdista		Direitista	
Ativismo Judicial		Restrição Judicial		Ativismo Judicial		Restrição Judicial	
Ativismo	Restrição	Ativismo	Restrição	Ativismo	Restrição	Ativismo	Restrição
Não Judicialização	Não Judicialização	Judicialização	Não Judicialização	Judicialização	Não Judicialização	Não Judicialização	Não Judicialização

¹³Não é o caso de países que passam por transições democráticas, como o Brasil, cuja Constituição de 1988 tem, em muitos aspectos, um caráter *compromissório*, no qual, determinados temas, pela impossibilidade de serem definidos pelo legislador constituinte naquele momento, foi por este delegado ao legislador ordinário.

¹⁴Quadro formulado por Tate. Cf. TATE, C. Neal, op. cit., p. 35.

O quadro retro demonstra que, por causa da importância da orientação das instituições majoritárias e dos “valores” e atitudes dos juízes, é possível esperar ocorrer a judicialização somente em duas de oito possíveis combinações de circunstâncias, considerando a presença de todas as condições políticas facilitadoras presentes. Somente de juízes-ativistas direitistas num ambiente dominado por instituições majoritárias de esquerda e juízes-ativistas esquerdistas em um ambiente dominado por instituições majoritárias de direita seria possível promover a “judicialização da política” vigorosamente. É claro que este esquema analítico desconsidera o peso que pode ser dado à variável *natureza dos direitos constitucionais positivados*, como propugna o constitucionalismo dirigente.

Outro estudo fundamental sobre a atividade da justiça constitucional na Europa é o de Stone Sweet (2004), o qual não utiliza os conceitos tradicionais da teoria constitucional de forma estática. Constituição, justiça constitucional, controle de constitucionalidade, dentre outras categorias fundamentais do direito constitucional, são utilizados em uma perspectiva dinâmica, isto é, em inter-relação com os atores sociais com os quais interage, ou, mais precisamente, de acordo com as formas pelas quais estes atores acionam aquelas categorias e instituições. Nesse sentido, seria mais adequado pensar em uma *política constitucional*¹⁵, a qual compreende uma relação - mediada pelo processo de regulação (*rule-making*) dos juízes constitucionais – entre as normas constitucionais (nível macro) e o processo decisório (*decision-making*) dos agentes públicos e outros indivíduos (nível micro)¹⁶.

Sua *teoria da judicialização* sugere que, sob certas condições, juízes constitucionais irão reconstruir estas regras e, em o fazendo, construir um discurso, um conjunto de diálogos coletivos sobre as capacidades e limites do uso do poder estatal. Dadas certas condições, pode-se esperar que outros agentes públicos – como chefes de governo, parlamentares, administradores e juízes ordinários – irão ser inseridos neste discurso, e ajudar a perpetuá-lo.

Três fatores são apontados por Stone Sweet (2004:50-51) como determinantes para a natureza, escopo e intensidade da interação entre legisladores e juízes constitucionais: 1) o modo de revisão exercido pela Corte Constitucional; 2) a extensão com a qual as maiorias parlamentares buscam acionar a revisão da legislação; 3) o estágio de desenvolvimento daquelas normas constitucionais relevantes para o processo decisório dos legisladores e juízes seria um produto da própria política constitucional.

¹⁵STONE SWEET, A. **Governing with judges. Constitutional Politics in Europe.** Oxford U Press, 2004, p. 22.

¹⁶O *nível macro* compreende: 1) um sistema formal de normas constitucionais que constroem o exercício da tomada de decisão legislativa; 2) o *case law* daquelas cortes que interpreta a Constituição; 3) as normas de comportamento e padrões gerados pela interação no micro nível. O *nível micro* compreende os membros do Governo, Parlamento, juízes ordinários e litigantes privados. Cf. STONE SWEET, A., op. cit., p. 196.

Colocados em termos teóricos, estes três fatores explicam variações da extensão da “judicialização” do governo parlamentar na Europa. Em relação ao primeiro fator, no processo de revisão abstrata de constitucionalidade das leis *o legislador interage com o juiz constitucional diretamente*, enquanto no processo de revisão concreta de constitucionalidade, *legisladores e juízes constitucionais interagem somente indiretamente*, através da mediação das cortes ordinárias. Comparada com a abstrata, a revisão concreta de constitucionalidade é mais custosa, pois pode levar anos e enfrentar diversas decisões dos juízes ordinários antes da Corte Constitucional proferir a decisão final.

Portanto, a revisão abstrata de constitucionalidade proporciona uma maior judicialização nos sistemas judiciais que a adotam, pois incentiva uma luta direta entre a maioria parlamentar e a oposição em relação a um fim particular: o progressivo desenvolvimento de constrangimentos constitucionais sobre o processo legislativo (*law-making*)¹⁷.

Em relação ao segundo fator, a equação pode assim ser resumida: quanto mais “radical” (no sentido de modificar posições do *status quo* político, econômico ou social mantida pela legislação anterior) for a legislação adotada pelo Parlamento, mais provável será a chance desta ser submetida à revisão da Corte Constitucional. Conseqüentemente, sendo as demais variáveis iguais, quanto mais um sistema político produz reformas radicais, mais ele irá produzir disputas constitucionais que as Cortes Constitucionais serão chamadas a resolver.

O terceiro fator, relativo ao desenvolvimento do direito constitucional através do *processo de regulação constitucional (constitucional rule-making ou constitucional case law)*, é endógeno às inter-relações descritas, na medida em que atuará sobre a legislatura, reforçando o mesmo comportamento que provocou a revisão constitucional no primeiro momento. Dito de outro modo, as oposições estão conectadas às Cortes Constitucionais por um tipo de *correia de transmissão*; as oposições judicializam o processo legislativo de maneira a ganhar o que eles, de outra maneira, perderiam em um processo “normal”, isto é, não-judicializado. A revisão abstrata permite à Corte Constitucional “construir” o direito constitucional, com a extensão de técnicas¹⁸ por ela desenvolvidas para o exercício do controle sobre a atividade legislativa.

¹⁷Cf. STONE SWEET, Alec, op. cit., p. 50-51. O autor cita que a jurisdição de disputas sobre federalismo e regionalismo também gera influência sobre o processo legislativo, como na Alemanha e Espanha, onde uma grande proporção das decisões da Corte Constitucional concerne à delimitação das competências entre os níveis nacional e subnacional de governo.

¹⁸Dentre elas, a técnica da “interpretação conforme à Constituição”, a “declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto”, o “apelo ao legislador”, todas adotadas pelo Tribunal Constitucional alemão, bem como as sentenças de perfil aditivo do Tribunal Constitucional italiano. Estas técnicas, argüi o autor, confere ao juiz constitucional a proeminência sobre os resultados legislativos, não pela “invalidação” das regras, mas pela “prescrição” delas. Cf. STONE SWEET, Alec, op. cit., p. 72.

Como o direito constitucional se expande para múltiplas áreas políticas, tornando-se cada vez mais denso, técnico e diferenciado, ele produz os fundamentos para um debate judicializado¹⁹. Este processo tende a se reproduzir, e em o fazendo, a judicialização é provocada e reforçada²⁰. Nesse sentido, Stone Sweet (2004) entende que as Cortes Constitucionais devem ser concebidas como “câmaras legislativas especializadas” e o controle de constitucionalidade deve ser visto como um estágio na elaboração das leis²¹.

A autoridade de vetar uma legislação como inconstitucional é somente uma dimensão – *imediata, direta e negativa* – do impacto político das Cortes Constitucionais; mas há uma segunda dimensão – *prospectiva, indireta e criativa*; quando os agentes políticos exercem sua competência constitucional para iniciar o processo legislativo (seja o chefe do Executivo, seja os parlamentares), eles escrevem e revisam as leis de maneira a: 1) observar os relevantes casos constitucionais pretéritos julgados pela Corte Constitucional; 2) antecipar a direção do futuro *constitucional decision-making*²², de maneira pela qual os legisladores ratificam a autoridade pedagógica sobre suas próprias atividades.

Quando legisladores se engajam em deliberações constitucionais, eles agem como juízes constitucionais, elaborando relações normativas entre o projeto de lei em questão e as prescrições do direito constitucional, para diminuir a tensão com este. A “auto-limitação” é uma reação antecipada, referente ao exercício de *self-restraint* de parte dos legisladores, em antecipação à hipotética anulação pela Corte Constitucional.

A teoria da *política constitucional* de Stone Sweet (2004) inscreve o processo de “judicialização da política” em dois momentos. No primeiro deles, ocorre a “*politização da justiça constitucional*”: o controle de constitucionalidade é acionado para modificar os resultados do processo legislativo ou a interpretação da Constituição, o que coloca o Tribunal Constitucional na posição de árbitro final dos conflitos políticos. No segundo momento, ocorre a “*judicialização do processo legislativo*”: ao solucionar as demandas, a justiça constitucional produz um discurso no qual se elaboram as normas que regem o exercício do

¹⁹A grande maioria de todas as anulações das leis submetidas ao controle de constitucionalidade são “anulações parciais” (anulação de apenas parte da lei), as quais operam como mecanismo flexível de controle dos resultados legislativos. Apesar de menos radicais, as “anulações parciais” permitem uma maior “constitucionalização” de matérias, bloqueando a ação dos legisladores, sendo o direito penal o exemplo mais proeminente: princípios como o do devido processo legal, não-retroatividade, proporcionalidade, igualdade perante a lei, dentre outros, são *standards* que tem sido construídos, no caso europeu, pela Corte Constitucional a partir dos direitos previstos no texto constitucional, em interação com legisladores e juízes. Cf. STONE SWEET, Alec, op. cit., p. 71.

²⁰Cf. STONE SWEET, Alec, op. cit., p. 55.

²¹A “autoridade legislativa” dos juízes constitucionais é especializada no sentido de que é restrita a julgar a constitucionalidade das leis adotadas pelo Parlamento. Cf. STONE SWEET, Alec, op. cit., p. 61.

²²Por *constitucional decision-making* o autor entende o ato de determinação do significado de uma dada prescrição constitucional de maneira a resolver uma disputa sobre a constitucionalidade de uma norma infraconstitucional. Cf. STONE SWEET, Alec, op. cit., p. 95.

poder legislativo, e a recepção dessas normas, e os termos de seu discurso, pelos legisladores²³. Nesse modelo, a “politização” não produz inevitavelmente a “judicialização”. Em diferentes campos do direito podem ser observados diferentes níveis de judicialização, que variam de acordo com a intensidade da interação da Justiça Constitucional com o Legislativo e o Executivo em cada campo.

Como anota Maués & Fadel (2007), em estudo sobre as ADINs dos partidos políticos, a análise da “judicialização da política” não deve limitar-se à identificação quantitativa do fenômeno. A análise do impacto que as decisões judiciais provocam no sistema político é que tem a virtude de identificar em que medida as ações do Executivo e do Legislativo são regidas por essas decisões e, portanto, em que medida a política encontra-se judicializada. Assim, a judicialização implica o funcionamento de um *circuito*²⁴ no qual as demandas trazidas pelo sistema político ao sistema judicial retornam a ele como um conjunto de orientações a serem cumpridas: as decisões da Justiça Constitucional não apenas resolvem casos presentes, mas também estabelecem parâmetros para a solução de casos futuros. Esse conceito de judicialização implica a análise de como ocorre a passagem da politização para a judicialização, ou seja, de que modo a Justiça Constitucional é acionada e toma suas decisões, e como o Legislativo e o Executivo reagem a essas decisões.

O processo pode ser dividido em quatro estágios: o ponto de partida da judicialização é a adoção de um regime de democracia constitucional que, limitando a vontade da maioria por meio de uma Constituição rígida, regule formal e materialmente a produção legislativa e estabeleça um sistema de controle de constitucionalidade das leis. Entrando em funcionamento esse arcabouço institucional, passa a interessar aos legisladores prever a posição do Tribunal Constitucional acerca da constitucionalidade de suas decisões, a fim de evitar que elas sejam invalidadas. Nesse primeiro estágio da judicialização, no entanto, os limites impostos ao legislador são mínimos, tendo em vista que o Tribunal Constitucional ainda não desenvolveu sua jurisprudência. O que abre espaço para que a maioria política interprete a Constituição a sua maneira. No segundo estágio, nos países que adotam o controle abstrato²⁵, processo legislativo e controle de constitucionalidade encontram-se articulados.

²³Cf. STONE SWEET, Alec, op. cit., p. 194-195.

²⁴Cf. MAUÉS, Antonio Moreira, FADEL, Alexandre Pinto. **Circuitos Interrompidos: As Adins dos Partidos Políticos no Supremo Tribunal Federal (1999-2004)**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et alii. *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. RJ: Lumen Juris, 2007, p. 60.

²⁵Nos países de controle difuso e nos países de controle concentrado que contam com a via incidental, os demais juízes tampouco estão rigidamente subordinados à lei, podendo encaminhar questões de inconstitucionalidade ao Tribunal Constitucional ou exercer diretamente a fiscalização da constitucionalidade. Em consequência, as partes de um processo podem argüir a inconstitucionalidade das leis em seu benefício, fazendo com que o exercício da jurisdição “ordinária” também interfira na elaboração das políticas públicas. Cf. MAUÉS et alii, op. cit., p. 62.

Na prática, o controle de constitucionalidade torna-se o último estágio do processo legislativo, no qual compete ao Tribunal Constitucional rever a decisão do legislador do ponto de vista de sua compatibilidade com a Constituição. Como o controle abstrato é um mecanismo bastante eficaz de censura às decisões legislativas, já que pode levar a uma decisão irrecorrível de declaração de inconstitucionalidade, a minoria política tem um grande incentivo para acionar o Tribunal Constitucional. Ao contrário do que ocorre na arena legislativa, a oposição pode vir a ser vitoriosa na arena judicial, reduzindo a influência da maioria sobre a legislação. Se o Tribunal Constitucional exercer suas funções com independência, o controle abstrato retira poder do Governo e o obriga a participar de um processo que ele não pode controlar nem deter e no qual há igualdade entre as partes²⁶.

No terceiro estágio a *politização da justiça* aumenta a necessidade de motivação das decisões da Justiça Constitucional. Tendo em vista o caráter polêmico das matérias e a possibilidade de críticas acentuadas dos setores políticos que venham a se sentir prejudicados, o Tribunal Constitucional deve desenvolver amplamente os fundamentos jurídico-constitucionais de sua sentença, excluindo o contexto político que pode tê-lo orientado.

No entanto, de modo mais aparente que em outros campos do direito, a aplicação do direito constitucional implica um trabalho de construção judicial das normas, a partir das disposições amplamente ambíguas, vagas, controversas e colidentes do texto constitucional²⁷. Assim, quanto mais o juiz constitucional esforça-se para motivar suas decisões, torna-se mais patente que as soluções para os litígios constitucionais são estabelecidas após um longo e complexo processo argumentativo, em que o magistrado busca balancear os diferentes princípios e regras envolvidas na questão. Para o processo de judicialização, a principal consequência desse esforço é o desenvolvimento de fundamentações complexas, cujo grau de abstração favorece a criação de parâmetros para a decisão de casos semelhantes no futuro²⁸.

No quarto estágio o juízo sobre a constitucionalidade implica a interpretação do ato questionado e a determinação do sentido da própria Constituição. Assim, no exercício do controle de constitucionalidade, o Tribunal Constitucional não apenas resolve uma demanda como também elabora a Constituição, gerando um duplo impacto no processo legislativo.

Em primeiro lugar, a decisão do tribunal sobre a constitucionalidade de uma lei possui um impacto retrospectivo e direto, pois o tribunal resolve um conflito já existente e declara uma determinada lei constitucional, inconstitucional ou a interpreta conforme a Constituição.

²⁶Cf. STONE SWEET, Alec, op. cit., p. 197-199.

²⁷Cf. FERRERES COMELLA, Victor. **Justicia constitucional y democracia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

²⁸Cf. STONE SWEET, Alec, op. cit., p. 199-200.

Em segundo lugar, ao oferecer as razões que fundamentam sua decisão, o tribunal (re)constrói as normas que regem o processo legislativo e indica aos legisladores como casos semelhantes deverão ser resolvidos. Esse impacto é prospectivo e indireto, pois a fundamentação do tribunal estabelece parâmetros normativos para a atividade legislativa futura²⁹. Ao completar-se o “*circuito da judicialização*”, o legislador encontra-se em uma situação distinta do seu ponto de partida. Provocada pelos próprios agentes políticos, a Justiça Constitucional produziu uma jurisprudência sobre as normas constitucionais que não pode ser desconsiderada pelo legislador, sob pena de ter suas decisões invalidadas.

O processo de judicialização tende a se aprofundar: a Justiça Constitucional deve continuar a ser acionada para que possa prosseguir na elaboração judicial da Constituição, e o Tribunal Constitucional deve conferir valor de precedente as suas próprias decisões, aplicando seus fundamentos aos casos semelhantes.

Dessa forma, os legisladores são levados a ajustar seu comportamento às normas constitucionais, buscando prever sua posição em determinada matéria antes de tomar uma decisão sobre ela. Com a judicialização, o processo político é modificado pela incorporação do discurso constitucional às deliberações do Executivo e do Legislativo, os quais também passam a utilizar argumento jurídico-constitucionais para justificar suas propostas e ações³⁰.

Deste modo, os legisladores definem, expressam e perseguem seus interesses políticos pelos significados da interpretação e deliberação constitucional. Nessa perspectiva, a judicialização é um processo pelo qual os legisladores absorvem as normas de comportamento das decisões constitucionais e a gramática e vocabulário do direito constitucional.³¹

1.1.2 A “judicialização da política” e o constitucionalismo democrático no Brasil

A grande referência teórica sobre a “judicialização da política” no Brasil é dada a partir da obra de Werneck Vianna *et alii* (1999), ainda que a temática tenha sido introduzida no debate acadêmico em momento anterior por Castro (1997). Segundo Werneck Vianna *et alii* (1999), o processo institucional que tem aproximado o Brasil de uma “judicialização da política”, levando o judiciário a exercer controle sobre a vontade do soberano, resulta da

²⁹Cf. STONE SWEET, Alec, op. cit., p. 200-201.

³⁰A jurisdição constitucional condiciona a interpretação da Constituição pelo parlamento. De um sistema de interpretação parlamentar inicial e incondicionada, passa-se a uma interpretação parlamentar também inicial, mas condicionada pela Constituição, mas tal como definida por outro órgão: o Tribunal Constitucional. Cf. ROYO, Javier Perez.. **Tribunal constitucional y division de poderes**. Madrid: Tecnos, 1988. p. 21

³¹Na política judicializada, o discurso legal media o debate partidário e estrutura o exercício do poder legislativo Cf. STONE SWEET, Alec, op. cit., p. 203.

adoção do *modelo de controle abstrato de constitucionalidade das leis com a intermediação de uma “comunidade plúrima de intérpretes”³²*, e não, como em outros casos nacionais, da assunção de novos papéis por parte de antigas instituições (e.g., o Conselho Constitucional).

O ponto de partido do trabalho é a sugestão de que o processo de “judicialização da política” no Brasil tem sido o resultado de uma progressiva apropriação das inovações da Constituição de 1988 por parte da sociedade e dos agentes institucionais, inclusive governadores e procuradores, dois importantes personagens dessa nova arena da política brasileira³³. Segundo o desenho constitucional, a *comunidade dos intérpretes* é heterogênea, resultando em motivações bastante variadas para a proposição das Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade (ADIns), cujo caráter cobre desde a defesa do mais restrito e particular interesse às ações de vocação universalista.

Daí que, por provocação da sociedade civil, principalmente, do mundo da opinião organizada nos partidos e do mundo dos interesses nos sindicatos, o Judiciário vem se consolidando como ator político e importante parceiro no processo decisório, tendo o STF iniciado uma migração silenciosa, de uma posição de coadjuvante na produção legislativa do poder soberano, de acordo com os cânones clássicos do republicanismo jacobino, para uma de ativo guardião da Carta Constitucional e dos direitos fundamentais da pessoa humana. A par do extenso rol de tarefas, relacionadas desde a defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana³⁴ e a organização democrática da federação, extrai-se importante ilação.

O STF, como guardião da Constituição, não atua isoladamente no mundo. Junto a ele, está a *comunidade dos intérpretes*, que o mobiliza constantemente, levando-o à jurisdição de todos os recantos da vida social, e que, com isso, atua também no sentido de transformá-lo. Os governadores conduzem-no a exercer papéis de Conselho de Estado, coibindo corporativismos, particularismos, uniformizando e racionalizando a Administração Pública. Os procuradores levam-o às funções de um vértice administrativo do Poder Judiciário e de gestor das relações entre os diversos aparelhos afetos à prestação da justiça, como a Polícia, o Ministério Público, os cartórios.

³²Pelo artigo 103 da Constituição da República, alterado pela EC 45, podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

³³No que se diferenciaria de processos clássicos como o americano, no qual a judicialização derivaria da vontade dos próprios fundadores das instituições americanas.

³⁴Em outro trabalho, Werneck Vianna qualifica a “judicialização da política” como um processo por meio do qual se indica a capacidade do Poder Judiciário de garantir os direitos fundamentais. Cf. WERNECK VIANNA, L. **Poder Judiciário, Positivção do Direito Natural e Política**. In: Estudos Históricos n.º.18, 1996, p. 269.

As associações convocam-no a se tornar uma presença substitutiva ao Estado nas questões de *Welfare State*. Diferentes intérpretes, ao submetê-lo a apreciação de medidas provisórias, aproximam-no, por meio da concessão de liminares, de um papel de partícipe indireto na produção da lei. Finalmente, os partidos políticos, em particular os de esquerda, atraem-no para um papel clássico na “judicialização da política”³⁵.

Em consonância com esta interpretação, Cittadino (2002) identifica o processo de “judicialização da política” no Brasil vinculado ao que ela chama de *constitucionalismo democrático*³⁶ – cujo conceito se confunde com o de *constitucionalismo comunitário*³⁷ de Siqueira Castro (1995) e de *constituição dirigente* de Canotilho (1992) –, o qual inaugura um novo tipo de *espaço público*, desvinculado das clássicas instituições político-representativas.

A referência principal desse *constitucionalismo democrático* é a promulgação da Constituição Cidadã, cujo sistema de direitos fundamentais se converteu no núcleo básico do ordenamento constitucional brasileiro, estabelecendo os fundamentos (art. 1º) e os objetivos (art. 3º) do Estado Democrático de Direito, possibilitando aquilo que Bouretz (1991) designa como *movimento de retorno ao direito*³⁸. É no âmbito desse *constitucionalismo democrático* que o *movimento de retorno ao direito* no país procuraria *reencantar* o mundo, seja pela adoção do relativismo ético na busca do fundamento da ordem jurídica, seja pela defesa da efetivação do sistema de direitos constitucionais e do papel ativo do Judiciário.

Os três grandes temas que definem a *dimensão comunitária* da Constituição de 1988 são: definição do caráter ético da ordem jurídica (adoção de um sistema de valores); amplo sistema de direitos fundamentais, acompanhados de instrumentos processuais de controle das omissões do poder público e Corte Suprema como órgão de caráter político³⁹.

³⁵Cf. WERNECK VIANNA, Luiz *et alii*. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. Discutiremos os resultados empíricos deste trabalho no próximo capítulo.

³⁶O constitucionalismo democrático brasileiro é influenciado pelo pensamento constitucional português e espanhol, especialmente pelas discussões travadas por ocasião dos processos constituintes dos quais resultaram a Constituição portuguesa de 1976 e a Constituição espanhola de 1978. À semelhança do processo brasileiro, estes países atravessaram longos períodos de autoritarismo político e elaboraram Constituições com vistas à implementação e consolidação de regimes democráticos. Os trabalhos de Canotilho (1992), Miranda (1983) e Vieira de Andrade (1983), em Portugal, e Verdu (1990) e Perez Luño (1991), na Espanha, influenciaram decisivamente o pensamento constitucional brasileiro contemporâneo. Cf. CITTADINO, Gisele. **Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes**. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. RJ: Iuperj/Faperj, 2002, p. 18-19.

³⁷O qual toma a Constituição como uma estrutura normativa que envolve um *conjunto de valores*.

³⁸O autor refere-se ao *movimento de retorno ao direito* enquanto via através da qual se evita a violência, em face do pluralismo que caracteriza as democracias contemporâneas. Cf. BOURETZ, Pierre. **La Force du Droit. Panorama des débats contemporains**. Paris: Éditions Esprit, 1991.

³⁹Cf. CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. RJ: Lúmen Júris, 2ª Ed., 2000, p. 43-74. Estes temas foram positivados como decorrência direta da participação dos constitucionalistas comunitários no processo constituinte de 1987-1988, principalmente José Afonso da Silva e José Carlos Siqueira Castro. *Idem*, op. cit., p. 32-42.

Ao sistema fechado de garantias da autonomia privada, é oposto a idéia de *Constituição aberta*⁴⁰, que enfatiza os valores do ambiente sócio-cultural da comunidade, abrindo-se a outros conteúdos, tanto normativos (direito comunitário), como extranormativos (usos e costumes) e matanormativos (valores e postulados morais)⁴¹.

Cittadino (2002) identifica na “judicialização da política” uma espécie de participação política, aqui traduzida como o alargamento do *círculo de intérpretes da Constituição*, pelo qual se processa a interligação dos direitos fundamentais e da democracia participativa. A abertura constitucional⁴² permite que cidadãos, partidos políticos e associações integrem o *círculo de intérpretes da Constituição*, democratizando o processo interpretativo – na medida em que ele se torna aberto e público – e, ao mesmo tempo, concretizando a Constituição.

Concretizar o sistema de direitos constitucionais pressupõe uma atividade interpretativa tanto mais intensa, efetiva e democrática quanto maior for o nível de abertura constitucional existente⁴³. Nesse sentido, ao definir uma série de institutos processuais para dar efetividade às normas constitucionais asseguradoras de direitos, especialmente de direitos sociais ainda não regulamentados de forma eficaz, o *constitucionalismo democrático* privilegia menos os procedimentos que reclamam um comportamento negativo do poder público do que aqueles que exigem prestações positivas por parte do Estado⁴⁴. Para Cittadino (2002) o constitucionalismo democrático brasileiro defende uma *jurisdição constitucional* que atue como *regente republicano das liberdades positivas*. Nessa perspectiva, há um vínculo entre ativismo judicial e reforço da lógica democrática que subjaz ao processo de “judicialização da política” sem que ocorra, necessariamente, a quebra da soberania popular.

⁴⁰A idéia de Constituição aberta põe fim ao debate sobre a adoção de Constituições ideais ou reais, visto que já não há por que discutir acerca da extensão do texto constitucional. Passou a ser irrelevante que ele seja sintético ou analítico, pois o que importa é a noção de *relevância constitucional*, ou seja, ele ter um sistema normativo que tenha assimilado suficientemente as questões consideradas relevantes pela comunidade ao tempo do processo constituinte. Cf. SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **A Constituição aberta e a atualidade dos direitos fundamentais do homem**. RJ: Forense, 1995, p. 80 e seg.

⁴¹As concepções de *constitucionalismo societário e comunitário* e de *Constituição-dirigente*, que a autora utiliza como expressões desse *constitucionalismo democrático*, rompem com a cultura jurídica positivista e privatista, segundo a qual a Constituição tem por objetivo preservar a esfera da ação individual, por meio do estabelecimento de um sistema de normas jurídicas que regula a forma do Estado, do governo, o modo de exercício e aquisição do poder e, especialmente, os seus limites.

⁴²O sentido de abertura constitucional aqui é de abertura em relação ao conjunto dos intérpretes e não abertura em relação ao conteúdo material do texto constitucional, sentido atribuído na concepção de *Constituição aberta*.

⁴³O que não significa a defesa de um extenso subjetivismo interpretativo. As normas escritas de uma Constituição são sempre, e necessariamente, o ponto de partida de qualquer solução jurídica. A abertura constitucional busca apenas garantir a participação jurídico-político da comunidade, por intermédio de determinados institutos processuais, na efetivação do sistema de direitos constitucionais.

⁴⁴Portanto, o processo de concretização da Constituição, enquanto efetividade do seu sistema de direitos fundamentais, depende da capacidade de controle, por parte da comunidade, das omissões do poder público através dos instrumentos processuais destinados a controlar diretamente essas omissões – mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão (cite-se, também, a ação popular e o mandado de segurança coletivo). Idem, op. cit., p. 31-34.

Em outras palavras, o processo de “judicialização da política” deve estar vinculado ao processo por meio do qual uma comunidade de intérpretes, pela via de um amplo processo hermenêutico, procura dar densidade e corporificação aos princípios abstratamente configurados na Constituição⁴⁵. A “judicialização da política” é inseparável da decadência do constitucionalismo liberal, de marca positivista, exclusivamente voltado para a defesa de um sistema fechado de garantias da vida privada, somente sendo compatível com uma *filosofia constitucional* comprometida com o ideal da igualdade/dignidade humanas; em segundo lugar, a crescente busca pelos tribunais para a concretização de direitos também representa uma forma de participação no processo político⁴⁶.

Importante referir, por fim, que o conceito de *comunidade aberta dos intérpretes da Constituição* utilizada por ambos os autores neste tópico é construção teórica de Häberle (1997), cuja tradução brasileira tem influenciado inúmeros constitucionalistas. A tese central de Häberle (1997) é de que, para além do intérprete oficial da Constituição – o juiz constitucional –, os cidadãos, grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública representam *forças produtivas de interpretação*: eles são intérpretes constitucionais em sentido *lato*, atuando pelo menos como *pré-intérpretes*, ainda que subsista sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação⁴⁷. A interpretação constitucional para Häberle (1997) não é um evento “exclusivamente estatal”, tendo acesso a este processo todas as forças da comunidade política.

1.1.3 Democracia constitucional, soberania complexa e a contra-democracia

A posição retro esboçada é similar ao pensamento de Dominique Rousseau (2001) na defesa que este faz de uma *democracia constitucional*⁴⁸, compreendendo o *juiz constitucional como uma nova figura da democracia*. A Constituição-carta jurisprudencial de direitos e liberdades realiza uma nova representação da democracia, operando um *duplo deslocamento*: em benefício dos governados que adquirem um espaço separado e autônomo daquele dos

⁴⁵Idem, op. cit., p. 39.

⁴⁶Cf. CITTADINO, G. **Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia**. In: Alceu, v.5, n.9, 2004, p.106.

⁴⁷HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997.

⁴⁸O constitucionalismo, em sua faceta liberal originária, é um movimento que tem por objetivo limitar o poder político através de um documento escrito (a Constituição-garantia, organizadora dos poderes políticos). Nessa perspectiva, não é de estranhar que haja profundo debate sobre a (in)compatibilidade entre democracia e constitucionalismo, principalmente na tradição francesa, cujas idéias rosseauianas são fortemente enraizadas. Mas o constitucionalismo contemporâneo, com seus *bill of rights*, revela a plena compatibilidade das duas idéias.

governantes e em benefício do Tribunal Constitucional⁴⁹, que se torna a figura simbólica da democracia constitucional. Em deslocando o debate constitucional de uma reflexão sobre a separação e organização dos poderes em direção a uma reflexão sobre a garantia dos direitos dos cidadãos, o Tribunal Constitucional irá provocar uma ruptura da identificação entre governantes e governados⁵⁰. Com a concepção de Constituição-enunciadora de direitos o Tribunal Constitucional opera uma diferenciação entre governados e governantes, em constituindo os direitos dos primeiros em corpo separado dos direitos dos segundos. Com efeito, a construção jurisprudencial de uma carta de direitos e liberdades define um verdadeiro espaço assegurando aos representados sua autonomia em relação aos representantes.

O Tribunal Constitucional inaugura, assim, um *novo modo de funcionamento democrático*: antes dele, a vontade dos representantes prevalecia sobre aquele do povo; com ele, a soberania popular está em posição de prevalecer, pois dispõe de um meio – o tribunal precisamente, que permite exprimir, contra a pretensão dos representantes, sua vontade. Este novo modelo democrático implica uma situação particular do Tribunal Constitucional dentro do campo político: uma das conseqüências da Constituição-carta de direitos é de produzir uma *nova geografia constitucional*. Ela não se contenta somente de estabelecer a diferenciação entre governantes e governados, mas implica, sobretudo, que sejam dadas, a cada uma das partes, as instituições próprias a fazer viver esta diferença.

Aos governantes, os órgãos executivos e parlamentares; aos cidadãos, o Tribunal Constitucional. Geograficamente, a Corte Constitucional não se situaria ao lado das instituições parlamentares e do Executivo (instituições da sociedade política), mas dentro de um outro espaço, o da *sociedade civil*. Mais exatamente, o Tribunal Constitucional seria a junção entre a sociedade política e a sociedade civil⁵¹. O progresso democrático representado pelo controle de constitucionalidade consiste em que ele permitiria reintroduzir, no interior da lógica da democracia representativa, o princípio da democracia direta⁵².

⁴⁹Em que pese o autor referir-se ao Conselho Constitucional – instituição francesa –, e este estar inserido no âmbito do controle preventivo de constitucionalidade, a reflexão é extensível aos órgãos de Justiça Constitucional de outros países, máxime nos que adotam o sistema abstrato de controle de constitucionalidade. Por isso preferimos substituir a expressão Conselho Constitucional por Tribunal Constitucional.

⁵⁰Cf. ROUSSEAU, Dominique. **Droit du contentieux constitutionnel**. Paris:Montchrestien, 2001, 6ª Ed., p.461.

⁵¹O Conselho seria o *ator de um regime de enunciação concorrencial da vontade geral*, quebrando o monopólio da classe política. Esta transformação se inscreve no que o autor chama de *democracia contínua*, caracterizada por ser uma nova forma de divisão do trabalho político e de representação política (Tribunais Constitucionais, sondagens de opinião e imprensa seriam seus novos atores). Cf. ROUSSEAU, Dominique, op. cit., p. 466/482.

⁵²Idem, op.cit., p.465. Há alguns limites nesse ponto, haja vista que são necessários meios para que o Tribunal Constitucional opere, efetivamente, como um espaço separado de concretização dos direitos. No Brasil, não existe a possibilidade dos cidadãos demandarem diretamente a jurisdição constitucional do STF (como o *amparo espanhol* ou o *recurso constitucional alemão*), em razão do veto na Lei nº. 9.868/99; e a discussão sobre a possibilidade de uma “ação popular constitucional”, que supriria este efeito, encontra fortes resistências.

Nessa linha de pensamento, o autor responde à indagação crítica de Guénaire (1991), no sentido de que a expansão do Judiciário estaria a evocar um vínculo entre “força do direito” e “fim da política”, ou seja, a idéia de que as democracias marcadas pelas paixões políticas estariam sendo substituídas por democracias mais jurídicas, mais reguladoras. Em número especial da revista francesa *Le Débat*, Guénaire (1991) coloca as seguintes questões: a) a Constituição é um ato do passado, portador de morte para o presente, ou é um ato vivo? b) ela é um ato dos representantes eleitos ou dos cidadãos?; c) ela é contra a política ou a forma moderna da atividade política?⁵³ Dominique Rousseau (1993) argüi que, longe de ser um controle do tempo antigo – aquele de 1789 ou 1946 – sobre o tempo presente, a jurisprudência do Tribunal Constitucional se distingue pela aceitação do “*esprit du temps*”, principalmente, pelo fato de que a formação da lei é produto do trabalho de três instituições concorrentes.

O diálogo institucional entre Executivo, Legislativo e Tribunal Constitucional promove este *regime de enunciação concorrente de normas*. A Constituição é, dessa forma, um *ato vivo*, do presente. Em relação à segunda questão, conforme já aduzido, a Constituição é um ato dos governados/cidadãos, antes que ser um instrumento dos governantes. E, por fim, a Constituição é, na atualidade, a *linguagem da atividade política*, no sentido de que a questão política não é mais gerada, exclusiva e isoladamente, pela classe política, necessitando da intermediação de um novo espaço institucional: o Tribunal Constitucional⁵⁴. Isso não significa, lembra o autor, a *morte da política pela Constituição*, máxime porque ela não é o produto isolado das regras objetivadas/positivadas em seu texto, mas de múltiplos fatores sociais: o sucesso da Constituição é o resultado de uma transação/relação que se estabelece entre aquilo que a regra de direito oferece em termos de formalização/objetivação das questões políticas no texto constitucional e daquilo que os atores sociais e políticos demandam, em um dado momento, para atender seus próprios objetivos⁵⁵.

O pensamento de Rosanvallon (2000) sobre a *soberania complexa* possui forte identidade com as idéias de *comunidade aberta dos intérpretes* da Constituição de Häberle (1997) e de *democracia constitucional* de Dominique Rousseau (2001); guardadas as diferenças de fundamento, todas discorrem sobre a necessidade de novos espaços de participação democrática para além da representação política parlamentar.

⁵³Cf. GUÉNAIRE, Michel. **La Constitution ou la fin de la politique**. In: *Le Débat*, n.º. 64, 1991, p. 149.

⁵⁴Na mesma edição de *Le Débat* referida outros quatro autores não vislumbram a mesma relação perversa entre direito e política nos seguintes artigos: Louis Favoreau, **De la démocratie à l'État de droit**; Stéphane Rials, **Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme**; Dominique Rousseau, **La Constitution ou la politique autrement**; Michel Troper, **Le Droit, la raison et la politique**.

⁵⁵Cf. ROUSSEAU, D. **Les Constitutionnalistes, les politistes, et le “renouveau” de l'idée de Constitution**. In: *Droit et Politique*. Paris: PUF, 1993, p.40-45. Também entendendo a nova posição do juiz constitucional como instrumento de realização da democracia: CHEVALLIER, J. **L'État de droit**. Paris: Montchrestien, 2003, p. 138.

A idéia de *soberania una e indivisível* se firmará na história da sociedade ocidental através de um longo processo de eliminação dos particularismos e da autonomia jurídica das ordens locais, em nome da unificação e centralização do poder e da afirmação da primazia e exclusividade da ordenação estatal sobre os costumes, o direito canônico e as convenções corporativas⁵⁶. Para Rosanvallon (2000), o arranjo institucional que unificou a Sociedade no Estado, que expressa uma *soberania una e indivisível*, cujo canal exclusivo de formação é a *representação legislativa*, tem como característica essencial o “monismo político”⁵⁷. Na formulação teórica, os representantes deliberam a partir de sua própria consciência, são *sábios do interesse geral*, sem vínculo algum com os interesses dos eleitores, vistos como portadores de interesses estritamente particulares. Na realidade, todavia, o Parlamento não é palco de personalidades autônomas, mas um cenário para a disputa de forças da Sociedade que lhe são exteriores e os representantes da nação acabam atuando vinculados aos interesses particularistas dos grupos que lhes dão sustentação política⁵⁸.

Não obstante, a instituição do sufrágio universal na composição do Legislativo e a concepção da vontade geral e da soberania da nação como unas e indivisíveis restringem as formas de participação política, donde os representantes eleitos são os únicos intérpretes autorizados pela democracia. Ao “monismo político” corresponde, portanto, um espaço político polarizado, onde não há nenhuma instituição intermediária entre o indivíduo privado e o político. Além das manifestações de rua, a insuficiência da representação política monista dá ensejo a disputas em torno da tentativa de reunir representantes e representados, nas quais fazem partes as sondagens de opinião, reivindicações por reformas nos procedimentos parlamentares e a idéia de uma democracia social, inicialmente vinculada aos temas do controle operário e à democracia industrial. Rosanvallon (2000) aponta que o *acesso à justiça* esteve sempre inscrito neste problema da representação. Com efeito, o direito de petição configurou-se como um complemento ao direito de sufrágio, caracterizando uma espécie de *cidadania jurídica* e será visto como uma ameaça ao absolutismo da representação.

⁵⁶Resultando na eliminação de uma ordem política baseada na pessoalidade, nos privilégios e nas distinções estamentais, pela substituição por uma ordem fundada no princípio da legalidade. Cf. ROSANVALLON, Pierre. **La Démocratie Inachevée. Histoire de la Souveraineté du Peuple en France**. Éditions Gallimard, 2000.

⁵⁷Tanto na construção da república francesa quanto nos federalistas, o instituto da representação se ergue contra os “perigos da democracia” *direta*, ou seja, contra o povo como o elaborador de leis válidas para toda a Sociedade. Em Rousseau, a legitimidade do poder político deve se ancorar na “soberania do povo”; em Sieyès na “soberania da nação”. Em ambos os casos o Parlamento é o lugar único da manifestação eficaz dessa vontade.

⁵⁸A história relatada por Rosanvallon (2000) para a França do século XIX e início do século XX não difere das tensões da institucionalidade política contemporânea. Estavam em jogo a natureza do elo representativo e a questão do mandato (como revelam suas discussões sobre a idéia de mandato imperativo, isto é, a instituição de programas associados aos representantes, que substancializa o voto do eleitor); as formas de expressão da soberania, direta ou delegada; a natureza do espaço público, entre instituições e expressões espontâneas.

Se o direito de petição⁵⁹ configurava uma quebra da unidade da representação legislativa, as associações civis, os movimentos sociais e a “auto-gestão democrática” reivindicada pela sociedade francesa a partir dos anos 1960 representam a visão de uma democracia social *sem* o pressuposto da homogeneidade social, num processo que vai desenhando um meio termo entre a democracia representativa e a democracia social. Nesta nova configuração não há uma operação de unificação do pluralismo social pela via do monismo representativo, haja vista que a expressão política da sociedade diferenciada não pode ficar restrita a um único canal de representação.

Nesta *democracia inacabada*, a vontade política não existe restrita à concepção de uma “vontade geral” unitária ou unificada, cuja aparição corresponde ou a momentos extraordinários não institucionalizados ou à redução forçada de uma única instituição legítima, admitindo-se a multiplicação dos decisores e interventores particulares, num sistema complexo de interesses e de vontades que se substitui ao antigo tipo ideal da vontade política que pressupunha a unidade do ator. A vontade permanece, mas assumidamente dispersa na diferenciação social, e carente de canais de representação igualmente plurais.

À *democracia inacabada* corresponde um esforço da Sociedade em superar tanto a idéia de unidade do “povo” quanto o princípio único da soberania assentado no voto e na exclusiva legitimidade do legislativo. À idéia de uma soberania una e indivisível associada ao monismo representativo se sobrepõe a noção de uma *soberania complexa* acoplada a um pluralismo representativo que deve dar forma à cidadania política em termos tradicionais, mas também a uma espécie de cidadania social e jurídica. A pluralidade de formas da *soberania complexa* indica que o voto é um dentre vários modos de expressão das preferências e das vontades, ao lado de vários outros, através dos quais o cidadão pode tomar a palavra, formular opiniões, exercer controle, proferir um julgamento, manter vigilância, manifestar acordo ou oposição, participar da vida pública. A multiplicação dos níveis da representação é condição do exercício democrático da soberania. Ao lado da *representação procedimental*, que se sustenta na legitimidade exclusiva da representação política propriamente dita, há a *representação funcional*. Os representantes do povo são antes de tudo aqueles que são eleitos, mas não unicamente, pois, podem, igualmente, ser considerados como representantes aqueles que falam, que agem e que decidem “em nome do povo”: é notadamente o caso dos juízes, sejam judiciários ou constitucionais e as múltiplas autoridades de regulação.

⁵⁹Através do *direito de petição* se poderia demandar, por exemplo, o voto de uma lei, a mudança de uma orientação da ação governamental ou a reforma de uma instituição. Com o sufrágio universal a partir de 1848, a função política do *direito de petição* esvazia-se, remanescendo como um direito pessoal, deixando de constituir-se como um direito político “alternativo” à representação legislativa. Cf. ROSANVALLON, P., op. cit., p. 329.

Com efeito, a representatividade é uma qualidade que pode ter duas origens: funcional ou procedimental. A *representatividade funcional* é aquela que é organizada e reconhecida pelos textos organizadores da vida pública, seja das leis e, sobretudo, da Constituição, enquanto que a *representatividade procedimental* é diretamente constatada pelo corpo eleitoral. A visão monista do político tem a longo tempo querido reconhecer tão somente a representatividade procedimental, derivada da atividade eleitoral. A perspectiva de uma soberania complexa rompe com esta idéia, fazendo do reconhecimento do pluralismo representativo a chave de um tipo de governo mais fiel e mais atento à vontade geral⁶⁰.

É nesse sentido que pode ser qualificado o importante papel do Ministério Público, ou seja, como agente da *representatividade funcional*, na medida em que possui legitimidade para a interposição da ação civil pública e da ação declaratória de inconstitucionalidade, mecanismos institucionais de defesa de direitos, oponíveis aos poderes políticos tradicionais. É nesse sentido, também, que os juízes operam como agentes dessa *representação funcional*, seja na condição de juízes constitucionais no exercício do controle de constitucionalidade seja na condição de juízes ordinários, como intérpretes da resolução dos conflitos oriundos nas relações sociais privadas⁶¹. Contribuindo, dessa forma, para o aprofundamento do processo de “judicialização da política”.

Ao lado dos conceitos de *representação funcional*, *democracia inacabada* e *soberania complexa*, em obra recente, Rosanvallon (2006) trabalha a noção de *contra-democracia*, que não seria o contrário da democracia, mas a democracia dos poderes indiretos disseminados no corpo social, a *democracia da desconfiança organizada* em face da *democracia da legitimidade eleitoral*⁶². Fazendo a distinção entre duas dimensões do movimento das experiências democráticas – o funcionamento das instituições eleitorais representativas de uma parte (fundadas sobre a legitimidade do voto) e a constituição de um universo de desconfiança de outra parte –, Rosanvallon (2006) estuda a segunda dimensão, buscando apreender as manifestações desta desconfiança, que se exprime sob dois aspectos: a *desconfiança liberal* em relação ao poder e a *desconfiança democrática*. A primeira repousa sobre a limitação do poder pelas regras estabelecidas na Constituição, representando uma desconfiança a partir de um poder institucional (seja na versão francesa com Montesquieu ou americana com os Federalistas). A segunda pode ser considerada uma manifestação difusa do poder social pelo fato de ser emergente da mídia, ONG’s e grupos de cidadãos.

⁶⁰Cf. ROSANVALLON, Pierre, op. cit., p. 406.

⁶¹Cf. WERNECK VIANNA, Luiz, BURGOS, Marcelo. **Revolução Processual do Direito e Democracia Progressiva**. In: A Democracia e os Três Poderes no Brasil, op. cit., p. 337-380.

⁶²ROSANVALLON, P. **La contre démocratie : la politique à l’âge de la défiance**. Paris: Seuil, 2006, p. 16.

É um poder de alerta, pelo qual, através desta vigilância excessiva, o cidadão *diabolisa* o poder que ele considera como exterior à sociedade, tentando um querer que os eleitos respeitem as preferências dos eleitores e o bem comum. Esta *desconfiança democrática* é descrita por Rosavallon (2006) em três grandes dimensões: os poderes de *vigilância*, os poderes de *impedimento* e os poderes de *juízo*. São estes *contra-poderes* no umbral da democracia que formam o contorno de uma *contra-democracia*.

Os *poderes de vigilância* têm por objetivo controlar os representantes e lhes constranger a respeitar as preferências dos cidadãos. Com o surgimento do direito de sufrágio, os cidadãos obtiveram um direito de olhar sobre a política, o qual, todavia, se revelou insuficiente para constranger os eleitos sobre suas preferências, contribuindo para a emergência de diversos meios de ação indireta destinadas a preservar a democracia⁶³. Aparece um conflito entre três tipos de legitimidade: o sufrágio universal organiza uma “legitimidade social procedimental”; as Cortes de Justiça e as autoridades independentes colocam em cena uma “legitimidade pela imparcialidade”; a afirmação de valores reconhecidos por todos traduz a busca de uma “legitimidade substancial”. Estes poderes de vigilância não podem ser concebidos em repouso, pois sua legitimidade deriva de uma atividade, que conduz uma coletividade a se colocar em permanente vigilância em relação a ela mesma.

Os *poderes de sanção e impedimento* visam a obrigar os governantes a renunciar a certos projetos, sendo que a soberania popular se manifesta pela rejeição ou pela recusa. O direito de tornar nula uma resolução colocada por outro, que Montesquieu chama de “*faculté d’empêcher*”, se degradou em *soberanias negativas*, centro das preocupações liberais de limitação dos poderes: Corte Constitucional, técnica de veto presidencial, procedimento de dissolução parlamentar, etc. Seus equivalentes sociais aparecerem sob a forma de uma dinâmica política que reconhece o papel de uma oposição organizada ou ainda de uma moral do rebelde, do resistente e do dissidente. Enquanto que estes diferentes substitutos conhecem certo enfraquecimento, o cidadão moderno toma parte de ações mais difusas para constranger os governantes a rever suas posições: manifestações de rua, movimentos de opinião. Ainda que as figuras de resistência tenham perdido suas credibilidade sobre a cena política, os movimentos de contestação (manifestações de rua e movimentos de opinião) são mais e mais presentes no espaço público e sua eficácia sobre as decisões políticas não pode ser contestada.

⁶³É através destes modos que o autor desenha a imagem de um cidadão não passivo, podendo, através da divulgação de escândalos (denuncismo), v.g., demolir a todo o momento a reputação dos eleitos. Submetidos a esta pressão e conhecendo as repercussões possíveis de tal etiqueta, os homens políticos tentam evitar falsos passos e críticas suscetíveis de arruinar suas carreiras. Cf. ROSANVALLON, P., op. cit., p. 16 e segs.

Assim, o direito de sufrágio parece ter contornado seu objetivo último que é a expressão de uma escolha política de uma nação; não se trata mais de votar no eleito que se deseja ver a frente do país, mas contra aquele que não se quer ver. Não se trata de uma escolha, mas de uma eliminação. Através dos *poderes de julgamento* (povo-juiz) e da “judicialização da política”, o autor sublinha a fusão crescente entre os poderes políticos e jurídicos, incumbindo aos cidadãos colocar as ações políticas sob controle social. Rosanvallon (2006) sublinha os procedimentos de invalidação de decretos, em Atenas, o *impeachment* inglês e o *recall* suíço (que visam à revogação de mandatos), como exemplos que permitem ao cidadão tornar-se juiz capaz de sancionar e não somente de eleger⁶⁴.

A idéia de *contra-democracia* é similar à construção teórica da *accountability*, cujo sentido pode ser compreendido como “responsabilização”; O’Donnell (2004) classifica-a em dois tipos: horizontal e vertical, estando essas duas modalidades presentes nas modernas poliarquias⁶⁵. A *accountability horizontal* se refere às relações de controle entre agências do Estado⁶⁶; é a forma mais clássica de prestação de contas, sendo que o autor divide-a em duas espécies: *accountability horizontal de balanço* (que se dá entre os três ramos principais do Estado: Executivo, Legislativo e Judiciário) e *accountability horizontal asignada* (que se dá através de outras agências estatais, como os Ombudsmen, as auditorias, os Conselhos de Estado, os Tribunais de Contas⁶⁷). A *accountability vertical* se refere às relações de controle realizadas pela própria Sociedade, seja através das eleições (*accountability vertical eleitoral*), seja através de manifestações institucionais (ação popular, v.g.) ou não-institucionais (manifestações de rua) para exigir prestação de contas (*accountability vertical societal*)⁶⁸.

⁶⁴Denunciar um decreto que o cidadão julga injusto para a cidade é um retorno sobre a decisão posta através do voto, um momento corretor, complementar, permitindo melhorar as leis e de proteger o povo contra ele mesmo; se trata aqui de uma relação de complementaridade entre os cidadãos e governantes. Idem, ibidem,

⁶⁵Dahl (1997) prescreve os elementos-chave de uma *poliarquia* (democracias contemporâneas): 1) jogo político ocorre de acordo com regras preestabelecidas; 2) as eleições são periódicas; 3) os mandatos dos eleitos são limitados, tanto temporalmente quanto ao que concerne ao alcance de suas decisões; 4) a oposição é participante legítima do jogo; 5) os governantes são responsáveis perante o eleitorado, prestando-lhe contas; 6) os direitos civis clássicos são assegurados. Cf. DAHL, Robert. **Poliarquia: participação e oposição**. SP: Edusp, 1997.

⁶⁶A qual remonta aos esquemas clássicos de separação de poderes montesquieuana e *checks and balances* madisoniana. No mesmo sentido, vide os controles horizontes (inter/intra-órgãos) verticais (externos) do poder político descritos por LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Ariel, 1970.

⁶⁷Para uma análise do papel do Tribunal de Contas da União no processo de “judicialização da política”, vide LOPES Jr., Eduardo Monteiro. **A Judicialização da Política no Brasil e o TCU**. RJ: FGV, 2007. A “judicialização da política” pelo TCU seria uma judicialização *interna*, isto é, pela gradual adoção de procedimentos jurisdicionais por um órgão legislativo sem autonomia institucional, como o judiciário (o TCU é submetido, institucionalmente, ao Congresso Nacional). O curso desta judicialização *interna* da política seria marcado pela ampliação judicante do TCU, com ganhos para o controle e gestão das políticas governamentais, mas com baixíssimo impacto ou custo político, em razão da ausência de autonomia institucional do TCU e da racionalidade “técnica” no julgamento das causas relacionadas à gestão financeira do Estado.

⁶⁸Cf. O’DONNELL, Guillermo. **Accountability horizontal: la institucionalización legal de la desconfianza política**. In: Revista Espanhola de Ciência Política, nº. 11, 2004, p. 11-31.

1.1.4 Posição institucional do judiciário no modelo de democracia “consensual”: o Tribunal Constitucional como *veto-player*

A idéia abstrata de democracia é a de um “governo pelo povo e para o povo”⁶⁹. Contudo, na prática, existem muitas maneiras pelas quais uma democracia pode organizar-se e funcionar. Como responder, e.g., a questão de quem governará, e a quais interesses deverá o governo atender, quando o povo estiver em desacordo e as preferências divergirem? É nesse dilema que o influente trabalho de Lijphart (2003) desenvolve os dois “tipos-ideais” de organização do exercício da democracia contemporânea: a) no *modelo majoritário (Westminster) de democracia*, a resposta é simples e direta: prevalece a maioria do povo; b) no *modelo consensual de democracia*, a resposta alternativa é: prevalece a vontade do maior número de pessoas, isto é, em vez de se satisfazer com mínimas maiorias, ele busca ampliar o tamanho destas. Suas regras e instituições visam a uma ampla participação no governo e a um amplo acordo sobre as políticas que este deve adotar⁷⁰.

O *modelo majoritário* concentra o poder político nas mãos de uma pequena maioria, e muitas vezes, de uma maioria simples, em vez de uma maioria absoluta, ao passo que o *modelo consensual* tenta compartilhar, dispersar e restringir o poder de várias maneiras. Uma outra diferença é que o *modelo majoritário* de democracia é exclusivo, competitivo e combativo, enquanto o *modelo consensual* se caracteriza pela abrangência, a negociação e a concessão, sendo possível de ser denominado de *democracia de negociação*.

Aplicando esse modelo analítico ao Brasil, Taylor (2007) pontua que a análise da política brasileira varia entre dois extremos: de um lado, há uma tendência que vê o sistema político como excessivamente *consensual*, repleto de jogadores de veto⁷¹ o que tornaria o processo decisório dependente do apoio de uma ampla maioria para aprovação de propostas.

⁶⁹O poder político emana do conjunto de membros do corpo social – o povo (*government of the people*); o conceito contrário é o despotismo/tirania em sentido formal: o poder como sujeição através de poder superior. A democracia serve ao povo (*government for the people*); o conceito contrário é o despotismo/tiranía em sentido substancial: a opressão e exploração dos cidadãos. Cf. HÖFFE, Otfried. **República Mundial**. SP: Martins Fontes, 2005, p. 120-121. Höffe acresce o *government by people*, o qual se oporia à monarquia e à aristocracia.

⁷⁰LIJPHART, Arend. **Modelos de Democracia. Desempenho e Padrões de Governo em 36 Países**. RJ: Civilização Brasileira, 2003, p. 17-18.

⁷¹Nesse sistema atomizado, muitos fatores restringem o processo decisório: 1) um Congresso fraco, em que a representação desproporcional fortalece os Estados pequenos, enquanto os frágeis mecanismos de *accountability* eleitoral – resultado do sistema de representação proporcional com lista aberta – favorecem grupos de interesse organizados e facilitam a constante troca partidária; 2) um sistema partidário fraco, que permite a existência de um grande número de partidos fragmentados, instáveis e regionalizados; 3) a fraqueza do gabinete presidencial cujos ministérios são utilizados em parte como um instrumento para assegurar a manutenção das coalizões legislativas; 4) a natureza do Estado e dos servidores públicos, que tendem a lutar veementemente pela preservação de seus privilégios dentro da burocracia estatal; 5) um Senado com poderes sem paralelo para interferir em muitas questões políticas; 6) o federalismo e, em particular, os poderosos governadores.

Sob esta ótica, potenciais entraves institucionais existem em abundância: a representação política no Brasil reproduziria à enésima potência o sistema de contrapesos do modelo *madisoniano*. De outro lado do debate, outra corrente de cientistas políticos sugere que o sistema político seria mais *majoritário*, no sentido empregado por Lijphart (1999)⁷². Pereira e Muller (2003:737-738) argumentam que há certo equilíbrio: de um lado, o processo decisório é descentralizado pelas regras eleitorais (em especial, a representação proporcional com lista aberta), pelo sistema multipartidário e pelo federalismo, mas, por outro lado, eles notam que o processo decisório é centralizado pelas regras internas do processo legislativo no Congresso e pelos fortes poderes legislativos e orçamentários do Executivo. O resultado é um delicado equilíbrio entre a centralização e a descentralização do processo decisório.

Lijphart (2003) deduz dez diferenças dos princípios *majoritário* e *consensual*, sendo que somente duas interessam ao presente trabalho, estando as características do *modelo majoritário* relacionadas em primeiro lugar: 1) Constituições flexíveis, que podem receber emendas por simples maioria *versus* Constituições rígidas, que só podem ser modificadas por maiorias extraordinárias; 2) sistemas em que as legislaturas têm a palavra final sobre a constitucionalidade da legislação *versus* sistemas nos quais as leis estão sujeitas à revisão judicial de sua constitucionalidade, por uma Corte Suprema ou Constitucional⁷³.

Sob esta ótica, a presença de Constituições rígidas e de um Tribunal Constitucional em um país constitui um meio de compartilhar, dispersar e restringir o poder, funcionando o Tribunal Constitucional como um *veto player*, na conceituação formulada por Tsebelis (1995); um *veto player* é um ator individual ou coletivo cuja concordância é requerida para tomar a decisão de mudar uma política⁷⁴.

⁷²Dentre os fortes fatores citados por este grupo estão: 1) o forte controle do presidente sobre a agenda política, facilitado pela concentração dos poderes orçamentários no Executivo, e os fortes poderes legislativos exercidos pelo presidente; 2) mecanismos robustos de controle partidário na arena legislativa (mas não na eleitoral); 3) o poder do colégio de líderes na Câmara dos Deputados, que permite um forte controle sobre a agenda legislativa.

⁷³As outras são: 1) concentração do Executivo em gabinetes monopartidários de maioria *versus* distribuição do Executivo em amplas coalizações multipartidárias; 2) relações entre Executivo e Legislativo em que o Executivo é dominante *versus* relações equilibradas entre ambos os poderes; 3) sistemas bipartidários *versus* sistemas multipartidários; 4) sistemas eleitorais majoritários e desproporcionais *versus* representação proporcional; 5) sistemas de grupos de interesse pluralistas, com livre concorrência entre grupos *versus* sistemas coordenados e “corporativistas” visando ao compromisso; 6) governo unitário e centralizado *versus* governo federal e descentralizado; 7) concentração do Legislativo numa legislatura unicameral *versus* divisão do Legislativo entre duas casas igualmente fortes, porém diferentemente constituídas; 8) Bancos centrais independentes do Executivo *versus* Bancos Centrais independentes. Cf. LIJPHART, A, op. cit., p. 19.

⁷⁴O conceito de *veto player* origina-se da idéia de pesos e contrapesos incluída na Constituição norte-americana e nos textos constitucionais clássicos do século XVIII. Madison, em *O Federalista* nº. 51, defende a separação dos poderes da seguinte maneira: “traçar de tal maneira a construção do governo que *todas as suas diferentes partes possam reter-se umas às outras nos seus lugares respectivos*”. Trata-se dos *veto players* especificados pela Constituição. Tsebelis denomina-os de *veto player* institucionais (*institutional veto players*). Cf. TSEBELIS, George. **Processo decisório em sistemas políticos: veto players no presidencialismo, parlamentarismo e pluripartidarismo**. In: Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 34, 1995.

A revisão abstrata de constitucionalidade compreende uma espécie de *veto-point*⁷⁵: oposições podem submeter a legislação com a qual não concordam para os juízes constitucionais. Um *veto-point* é uma oportunidade organizada formalmente para os oponentes do governo majoritário bloquearem as decisões legislativas com as quais eles não concordam. Nem o Governo, nem a maioria parlamentar podem bloquear este procedimento; e a Corte Constitucional pode “vetar” a lei como inconstitucional⁷⁶.

O fato de o Judiciário ter, necessariamente, que lidar com essas contestações força-o – mesmo contra sua vontade ou protelando ao máximo – a ouvir e tratar de opiniões muitas vezes minoritárias e contrárias aos interesses predominantes no eixo Executivo-Legislativo. Os grupos de interesses tendem a procurar o local institucional mais favorável para contestar as políticas públicas (*venue-seeking*), seja esse local o Judiciário, as Agências Reguladoras ou as burocracias específicas. O conceito de *venue-seeking* sugere que os atores políticos procuram as instâncias institucionais que mais lhes convêm; por uma série de razões relacionadas à capacidade do Judiciário de impor suas decisões, ele vem sendo usado crescentemente como um *venue* importante para a contestação das políticas públicas⁷⁷.

As regras institucionais podem dar poder a grupos minoritários que não agem no momento da deliberação entre Executivo/Legislativo, inserindo-os no debate *pós-hoc* e permitindo que usem os tribunais como um *veto-point* no jogo político⁷⁸. Contudo, o impacto dessa atuação do Tribunal Constitucional como *veto-player* no sistema político depende tanto das regras que governam a legitimidade ativa dos atores diante dos tribunais quanto da força dos argumentos legais a sua disposição e das regras de abrangência das decisões jurídicas. Quanto mais abrangente e vinculante o instrumento jurídico usado, maior o potencial de se criar um *veto-point* dentro do judiciário, como é o caso da Adin no STF. A falta de resultados abrangentes e vinculantes – o que Arantes (1997:33) descreve com a “*atomização da apreciação judicial difusa*” no controle difuso de constitucionalidade – tende a providenciar outro *mecanismo tático* para os atores políticos: a incerteza gerada pela protelação de uma decisão definitiva através do recorrente uso de diversas instâncias ou recursos no Judiciário.

⁷⁵Cf. STONE SWEET, Alec, op. cit., p. 53.

⁷⁶O nível de controle centralizado sobre o processo legislativo impacta a intensidade da *política constitucional* em diversas dimensões: onde a revisão abstrata constitui a única oportunidade de veto disponível (França, Espanha), espera-se que as oposições acionem mais intensamente a corte constitucional. Onde a corte constitucional é somente o segundo/terceiro filtro da ambição legislativa (Alemanha, Itália), a oposição poderá ser capaz de realizar seus objetivos sem fazer uso da revisão abstrata. Cf. STONE SWEET, Alec, op. cit., p. 54.

⁷⁷Cf. TAYLOR, Matthey M., **O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil**. In: DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 50, nº. 2, 2007, p. 234.

⁷⁸Em termos gerais, os grandes atores que usam cada instrumento legal com maior sucesso são: nas *ações populares* os parlamentares e advogados; nas *ações civis públicas* é o Ministério Público (Werneck Viana e Burgos, 2002); no caso das *ADins* é o Ministério Público e a OAB (Arantes, 1997; Taylor, 2006).

Essa segunda tática não requer que os argumentos legais estejam a favor do grupo de oposição: o Judiciário também serve para as oposições mostrarem serviço, protelando a implementação de políticas públicas contrárias aos interesses de seus seguidores, chamando a atenção pública para sua oposição⁷⁹. Depende também, do *timing* da intervenção –, o Judiciário pode influenciar os resultados das políticas públicas tanto no momento da deliberação⁸⁰ quanto na hora da implementação⁸¹ com uma variedade de possíveis estratégias: sinalizando as fronteiras permitidas para a alteração da política pública, sustentando-a e legitimando-a diante da possível oposição, atrasando uma decisão sobre uma determinada política⁸² e, assim, controlando a agenda de deliberação da política pública ou alterando ou rejeitando a proposta após a sua implementação. É possível, assim, compreender como a política pode ser mais ou menos judicializada, dependendo da estrutura institucional conferida ao *veto-point* do Tribunal Constitucional ou de outras esferas integrantes do Judiciário.

Similarmente, com base na *veto-players theory*, Alivizatos (1995) tem introduzido uma tipologia que ele denomina de *politicização judicial*⁸³, ou seja, a extensão com a qual os juízes têm influenciado o processo de tomada de decisão (*decision-making*), alterando as políticas públicas formuladas e iniciadas em outros ramos políticos (Governo e/ou Parlamento). As causas desta *politicização judicial* estariam relacionadas a uma série de possíveis variáveis dependentes: 1) *o nível de descentralização*: nos Estados federais há uma maior tendência de haver disputas constitucionais, em razão do conflito entre as leis federais e as leis dos estados-membros; 2) *o nível de polarização do conflito político entre padrões de esquerda e direita*: quanto mais ideologicamente orientado for o nível da legislação parlamentar (representado

⁷⁹Werneck Vianna (1999: 127) explica a tendência dos partidos políticos de entrar com recurso no Judiciário visando apenas marcar uma posição de contraste com a maioria e demonstrar aos seus aderentes e ao público em geral a sua disposição de esgotar, no terreno institucional, todas as possibilidades abertas a sua intervenção.

⁸⁰Os juízes podem sinalizar suas preferências publicamente muito antes da aprovação final dos projetos, seja por meio de pronunciamentos públicos, seja através de reuniões a portas fechadas entre Executivo e Judiciário, sem o uso de seus *poderes formais* (revisão judicial). Em relação a estes, o STF tem admitido a possibilidade de controle de constitucionalidade durante o procedimento de elaboração das espécies normativas, em sede de mandado de segurança impetrado por parlamentar, especialmente em relação à necessidade de fiel observância das normas constitucionais do referido processo legislativo (arts. 59 a 69 da Constituição). Importante referir, ainda, dois pontos: 1) na teoria de Stone Sweet (2003) a incorporação do discurso constitucional pelo Parlamento durante o processo legislativo faz parte do estágio da judicialização; 2) no Brasil, não é admitido o controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade, como em Portugal e França, e.g.

⁸¹Diz respeito ao controle repressivo de constitucionalidade e a todo o seu complexo instrumental institucional.

⁸²Principalmente nas ações em sede de controle abstrato de constitucionalidade – ADIN, ADC, ADPF – há uma grande margem para mudar o *timing* do impacto judicial na implementação, seja acelerando uma decisão através de liminar, seja protelando o processo por meio de pedidos de vista. Há, portanto, uma capacidade considerável dos ministros do STF de controlar o *timing* e as consequências de seu impacto, seja sustentando políticas públicas que apóiam ou atrasando a derrota daqueles que eles acreditam ser de constitucionalidade duvidosa, porém preferíveis. Cf. TAYLOR, Matthew M., op. cit., p. 242.

⁸³Cf. ALIVIZATOS, Nicos C. **Judges as Veto Players**. In: *Parliaments and majority rules in Western Europe*. H. Doring (Dir.). Nova York: St. Martins Press, 1995.

pela maior polarização entre as posições políticas qualificáveis de esquerda e direita), maior tendência de intervenção da Corte Constitucional, através do controle de constitucionalidade; 3) *o número de veto players*: quanto maior o número de *veto players* – institucionais ou partidários⁸⁴ – dentro do sistema político, maior o nível da *politização judicial*; 4) *o nível da anomalia parlamentar desde a Primeira Guerra Mundial*: países que passaram por regimes autoritários ou guerras civis (e.g., a Espanha) teriam maior tendência à *politicização judicial* do que aqueles que não passaram por esta experiência; 5) *o nível da integração dentro da Europa*: países signatários da Convenção Européia de Direitos Humanos e à União Européia são mais tendentes à *politicização* em razão do apelo que pode ser feito àquela convenção e ao direito comunitário⁸⁵.

O autor concluiu em seu estudo que a *politicização judicial* é mais provável nos países onde estão presentes as seguintes variáveis: federalismo, polarização do sistema partidário e presença de inúmeros *veto players*. Presentes estas condições, aumentam consideravelmente as chances do Judiciário exercer seus *veto powers* dentro do sistema político. Alivizatos (1995) também mede a escala da *politicization judicial* contrastando os países com *sistema centralizado de controle judicial de constitucionalidade* (Cortes/Tribunais constitucionais) daqueles países onde há um *sistema descentralizado de controle* (o sistema difuso, pelo qual todos os níveis de jurisdição possuem competência para o controle de constitucionalidade), sendo evidente o maior exercício dos *veto powers* nos primeiros do que nos segundos⁸⁶.

1.2 AS METAMORFOSES DO ESTADO E AS ABORDAGENS CRÍTICAS À JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

1.2.1 As transformações do Estado e seus perfis contemporâneos como condicionantes da “judicialização da política”

A análise das transformações do Estado é fundamental para compreensão do novo papel assumido pelos tribunais nas sociedades contemporâneas, fornecendo um ângulo analítico integrante/condicionante sobre o processo de “judicialização da política”.

⁸⁴ Além dos *veto players institucionais*, há outra categoria de atores, encontrada nos sistemas parlamentaristas pluripartidários e possivelmente também nos sistemas presidencialistas: os partidos que integram uma coalizão de governo, os quais TSEBELIS (1995) denomina *veto players partidários* (*partisan veto players*).

⁸⁵ CF. ALIVIZATOS, Nicos C., op. cit., p. 581-583.

⁸⁶ Alemanha, França e Itália são os três países, dentre os dezoito estudados pelo autor, onde ocorre o maior nível de *politicização judicial*, isto é, onde as cortes/tribunais exercem com mais frequência e intensidade seus *veto powers* dentro do sistema político. Cf. ALIVIZATOS, Nicos C., op. cit., p. 575.

Como primeira expressão do Estado Moderno, a estratégia de construção de uma nova forma estatal, alicerçada na idéia de soberania, vai levar à concentração de todos os poderes nas mãos do monarca, originando as chamadas monarquias absolutistas. A segunda versão do Estado Moderno⁸⁷ dá-se no tipo ideal do Estado Liberal, com o triunfo das revoluções burguesas nos séculos XVIII e XIX, especialmente, da Revolução Francesa, e sob a influência do pensamento contratualista, que reivindicava uma Constituição como documento escrito de limitação do poder. O aspecto central dos interesses do liberalismo, na matriz oitocentista, é o indivíduo e suas iniciativas, reduzindo o papel do Estado a uma atuação negativa, no sentido de proteção dos indivíduos. O Estado Liberal se concebe como a garantia da proteção do indivíduo contra a limitação de sua liberdade; ele tem a imagem de um protetor dos direitos dos indivíduos, cumprindo esta tarefa graças à monopolização dos meios de violência física (exército, polícia) e do poder jurídico (Direito, justiça). Em contrapartida, este arquétipo de Estado renunciou a intervir nos campos econômico e social, que seriam puramente privados.⁸⁸

A passagem do Estado Liberal para o Estado Social importou na transformação do perfil do modelo adotado pelo liberalismo clássico, quando, a partir do século XIX, este passa a assumir tarefas positivas, prestações públicas, a serem asseguradas ao cidadão como direitos peculiares à cidadania. O Estado Social se desenvolveu com a raiz da Revolução Industrial.

A destruição rápida das solidariedades tradicionais, familiares e territoriais, obrigou o Estado a intervir cada vez mais, desde o último quarto do século XIX e, sobretudo, desde a Primeira Guerra Mundial. Esta é a *grande transformação* descrita por Polanyi (2000): a redução da capacidade auto-reguladora da sociedade civil necessitou da intervenção do Estado na regulação da “questão social” (seguros, direito do trabalho, etc) e da economia (política monetária, proteções contra a competição, etc)⁸⁹. O capitalismo deixou de ser concorrencial e passou a ser monopolista. O Estado Social intervencionista passou a assumir funções essencialmente econômicas⁹⁰ e sociais⁹¹.

⁸⁷Cf. BOLZAN DE MORAES, José Luis, STRECK, Lênio Luis. **Ciência Política & Teoria do Estado**. Porto Alegre: Do Advogado, 2006, 5ª Ed., p.51-56.

⁸⁸Bolzan de Moraes (2006) vislumbra núcleos distintos do liberalismo: a) núcleo moral: contém afirmação de valores e direitos básicos atribuíveis à natureza do ser humano; b) núcleo político-jurídico: consentimento individual; representação; constitucionalismo; soberania popular; c) núcleo econômico: tem seus pilares na propriedade privada e em uma economia de mercado. Cf. BOLZAN DE MORAES, J. L., op.cit., p. 58-61.

⁸⁹Cf. POLANYI, Karl. **A Grande Transformação. As origens da nossa época**. RJ: Campus, 2000, 6ª Ed.

⁹⁰a) administração do ciclo econômico mediante políticas orçamentárias/monetárias; b) fixação política de preços e cotas de produção; c) socialização das perdas de indústrias estratégicas; d) realização de atividades não atrativas para o investimento privado; e) realização de planificação econômica indicativa; f) socialização dos gastos da inovação tecnológica. Cf. CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto Proibido. Uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado**. Porto Alegre: Do Advogado, 2002, p. 187-188.

⁹¹a) suprir necessidades sanitárias da população; b) sistema público de seguros sociais e aposentadoria; c) aparelho educativo que garanta formação; c) construção de moradias. Cf. CAPELLA, J. R., op.cit., p. 188-189.

Na configuração do Estado Social, Garcia-Pelayo (1996) lembra que, enquanto nos séculos XVIII e XIX se pensava que a liberdade era uma exigência da dignidade humana, agora se pensa que a dignidade humana (manifestada nos pressupostos socioeconômicos) é uma condição para o exercício da liberdade⁹². Sob uma matriz jurídica, o Estado Social de Direito significa um modelo onde o bem-estar e o desenvolvimento social pautam as ações dos entes públicos⁹³. Diferentemente do Estado Liberal absenteísta, para o qual bastava garantir a paz social dos indivíduos livres e iguais, ao *Welfare State* cabe uma intervenção efetiva em diversos setores econômicos, sociais e culturais, no sentido de construir uma comunidade solidária. Rosanvallon (1997) assinala que, além das obrigações clássicas, relacionados à proteção e promoção dos direitos individuais, esse modelo objetiva ações positivas, objetivando a redistribuição de renda e a regulamentação das relações sociais⁹⁴.

Bolzan de Moraes (2002) pontua a diferenciação dos protótipos de *Welfare State*, e descreve os núcleos básicos deste, cujas características que lhe dão unidade são a intervenção do Estado, a promoção de prestações públicas e o caráter finalístico ligado ao cumprimento de sua *função social*. A mutação do Estado de Bem-Estar Social leva a sua reconfiguração de conteúdo, produzindo um novo conceito, atrelado àquele, o de Estado Democrático de Direito, como um aprofundamento da fórmula, de um lado, do Estado Liberal de Direito e, de outro, do Estado Social de Direito, com a qualificação da questão da igualdade, que impõe à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação do *status quo*⁹⁵.

Nesse cenário de transformações qualitativas, o papel dos tribunais se altera. Souza Santos (1996) ressalta que o protagonismo dos tribunais nos tempos atuais, sem favorecer necessariamente agendas ou forças políticas conservadoras ou progressistas, tal como elas se apresentam no campo político, parece assentar-se num entendimento mais amplo e mais profundo do controle da legalidade, que inclui, por vezes, a *reconstitucionalização do direito ordinário* como meio de fundamentar um garantismo mais ousado dos direitos dos cidadãos e ocorre mais no domínio criminal do que nos domínios civil, laboral ou administrativo.

⁹² Acerca da nomenclatura Estado Social: GARCIA-PELAYO, Manuel. **Las Transformaciones del Estado Contemporáneo**. Madrid: Alianza, 1996, 4ª Ed.

⁹³ Cf. GARCIA-PELAYO, Manuel, op. cit., p. 56-64.

⁹⁴ O incremento da ação do Estado no campo social e sua ambiciosa meta fizeram surgir a denominação francesa de *État-Providence*, com conotação religiosa: o Estado-Providência vem a ser a assunção laica da gigantesca missão de cuidar dos cidadãos, assim como Deus tem cuidado de todas as criaturas. O Estado-Providência é uma extensão e um aprofundamento do Estado-protetor, que visa a substituir a incerteza da providência religiosa pela certeza da providência estatal. É a noção de probabilidade estatística que torna praticamente possível e teoricamente pensável a integração da idéia de Providência no Estado. Cf. ROSANVALLON, Pierre. **A Crise do Estado-providência**. Brasília: Editora da UNB, 1997, p. 20.

⁹⁵ Cf. BOLZAN DE MORAES, José Luis. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Do Advogado, 2002, p. 38. Também, BOLZAN DE MORAES, José Luis, STRECK, Lênio Luis, op. cit., p. 97-108.

Seu traço mais distintivo seria a *criminalização da responsabilidade política*⁹⁶, o que se traduz num confronto com a classe política e com outros órgãos de poder soberano, sendo correto falar-se da *judicialização dos conflitos políticos*. O autor distingue três grandes períodos no significado sócio-político da função judicial nas sociedades modernas: o período do Estado Liberal, o período do Estado-Providência e o período atual que, com pouco rigor, designa por período da crise do Estado-Providência.

O período do Estado Liberal cobre todo o século XIX e prolonga-se até a Primeira Guerra Mundial. Esse modelo se assenta em duas idéias-chave: 1) a *teoria da separação dos poderes* conforma a organização do poder político de tal maneira que, por via dela, o Legislativo assume uma clara predominância sobre os demais, enquanto o Judiciário é, na prática, politicamente neutralizado; 2) a *neutralização política do poder judicial* decorre do princípio da legalidade, isto é, da proibição de os tribunais decidirem *contra legem* e do princípio conexo com o primeiro, da subsunção racional-formal nos termos do qual a aplicação do Direito é uma subsunção lógica de fatos a normas e, como tal, desprovida de referências sociais, éticas ou políticas⁹⁷. Essa caracterização dos tribunais no período liberal é reveladora do diminuto peso político destes, enquanto poder soberano, perante os demais⁹⁸.

O período do Estado-Providência é consolidado depois da Segunda Guerra Mundial, tendo as seguintes características: 1) a teoria da separação dos poderes colapsa, sobretudo em vista da predominância assumida pelo Poder Executivo. A *governamentalização da produção do direito* cria um novo instrumentalismo jurídico que manifesta-se em sucessivas explosões legislativas e, conseqüentemente, numa sobre-juridificação da realidade social; 2) o Estado-Providência distingue-se pelo seu forte componente promocional do bem-estar.

A consagração constitucional dos direitos sociais e econômicos significa a *juridificação* da justiça distributiva, sendo, em parte, uma conseqüência da emergência na Sociedade de atores coletivos em luta pelos direitos. Essa descrição sugere que o significado sócio-político dos tribunais nesse período é muito diferente do que detinham no primeiro período. Em primeiro lugar, a *juridificação* do bem-estar social abriu caminho para novos campos de litigação nos domínios laboral, civil, administrativo e da segurança social, o que veio a se refletir no aumento exponencial da procura judiciária e na explosão da litigiosidade.

⁹⁶Cf. SOUZA SANTOS, Boavantura. **Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas**. In: Revista Brasileira de Ciências Sociais, n. 30, 1996, p. 29-62.

⁹⁷Cf. SOUZA SANTOS, Boavantura, op. cit., p. 29-62.

⁹⁸Nesse período, ocorre o desenvolvimento vertiginoso da economia capitalista, o deslocamento maciço de pessoas, o aumento das desigualdades sociais, a emergência da *questão social*, dando origem a uma explosão dos conflitos sociais de vastas proporções e foi em relação a ela que se definiram as grandes clivagens políticas e sociais da época. Os tribunais ficaram à margem desse processo, dado que o seu âmbito funcional se limitava à microlitigiosidade interindividual, extravasando dele a macrolitigiosidade social. Idem, op. cit., p. 29-62.

Em segundo lugar, a distribuição das responsabilidades promocionais do Estado por todos os seus poderes fez com que os tribunais tivessem de se confrontar com a gestão da sua cota-parte de responsabilidade política.

O período da crise do Estado-Providência se dá a partir de finais da década de 70, cujas características principais são: 1) a resolução de litígios emergentes das transações econômicas internacionais raramente é feita pelos tribunais, já que a *lex mercatoria* privilegia para esse efeito uma outra instância: a arbitragem internacional; 2) a litigação no domínio civil sofre alteração significativa com a emergência de uma legalidade negociada assente em normas programáticas, contratos-programa, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, originando litígios altamente complexos, mobilizando conhecimentos técnicos sofisticados; 3) a *sobrejuridificação das práticas sociais*, que vinha do período anterior, continuou, mas as suas causas são agora parcialmente diferentes⁹⁹; 4) surgem novas áreas de litigação ligadas aos direitos da terceira geração, em especial a área da proteção do ambiente e da proteção dos consumidores; 5) esse período caracteriza-se, também, pela crise da representação política, tendo como uma de suas dimensões o aumento da corrupção política.

Enquanto no segundo período a politização da independência dos tribunais decorria de estes assumirem a cota-parte da responsabilidade na realização de uma agenda política que estava consagrada constitucionalmente e cabia aos poderes do Estado no seu conjunto, no terceiro período a politização da independência dos tribunais é dupla, pois a atuação dos tribunais no combate à corrupção não se limita a confrontar a agenda política dos outros poderes do Estado, mas confronta os próprios agentes políticos e os abusos de poder pelos quais eles são eventualmente responsáveis¹⁰⁰. Se no segundo período a constitucionalização do direito ordinário visou reforçar a garantia da tutela dos direitos, no terceiro o combate à corrupção visa à eliminação das imunidades fácticas e da impunidade em que se traduzem.

No *Estado Legislativo de Direito*, lembra Ibañez (2003), a ausência de uma Constituição normativa que ultrapasse o plano orgânico, e o estatuto de dependência do juiz, limitam suas funções ao trato da microconflitualidade (civil/penal) própria das relações entre particulares.

⁹⁹A desregulamentação da economia deriva da idéia da desvinculação do Estado enquanto agente regulador da economia; mas o processo de desregulamentação é contraditório, na medida em que a desregulamentação nalgumas áreas foi levada a cabo de par com a regulamentação acrescida de outras e, na grande maioria dos casos, a desregulamentação foi apenas parcial. A emergência de um novo direito transnacional, o direito dos contratos internacionais (*lex mercatoria*), acrescenta mais uma dimensão ao caos normativo, na medida em que coexiste com o direito nacional ainda que esteja por vezes em contradição com ele. Emerge por essa via um novo pluralismo jurídico, de natureza transnacional. Cf. SOUZA SANTOS, Boaventura, op. cit., p. 29-62.

¹⁰⁰Os tribunais são chamados ao centro do debate político e passam a ser um ingrediente da crise da representação política, quer pelo que contribuem para ela, demitindo-se da sua responsabilidade de combater o abuso do poder, quer pelo que contribuem para a solução dela, assumindo essa responsabilidade. Idem, op. cit., p. 29-62.

No *Estado Constitucional de Direito* produz-se um significativo reforço da presença do juiz já como poder judicial, no sentido de jurisdição, isto é, de aplicação do direito *erga omnes*, incluindo as instâncias do poder, e em condições de independência¹⁰¹. No *Estado Constitucional de Direito* há uma profunda modificação do papel do juiz em duas dimensões: no plano da legalidade e no da sua intervenção na política.

Deve-se a Ferrajoli (2003) a formulação que melhor ilustra esta transformação – verdadeira mudança de paradigma da política e do direito –, produzido essencialmente por meio da consagração dos direitos fundamentais como *dimensão substancial da democracia*, ou *esfera do indecível*, os quais, nas Constituições rígidas, são chamados a operar de forma efetiva como sistema de limites e de vínculos à atuação dos poderes públicos, incluindo o Legislativo. E também pela forte modificação da relação do juiz com a lei no momento da interpretação/aplicação, que agora comporta necessariamente um juízo de constitucionalidade, posto que *existência* e *validade* não são a mesma coisa, ao contrário do que sucedia numa democracia de recorte eminentemente procedimental; e, por conseqüência, o juiz só fica submetido à lei válida, estando obrigado a questionar a legitimidade constitucional daquela que não guarde a necessária relação *material* de coerência com a Constituição¹⁰².

No mesmo sentido, mas com acento no direito jurisprudencial, Cappelletti (1999) aponta a *revolta contra o formalismo*¹⁰³ como uma das causas do fenômeno moderno do crescimento da interpretação judiciária e do protagonismo judicial. Por sua vez, a *revolta contra o formalismo* é reflexo da *grande transformação do papel do direito* e do Estado na moderna sociedade do bem-estar. Cappelletti (1999) aponta como primeiro efeito da *grande transformação sobre a função judiciária*: o surgimento da legislação social, dos direitos sociais e o conseqüente papel transformador da magistratura. A *legislação social* do *Welfare State* é muito diferente da legislação tradicional: com o aumento do âmbito e intensidade das intervenções públicas, a tônica da atividade legislativa deslocou-se, progressivamente, das regras de conduta para as medidas e acomodações institucionais.

¹⁰¹Cf. IBÁÑEZ, Perfecto A. **Democracia com Juízes**. In: Rev. do M. Público, Lisboa, ano 24, nº. 94, p. 31-47.

¹⁰²Como é sabido, o jurista italiano distingue dois modelos normativos: o *Estado Legislativo de Direito* – ou Estado Legal –, que surge com o nascimento do Estado moderno como monopólio da produção jurídica e o *Estado Constitucional de Direito*, produto da difusão na Europa, depois da Segunda Guerra Mundial, das Constituições rígidas e do controle de constitucionalidade das leis. Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del Estado de Derecho**. In: Neoconstitucionalismo(s). (Org.) Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003, p. 13-29.

¹⁰³Em todas as suas expressões o *formalismo* tendia a acentuar o elemento da *lógica* pura e mecânica no processo jurisprudencial, ignorando ou encobrindo, o elemento discricional da *escolha*. Sublinharam essa *revolta contra o formalismo* escolas de pensamento como a *sociological jurisprudence* e *legal realism* nos EUA, a *jurisprudência dos interesses* e a *escola do direito livre* na Alemanha, e o método da *livre pesquisa científica* de François Gény na França, as quais apontam a ilusão da idéia de que o juiz se encontra na posição de *declarar* o direito de maneira não criativa, apenas com os instrumentos da lógica dedutiva, sem envolver, assim, em tal declaração a sua valoração pessoal. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** P. Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1999.

As leis passam a indicar certas finalidades ou princípios, deixando a especificação a normas subordinadas, a decisões de ministros ou autoridades regionais ou locais, ou aos cuidados de novas instituições, como agências, comitês e tribunais administrativos. O *Welfare State*, na origem um ‘Estado Legislativo’, transformou-se, e continua permanentemente se transformando, em ‘Estado Administrativo’¹⁰⁴. E quando a *legislação social* cria direitos subjetivos, cuida-se mais de *direitos sociais* do que direitos individuais, os quais pedem para sua execução a intervenção *ativa* do Estado, freqüentemente prolongada no tempo.

Em face da legislação social que se limita, via de regra, a definir a finalidade e os princípios gerais, e diante de direitos sociais essencialmente dirigidos a gradual transformação do presente e formação do futuro, forma-se um espaço para um mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do Direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade das decisões judiciárias. Para Ewald (1993) o direito social não se limita a tratar do trabalho e da seguridade social (do seu conteúdo, portanto), pois designa certa técnica, uma certa maneira de dizer o Direito, articulada com um certo tipo de racionalidade jurídica, um tipo de jurisdição, uma maneira de pensar a questão das fontes do Direito¹⁰⁵.

O segundo efeito da *grande transformação sobre a função judiciária* é a crise do “big government” e a afirmação de um complexo e gigantesco *Terceiro Poder* como necessário contrapeso aos “poderes políticos”. Exatamente em razão do enorme aumento dos encargos de intervenção legislativa, verificou-se o fenômeno de obstrução da função legislativa. Paradoxalmente, os Parlamentos atribuíram-se tarefas tão numerosas e diversas que, para evitar a paralisia, encontraram-se ante a necessidade de transferir a outros – o Executivo, seus órgãos e agências especializadas, a quem foram confiadas tarefas normativas – grande parte da sua atividade, de maneira que suas ambições terminaram em abdicação.

Todavia, a transformação gradual do *Welfare State*, de “Estado Legislativo” em “Estado Administrativo” não ocorre sem problemas: o crescente sentimento de desconfiança nos parlamentos é estendido ao Poder Executivo, à Administração Pública e suas agências. Cappelletti (1999) narra dois desenvolvimentos paralelos: de um lado, existe o gigantismo do Legislativo, chamado a “interferir” em esferas sempre maiores de assuntos e de atividade. De outro lado, há o conseqüente gigantismo do ramo administrativo, potencialmente repressivo.

¹⁰⁴Superando as funções tradicionais de “repressão” e “proteção”, a legislação assume caráter *promocional*, cuja técnica consiste em prescrever programas de desenvolvimentos futuros, promovendo-lhes a execução gradual, ao invés de simplesmente escolher, como é típico da legislação clássica, entre “certo” e “errado”, ou seja, entre o caso justo/injusto. Cf. CAPPELLETTI, Mauro, op.cit., p. 34-39.

¹⁰⁵Cf. EWALD, François. **Foucault, a norma e o direito**. Lisboa: Vega, 1993. Também em EWALD, François. **L’État Providence**. Paris: Bernard Grasset, 1986.

Em face dessas transformações, o Judiciário não pode simplesmente ignorá-las, assumindo novas responsabilidades, sendo a *Justiça Constitucional*, especialmente na forma do controle judicial de constitucionalidade, um espaço de manifestação dessa nova responsabilidade, assim como o crescimento sem precedentes da *justiça administrativa*, na forma do controle judicial da atividade do Parlamento, do Executivo e seus derivados. Nessa dimensão, o Judiciário eleva-se à condição de *terceiro gigante*, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador¹⁰⁶.

Um terceiro efeito da *grande transformação da função judiciária* é o surgimento dos conflitos de classe e o crescente papel dos juízes na proteção dos interesses coletivos e difusos, os quais se expressam através de mecanismos processuais de tutela coletiva de direitos, como a *class action* nos EUA e a ação civil pública no Brasil. Aqui se tem outra dimensão do “terceiro gigante”: a atribuição aos juízes da função de controle, não apenas do *big government* (os poderes políticos), mas também de outro gigantismo, coligado e sobreposto ao estatal e não menos necessitado de controle: o gigantismo das formações econômicas e sociais, o *big business*, o *big labor*, a *big organization* das organizações privadas¹⁰⁷. Um quarto efeito da “*grande transformação*” da função judiciária, conexo aos demais, consiste na proclamação, em número crescente de países, de catálogos de direitos fundamentais do homem ou *Bill of Rights*, elevados ao nível constitucional (*entrenched*), vinculantes para o legislador, às vezes constituindo objeto de textos internacionais ou supranacionais. Esses catálogos de direitos fundamentais constituem o elemento central de quase todas as Constituições do século XX, especialmente das promulgadas como reações aos abusos cometidos nos regimes ditatoriais que levaram à Segunda Guerra Mundial. Cappelletti (2004) associa a expansão da *jurisdição constitucional das liberdades* como resposta à crise de confiança no Parlamento e Executivo do Estado leviatã¹⁰⁸.

Não obstante os riscos, similares aos descritos em relação aos poderes Legislativo e Executivo, que poderia representar a expansão do Judiciário como um terceiro gigante, o constitucionalista italiano aponta as *virtudes passivas da justiça* como limites a estes riscos.

¹⁰⁶Os tribunais judiciários ordinários passaram a aceitar a tarefa de ultrapassar o papel tradicional de decidir conflitos de natureza essencialmente privada, tornando-se controladores não só da atividade (civil e penal) dos cidadãos, como também dos “poderes políticos”. Cf. CAPPELLETTI, Mauro, op. cit., p. 43-47.

¹⁰⁷Cf. CAPPELLETTI, Mauro, op. cit., p. 56-61.

¹⁰⁸Enquanto os Paramentos nacionais eram aceitos como supremos, nenhuma *lex superior*, nenhuma declaração de direitos com força vinculativa para o legislador podia considerar-se necessária. Os *higher law* e *bill of rights*, nacionais e supranacionais, tornaram-se concebíveis e necessários no momento em que os povos sentiram que certas normas e princípios, exprimindo valores fundamentais irrenunciáveis, eram ameaçados pelos próprios poderes legislativos. Pragmático, este final de século não se comprometeria com uma exploração metafísica da idéia de justiça, assim como com a clássica contraposição entre direito natural/direito positivo, sendo marca contemporânea a “*positivação do direito natural*” nas cartas constitucionais. Cf. CAPPELLETTI, M., op.cit., 65.

Certamente, do ponto de vista *substancial*, tanto o processo judiciário quanto o legislativo resultam em criação do Direito, ambos são *law-making processes*; mas diverso é o *modo*, ou o *procedimento* ou *estrutura* desses dois procedimentos de formação do Direito. Diversamente do que ocorre nos procedimentos legislativo e executivo, o procedimento judicial impõe atitude passiva, no sentido de que não pode ser iniciado *ex officio* pelo tribunal, necessitando de um autor, cuja *actio* constitui, exatamente, a condição sem a qual não pode o juiz exercer em concreto o poder jurisdicional¹⁰⁹.

1.2.2 Aportes críticos à “judicialização da política”: o *guardião das promessas*, o *superego da sociedade* e a “juridificação” desenfreada da vida social

Garapon (2001) busca na própria estrutura da sociedade democrática contemporânea – uma *democracia governada pelo Direito* – as razões para o aumento da presença do Direito e do controle do judiciário sobre a vida política e social contemporânea¹¹⁰. O apelo ao Judiciário traduz uma sensibilidade de cunho moral: a espera de uma instância que nomeie o bem e o mal e fixe a injustiça na memória coletiva¹¹¹. Esse aumento do poder do Judiciário esconde dois fenômenos aparentemente muito diferentes – e até certo ponto contraditórios – cujos efeitos convergem e se reforçam: de um lado, o enfraquecimento do Estado, sob pressão do mercado; e, de outro, o desmoronamento simbólico do homem e da sociedade democrática.

Essa reviravolta judiciária da vida política vê no judiciário o último refúgio de um ideal democrático desencantado. A brutal aceleração da expansão jurídica não é conjuntural, mas ligada à própria dinâmica das sociedades democráticas: *a explosão do número de processos não é um fenômeno jurídico, mas social*.

¹⁰⁹Essas características – virtudes passivas/limites processuais – que diferenciam o processo jurisdicional dos de natureza política exibem natureza *formal/procedimental-estrutural*. Determinam não a substância ou o conteúdo, mas o *modo* como deve se desenvolver a função jurisdicional. Cf. CAPPELLETTI, M., op. cit., p. 73-79.

¹¹⁰Todo o rol de referências trabalhadas pelo autor é a sociedade francesa e as profundas transformações pela qual passou a relação desta com o Judiciário, de uma parte, e do papel deste com o funcionamento das demais instituições democráticas, de outra. Todavia, os exemplos são universalizáveis para as demais democracias ocidentais. Assim, o autor visualiza a, cada vez mais marcante, presença do juiz em inúmeros aspectos da vida social; primeiramente na *vida política* (além do controle dos atos políticos, o juiz é convocado a exercer uma espécie de arbitragem da moralidade política), na *vida internacional* (cujos exemplos marcantes são o surgimento de um direito internacional dos direitos humanos e a instituição de um Tribunal Penal Internacional), na *vida econômica* (ainda que o mundo dos negócios prefira o anonimato da arbitragem à publicidade da justiça, cresce a atuação de grandes escritórios de advocacia empresarial), na *vida moral* (onde lhe são submetidas matérias como a bioética e o direito ao aborto), na *vida social* (onde o juiz intervém em conflitos sociais importantes, e.g., a greve), na *vida privada* (o juiz de “menores” deve supostamente distinguir os métodos educativos formais daqueles que não o são, interferindo na relação entre pais e crianças e adolescentes). Cf. GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia. O guardião das promessas**. RJ: Revan, 2001, 2ª Ed, p. 24.

¹¹¹O juiz torna-se uma referência para o *indivíduo* perdido/isolado, produzido pelas sociedades contemporâneas, que procura no confronto com a lei o último resquício de identidade. Cf. GARAPON, Antoine, op. cit., p. 25.

Ela se origina da depressão social que se expressa e se reforça pela expansão do Direito. O juiz surge como um recurso contra a implosão das Sociedades democráticas que não conseguem administrar de outra forma a complexidade e a diversificação que elas mesmas geraram. O sujeito, privado das referências que lhe dão uma identidade e que estruturam sua personalidade, procura no contato com a Justiça uma muralha contra o desabamento interior. Em face da decomposição do político, é então ao juiz que se recorre para a salvação. Os juízes são os últimos a preencher uma função de autoridade abandonada pelos antigos titulares. A mutação do Estado provedor e a fragilidade do homem democrático dão ao Direito o papel de protagonista, mas por causas diferentes: a primeira procura um paliativo ao desaparecimento do poder tutelar do Estado na organização do comércio entre iguais; a segunda, um *substituto para a religião*. A primeira causa tem origem externa e afeta as instituições políticas; a segunda, interna e mais antropológica, concerne à Sociedade democrática¹¹².

A irrupção do ativismo jurídico só poderá ser compreendida se relacionada a um movimento profundo, do qual ele é apenas uma das manifestações. Não se trata de uma transferência de soberania para o juiz, mas, sobretudo, de uma *transformação da democracia*. A grande popularidade dos juízes está diretamente ligada ao fato de que foram confrontados com uma nova expectativa política, da qual se sagraram como heróis, e que encarnavam uma nova maneira de conceber a democracia.

A origem desse movimento se encontra mais no investimento do Direito no imaginário democrático do que no próprio Direito. Ele converteu-se na *nova linguagem* com a qual se formulam as demandas políticas que, desiludidas com um Estado inativo, se voltam maciçamente para a *Justiça*¹¹³. A *nova cena da democracia jurídica* tem o Direito como a referência maior da ação política, não só para traduzir as reivindicações, mas também para organizar a ação administrativa. É sob a forma do Direito e do processo que o cidadão das democracias realiza sua ação política. Eis porque a questão do ativismo judiciário é mal colocada: não se trata da ação esporádica de alguns juízes brigando com o poder político, mas de uma evolução de expectativas quanto à responsabilidade política; o *espaço simbólico da democracia* migra silenciosamente do Legislativo/Executivo para o Judiciário¹¹⁴.

¹¹²Estes dois fatos, relativamente estranhos um ao outro, possibilitam a interpretação de um fenômeno desconcertante: o que existe em comum entre o crescimento de poder dos grandes escritórios de advocacia internacionais, os famosos *law firms*, e o aumento do número de detentos em todas as democracias? Cf. GARAPON, Antoine, op. cit., p. 27. Para uma análise da internacionalização do campo jurídico europeu com a prevalência das grandes firmas internacionais de advocacia e da difusão do modelo americano vide: DEZALAY, Ives, TRUBECK, David. *A Reestruturação Global e o Direito. A internacionalização dos campos jurídicos e a criação de espaços transnacionais*. SP: Malheiros, 1996, p. 36-37.

¹¹³Cf. GARAPON, Antoine, op. cit., p. 39.

¹¹⁴Cf. GARAPON, Antoine, op. cit., p. 45-47.

O juiz é chamado a socorrer uma democracia em que um Legislativo e um Executivo enfraquecidos, ocupados apenas com questões de curto prazo, não oferecem aquilo que é esperado pelo público: uma moral, um grande projeto. A Justiça torna-se um *espaço de exigibilidade* da democracia. Ela oferece potencialmente a todos os cidadãos a capacidade de interpelar seus governantes, de tomá-los ao pé da letra e de intimá-los a respeitarem as promessas contidas na lei. A Justiça lhes parece oferecer a possibilidade de uma ação mais individual, mais próxima e mais permanente que a representação política clássica. Nessa nova forma, a dimensão coletiva do político desaparece. O debate judiciário individualiza as obrigações: a dimensão coletiva certamente se expressa aí, porém de maneira incidental. Ela encoraja um *engajamento mais solitário do que solidário*. Com essa forma mais direta de democracia, o cidadão-suplicante tem a impressão de melhor controlar sua representação. Este modelo de cidadão tende a ser mais ativo, mas não aceita mais se envolver numa luta coletiva.

O Direito era apenas a moral das relações comerciais ou políticas; ele tende agora a tornar-se o princípio de toda relação social, sendo invocado para árbitro de seus conflitos mais íntimos. Apesar de ter, no passado, se limitado a sancionar os desvios de conduta, o juiz, hoje, exerce um verdadeiro magistério sobre as pessoas mais frágeis. O processo, de instrumento de solução de conflitos, se transforma no modo comum de gestão de setores inteiros, como a família ou a imigração. Antes concebida de maneira negativa e punitiva, a *Justiça* torna-se positiva e construtiva. *Considerada como instituída, vê-se agora como instituidora*.

O Direito não é mais o instrumento de conservação social, porém de sua contestação: ele se coloca então como a *fonte* de uma Sociedade que se constitui na busca de si mesma¹¹⁵. Portanto, a ascensão do poder do *sistema de justiça* não é explicada apenas pela acomodação das instituições políticas, mas também como a expressão de uma evolução menos visível do *individualismo moderno*. A Justiça converteu-se no lugar eleito das paixões democráticas, e o tribunal, no último teatro da disputa política, porque a Justiça se coloca como instância moral cotidiana, e o Direito como a última moral comum; a longa história da Justiça é a de sua interferência nas relações cada vez mais íntimas, das quais quase nenhuma foge a sua jurisdição, como as relações médico/paciente, familiares, amorosas, políticas, comerciais. Não se trata tanto de controlá-las socialmente, mas de moralizá-las, ditando a norma¹¹⁶.

A Justiça ocupa o *lugar deixado vago pela religião* como resposta à crise do Estado.

¹¹⁵Cf. GARAPON, Antoine, op. cit., p. 49-50.

¹¹⁶Esta *normalização* põe-se como um retorno a uma espécie de direito natural positivado, mas desvinculado da teologia cristã. O *sistema de justiça* ocupa o lugar da religião na *celebração de ritos* (os processos convertem-se em grandes cerimônias nacionais que purgam a emoção coletiva, através da mídia; como na liturgia, ela veste de palavras o sacrifício e fornece um médium para a comunicação com o invisível da democracia); à Justiça é atribuída a tutela das pessoas abandonadas, encarregando-se da *salvação*. Cf. GARAPON, A., op.cit., p. 184.

O Direito é a última moral num mundo desprovido de preceitos elementares. Daí a inversão da hipótese em geral admitida: o *sistema de justiça* não viria despolitizar a democracia, mas ao contrário, viria como resposta à súbita aceleração da *politização da democracia*, como resultado da reversão para a esfera política de um grande número de áreas consideradas antigamente como de domínio religioso. A salvação, a moral, o começo e o fim da vida, a liturgia, tudo isso fugia à questão política¹¹⁷.

Se Garapon (2001) vê a crescente expansão do poder judicial como uma espécie de substitutivo recôndito para o papel da religião, a leitura de Maus (2000) é *psicanalítica*: o Judiciário deve ser visto como o novo *superego da sociedade órfã*, na medida em que substituiria a perda da centralidade da figura dominante do pai na família e na Sociedade, ou, conforme especifica a autora, se reconhecem no Judiciário no século XX todas as características tradicionais da imagem do pai. Não se trata simplesmente da ampliação objetiva das funções do Judiciário, com o aumento do poder da interpretação, a crescente disposição para litigar ou, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador. Acompanha essa evolução uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de *veneração religiosa*, sendo que o exame mais marcante da imagem do pai parece revelar-se no exame da jurisdição constitucional dos Estados Unidos¹¹⁸.

O infantilismo da crença na *Justiça* aparece de forma mais clara quando se espera da parte do Tribunal Federal Constitucional alemão uma retificação da própria postura em face das questões que envolvem a cidadania. As exigências de justiça social e proteção ambiental aparecem com pouca frequência nos próprios comportamentos eleitorais e muito menos em processos não institucionalizados de formação de consenso, sendo projetada a esperança de distribuição desses bens nas decisões da mais alta corte.¹¹⁹

Maus (2000) critica duramente o Tribunal Federal Constitucional alemão, quando, no início de sua jurisprudência, afirmou que seus parâmetros de controle de constitucionalidade das leis não deveriam ser pautados pela Constituição vigente, podendo ultrapassar seus horizontes. O tribunal reconheceu a existência de direitos suprapositivos que também vinculam o legislador constitucional, e se declarou competente, nestes termos, para controlar o teor de constitucionalidade do Direito vigente. Desse modo, a Constituição vigente passou a ser objeto de controle de sua própria constitucionalidade.

¹¹⁷A analogia entre as novas atribuições da justiça e as que, em outros tempos, cabiam à religião é visivelmente clara. Ambas assumem a ligação entre o passado e o presente, a referência e a ação, a sanção e o consolo, o direito e o dever. Elas fixam limites e, portanto, em outros termos, definem a identidade do político, do social, do familiar. Cf. GARAPON, Antoine, op. cit., p. 184-185.

¹¹⁸Cf. MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade**. In: Novos Estudos, CEBRAP, 2000, p.185.

¹¹⁹Cf. MAUS, Ingeborg, op.cit., p. 190.

Assim, a “competência” do Tribunal Constitucional não derivaria mais da própria Constituição, mas diretamente de princípios de direito suprapositivos que o próprio tribunal desenvolveu em sua atividade constitucional de controle normativo, o que o leva a romper com os limites de qualquer *competência constitucional*. Maus (2000) aduz que, dessa forma, o tribunal submete todas as outras instâncias políticas à Constituição por ele interpretada e aos princípios suprapositivos por ele afirmados, enquanto libera ele próprio de qualquer vinculação às regras constitucionais. Assim como o monarca absoluto de outrora, o tribunal que disponha de tal entendimento do conceito de Constituição encontra-se livre para tratar de litígios sociais como objetos cujo conteúdo já está previamente decidido na Constituição “corretamente interpretada”, podendo disfarçar seu decisionismo sob o manto de uma “ordem de valores” submetida à Constituição¹²⁰. O Tribunal Constitucional alemão, em muitos de seus votos, pratica uma “teologia constitucional”; por conta de seus métodos específicos de interpretação constitucional, atua menos como “*Guardião da Constituição*” do que como *garantidor da própria história jurisprudencial*, à qual se refere legitimamente de modo auto-referencial. Tal história fornece-lhe fundamentações que não necessitam mais ser justificadas, sendo somente descritas retrospectivamente dentro de cada sistema de referências¹²¹.

Ao mesmo tempo em que a *moralização da jurisprudência* serve à *funcionalização do Direito*, a Justiça ganha um significado duplo: os Parlamentos podem mais facilmente desobrigar-se da pressão desses pontos de vista que vêm “de baixo” na medida em que já internalizaram eles próprios os parâmetros funcionalistas de controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. De outro lado, quando a jurisprudência torna seus próprios pontos de vista morais como regras jurídicas qualquer fato imaginável pode ser identificado como juridicamente relevante e transformado em matéria de decisão judicial (o que outrora somente valiam como exigências morais), expandindo o poder de coerção do Estado. A nova imago paterna afirma os princípios da *sociedade órfã*¹²².

Em complementação a noção de “judicialização da política” desenvolvida dentro de um campo de discussão mais limitado ao terreno da política tem-se o conceito de *juridificação da vida social*, o qual se confunde, de certa forma, com a descrição feita por Garapon (2001) no tópico anterior, isto é, a *juridificação* está relacionada tanto a um processo contínuo de positivação de novos direitos, quanto do aumento dos usos do *sistema de justiça*.

¹²⁰Cf. MAUS, Ingeborg, op. cit., p. 191.

¹²¹A Constituição teria se tornado um texto fundamental a partir do qual, a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduziriam diretamente todos os valores e comportamentos corretos. Assim, a libido da sociedade ter-se-ia deslocado da chefia do aparato do Executivo para a cúpula do Poder Judiciário. Idem, op. cit., p. 192.

¹²²Idem, op. cit., p. 201.

Werneck Vianna *et alii* (1999) denomina-o de *judicialização das relações sociais*. De acordo com Habermas (1989) essa noção surgiu na República de Weimar em referência à expansão e adensamento do direito positivo na sociedade moderna e particularmente à institucionalização do conflito de classes, à legislação trabalhista e à regulação do conflito social. O processo de *juridificação* de que Habermas (1989) fala refere-se precisamente ao fato do direito se desenvolver a medida que vai impondo nova legislação sobre domínios nunca antes juridicamente regulados, mas sim tão só informalmente. O conceito de *juridificação*¹²³, tal como definido por Habermas (1989), refere-se a um processo de “ondas sucessivas e cumulativas de juridificação” pelo qual as relações sociais seriam *colonizadas* pela crescente atividade reguladora do Estado¹²⁴.

Nessa senda, os espaços de imunidade com relação ao direito estreitaram-se bastante; trata-se de uma extensão invasora do Direito a todos os campos da vida social. Habermas (1989), a partir da *teoria dos sistemas*, advoga que a “densificação dos complexos organizatórios” típica do *Welfare State*, teria provocado a autonomização dos diferentes subsistemas sociais de intenções e interesses dos atores, cada subsistema tendendo a se fechar em torno de si mesmo, por meio de semânticas próprias. A visão crítica da *juridificação da sociedade* em Habermas (1989), como um processo de *colonização interna da vida social* pelo Estado, de burocratização, disciplinamento e controle das relações sociais, converge em certa medida com as críticas liberais ao Estado de Bem-Estar Social.

Sugestivamente chamando de *direito em abundância à juridificação das esferas sociais*, Galanter (1993) identifica, criticamente, os seguintes elementos comuns do fenômeno: 1) há mais leis, mais advogados, mais processos, mais intervenientes estratégicos no jogo do Direito; as sociedades gastam mais com o Direito; 2) as instituições jurídicas (incluindo os tribunais e sociedades de advogados) funcionam cada vez mais de uma forma racionalizada, à mesma maneira do mundo dos negócios; 3) o Direito é plural e descentralizado, emanado de uma multiplicidade de fontes, com resultados mais contingentes e variáveis; 4) os resultados são decididos mais pela via da negociação do que pela sentença; 5) o Direito é menos autônomo e mais aberto a métodos de outras disciplinas; 6) um Direito contingente, flexível e

¹²³Para o mesmo fenômeno Friedmann (1999) denomina *jurisdicização*, cuja significação primária é a extensão do Direito e dos processos jurídicos a um número crescente de campos da vida econômica e social. Exemplos são certos direitos do Estado de intervenção nos assuntos de família; a regulamentação do tráfego rodoviário; a jurisdicização em relação à informática e a medicina moderna; a jurisdicização em relação às instituições escolares em sociedades que ele elenca como altamente jurisdicizadas: os EUA e a Alemanha. Cf. FRIEDMAN, Lawrence M. In: **Jurisdicização. Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito**. Org. André Jean-Arnaud. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 447 a 440.

¹²⁴Cf. HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa complementos y estudios previos**. Trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid: Catedra, 1994, p. 516-517.

tecnicamente mais sofisticado tende a ficar mais caro, excluindo inúmeros pessoas do acesso direto ao Direito; 7) o Direito funciona, cada vez mais, através de controles simbólicos funcionais, pela irradiação de mensagens (*soft law*) e não tanto através da coação¹²⁵.

Sorj (2001) observa o fenômeno da *juridificação* da sociedade brasileira a partir do referencial teórico de Habermas – *juridificação* como colonização do mundo da vida pelo Direito – e da teoria das *ondas de direitos* de Bobbio: os processos sociais na experiência européia (*bases sociais da juridificação*) cristalizaram quatro grandes ondas de direitos¹²⁶.

A *primeira onda de direitos* está ligada à constituição da sociedade burguesa, de defesa contra o Estado Absolutista e criação de um Direito que protegeu a propriedade privada (contra o soberano), garantiu a livre circulação de mercadorias, o respeito pelos contratos e privatizou a terra; a *segunda onda de direitos* está ligada ao ingresso de grupos sociais mais amplos (camponeses e amplos setores urbanos) no processo político, tendo produzido a abolição dos regimes absolutistas por repúblicas ou monarquias constitucionais. A *terceira onda* está ligada à luta dos sindicatos operários e aos partidos radicais e socialistas e a revolução russa; finalmente, a *quarta onda de direitos*, tem origem mais difusa, embora associada à luta feminista, ecológica e das minorias étnicas e raciais¹²⁷. A contradição que se apresenta no Brasil, segundo Sorj (2001), é que a *juridificação* da Sociedade, vista sob a perspectiva de Habermas, de colonização da vida social por normas burocráticas, é bastante limitada, mas como processo de *judicialização* da vida social, isto é, de transferência do conflito social para o Judiciário, o Brasil é, ao contrário, um caso bem avançado¹²⁸.

Garapon (2001) mostra-se pessimista quanto à *nova cena da democracia jurídica*. A transferência irracional de todas as frustrações modernas para a *Justiça*, o entusiasmo ingênuo pela sua onipotência, podem voltar-se contra ela própria, pois a invocação indiscriminada do Direito tem por efeito submeter ao controle do juiz aspectos inteiros da vida privada.

¹²⁵Cf. GALANTER, Marc. **Direito em Abundância. A atividade legislativa no Atlântico Norte**. In: Revista Crítica de Ciências Sociais, nº. 36, fevereiro de 1993, p. 130-131.

¹²⁶No esquema conceitual de Bobbio, o processo de expansão dos direitos humanos é uma constante afirmação e dos direitos dos indivíduos face a qualquer outra instância de poder. A primeira onda, de afirmação dos direitos civis de proteção da propriedade e da vida, envolve um direito negativo, de proteção contra o poder do soberano. A segunda onda, relacionada à participação política, envolve um conjunto de direitos que se afirma não contra o Estado, mas dentro dele, pois já não se trata de limitar negativamente a ação estatal; a terceira onda de direitos está ligada ao surgimento do Welfare State, dos direitos sociais, adquiridos através do Estado; a quarta onda de direitos é associada, principalmente, à ecologia. Cf. BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. RJ: Campus, 1992.

¹²⁷Este esquema não difere substancialmente da tipologia de Marshall em relação à aquisição da cidadania. Como é sabido, Marshall propôs uma tipologia evolucionista, com base na realidade britânica da época, dos direitos de cidadania: os direitos civis, conquistados no século XVIII, os direitos políticos, no século XIX – ambos chamados direitos de primeira geração – e os direitos sociais, alcançados no século XX – chamados de direitos de segunda geração. Cf. MARSCHALL, T. H. **Cidadania, Classe social e Status**. RJ: Zahar, 1967.

¹²⁸ Cf. SORJ, Bernard. **Novas tendências do conflito social: entre a juridificação e a judicialização**. In: A Nova Sociedade Brasileira. RJ: Campus, 2001, p. 108

Pior, para ele, essa “judicialização” acabaria por impor uma *versão penal* a qualquer relação – política, administrativa, comercial, social, familiar, até mesmo amorosa –, decifrada sob o ângulo binário e redutor da relação vítima/agressor, tendo por consequência o aumento do número de detentos em proporções inquietantes, revelando tanto uma vontade de reforçar um contrapoder, quanto uma nova vocação, menos nobre, para a vingança.

O direito penal¹²⁹ se oferece como um caminho provável, como último recurso quando a ideologia desertou do espaço social. A opção pelo direito penal assinala um duplo fracasso: o das regulações sociais intermediárias, como a família, a comunidade ou o trabalho; e o das soluções, pois a Justiça penal continua a manter a prisão como um dos seus dispositivos centrais, como constata o aumento do número de detentos em todas as democracias.

Roussel¹³⁰ (2003) entende que a noção de *judiciarização* é uma categoria forjada nos discursos políticos da segunda parte da década de 1990 em reação à intrusão *ilegítima e perigosa* para a democracia dos magistrados nas questões políticas, dentro de um contexto onde se sucederam escândalos político-financeiros na política francesa¹³¹. Os usos múltiplos não veiculam uma definição única do que seria este processo de *judiciarização*¹³².

A dificuldade reside, sobretudo, naquilo que este termo sugere: ele parece indicar um processo pelo qual as atividades judiciárias se desenvolveriam no *lugar da ação política*, o que não é tão evidente, pois esta visão negligencia vários aspectos importantes do fenômeno social em jogo: em primeiro lugar, a impossibilidade de submeter o Presidente da República em exercício a um julgamento penal, e.g., manifesta a capacidade de resistência sempre real do mundo político em face da intrusão judiciária.

Além disso, as novas intervenções judiciais em matérias que não lhes eram submetidas provêm, frequentemente, de uma tendência de outras instituições em delegar o tratamento de uma questão aos atores judiciais, mais que de iniciativas destes últimos por desenvolver sua competência sobre estas matérias¹³³.

¹²⁹ Quanto a este aspecto, vide a excelente obra do penalista espanhol Jesús-María Silva Sánchez: **A Expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. SP: RT, 2002.

¹³⁰ Cf. ROUSSEL, Violaine. **La judiciarisation du politique, réalités et faux semblants**. In: *Mouvements* n.º 29, septembre-octobre 2003, p. 13-18.

¹³¹ Para uma análise da crescente *penalização da política* vide o artigo de Philippe Garraud: **La politique à l'épreuve du jugement judiciaire. La pénalisation croissante du politique comme “effet induit” du processus d'autonomisation de l'institution judiciaire**. In: *Le Pouvoir de Juger*. Jean-Louis Briquet, Philippe Garraud (Dir.). Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2002

¹³² Ele pode fazer referência, no caso francês, especificamente, ao reforço do papel do Conselho Constitucional entre as instituições, ao trabalho dos juízes administrativos, às práticas dos magistrados encarregados dos escândalos político-financeiros dos anos 1990, ou ao papel dos juízes que tem perseguido penalmente os responsáveis pelos efeitos de acidentes ou de catástrofes naturais.

¹³³ Na França, os juízes hoje entram em redes de interventores e se pronunciam sobre questões de saúde pública, figurando ao lado de conselheiros, agentes administrativos, representantes de empresas, experts científicos.

Por fim, a submissão de determinadas matérias ao “olhar” judicial não é sempre o único resultado das mudanças nas maneiras de agir dos profissionais da Justiça: as mobilizações dos indivíduos ou de coletivos que se constituem em vítimas e apelam ao juiz por fazer reconhecer seus direitos, particularmente em matéria de responsabilidade médica ou em relação ao princípio de precaução; numerosos atores que não são juristas podem se utilizar do Direito e do processo como armas nas lutas, lhes opondo a outros agentes.

Um dos maiores críticos do processo de “judicialização da política” no Brasil é Ferreira Filho (1996), para quem a ampliação jurisprudencial do âmbito da ação popular teria sido a primeira manifestação da “judicialização da política”, pela qual uma interpretação larga do que seria “patrimônio público” possibilitou que os juízes se habilitassem ao controle de atos concernentes ao meio ambiente e ao patrimônio histórico¹³⁴.

Porém, foi a Constituição de 1988 que determinou a “judicialização da política” para este autor, através de alguns fatores¹³⁵: 1) *a contribuição do texto*: o próprio estilo de redação do texto, com fórmulas genéricas, de conteúdo indeterminado, provocaria apreciações valorativas com acentuado subjetivismo¹³⁶; 2) *o controle de constitucionalidade*: a ampliação da ação direta de inconstitucionalidade traria uma repercussão política negativa na relação entre os poderes, o que seria evitado pelo controle difuso. Neste, não há declaração de nulidade/invalidade da lei, pois o juiz apenas afasta a aplicação da norma (inconstitucional), no exercício da função típica de determinar a regra aplicável a um caso concreto; nem lhe suspende a execução *erga omnes*, atribuição do Senado¹³⁷; 3) *o controle da administração*: a ação popular e a ação civil pública têm sido freqüentemente usadas como armas políticas pelas oposições; 4) *o controle das eleições*: o verdadeiro poder normativo da Justiça Eleitoral que, por meio de resoluções, regulamenta o processo eleitoral favorece uma “judicialização da política”. E à “judicialização da política” ocorreria, em contrapartida, a *politização da justiça*, fenômeno pelo qual juízes guiam seus votos pela “opinião pública”, ou mais precisamente, pelos meios de comunicação de massa¹³⁸.

¹³⁴ Ao lado da ação popular, o instituto da ação civil pública, criado pela Lei n.º. 7.347/85, teria sido utilizado pelo Ministério Público para colocar o juiz em situação na qual ele deveria assumir a postura de administrador, devendo sopesar aspectos de conveniência e oportunidade.

¹³⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A Constituição de 1988 e a Judicialização da Política**. In: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 12, 1996, p. 189-197.

¹³⁶ Além disso, como técnica da conciliação, a Constituição teria combinado no mesmo dispositivo o que queriam as forças políticas de esquerda e direita, por meio de redações obscuras, ou por meio da cláusula dilatatória “nos termos da lei” – que cada lado poderia apresentar como sendo vitória sua.

¹³⁷ Some-se a isso a adoção do instituto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, do Mandado de Injunção e da ação declaratória de constitucionalidade (esta aproximaria o STF do Conselho Constitucional francês que examina a constitucionalidade da lei, antes desta entrar em vigor). Idem, op. cit., p. 189/197.

¹³⁸ Idem, op. cit., p. 189-197.

2 OS USOS SOCIAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO COMPARADO

Compreender a relação que aproxima os profissionais do campo político ao controle de constitucionalidade implica se interessar menos pelos cânones constitucionais que às condições dos usos políticos dos recursos ao Tribunal Constitucional ou à Corte Suprema. Os constrangimentos jurídicos e institucionais da jurisprudência do Tribunal Constitucional fornecem os modelos de ação, as linhas de conduta, os princípios de legitimidade, as ferramentas críticas, pelo qual eles podem ser descritos como fontes do jogo político.

A constitucionalização do trabalho legislativo e, mais largamente, de certas controvérsias dentro do espaço público não significa então um “fechamento” do jogo político¹³⁹, mas, ao contrário, ele abre os espaços e os pontos de apoio a *novos jogos táticos*, fornecendo armas inéditas para o combate político¹⁴⁰. Os usos sociais do Direito respondem essencialmente a questões e problemas práticos que não tem relação direta com preocupações da *doxa* jurídica. Assim, mesmo quando utilizam argumentos etiquetados como “constitucionais”, os profissionais da política não tem como objetivo principal respeitar ou ainda produzir princípios jurídicos. As questões constitucionais lhes interessam pouco, salvo se lhes permitem afirmar ou defender suas preferências políticas, de atender seus objetivos políticos e, eventualmente, de colocar em dificuldades seus adversários. Este é o objetivo deste capítulo, que apresenta diversos usos sociais do Direito e do controle de constitucionalidade por diferentes atores sociais e por atores integrantes do campo político.

2.1 AS DIVERSAS APROPRIAÇÕES SOCIAIS DA REVISÃO JUDICIAL

2.1.1 A *políticação do controle de constitucionalidade*: notas sobre a “judicialização da política” na França e na Alemanha

François (2003) qualifica como *políticação do controle de constitucionalidade* o processo que inscreve este controle dentro do conjunto de armas disponíveis dos profissionais do campo político, sendo este processo dependente de certo conjunto de variáveis.

¹³⁹Para Lacroix (1992:18), a Constituição deve ser entendida menos como um repertório limitativo de ações para os titulares dos papéis institucionais definidos em seu texto e mais como um recurso mobilizável na luta política.

¹⁴⁰Cf. FRANÇOIS, Bastien. “**Le droit saisi par la politique**”, In: Lagroye, J., *La Politisation*. Paris: Belin, 2003.

A primeira condição de uso do controle de constitucionalidade dentro da competição política é a relação custo/benefício do contencioso constitucional. Pode-se considerar nulo o custo para os parlamentares de oposição se pensarmos que eles preferem um benefício imediato (uma decisão da Corte Constitucional que lhes seja favorável) a uma hipótese de constrangimento futuro (os eventuais efeitos de constrangimentos desta decisão o dia em que estes mesmos parlamentares estarão no poder). Esta *politização* é igualmente dependente de uma *juridicalização* do controle de constitucionalidade e, sobretudo, da imagem do Conselho Constitucional (no caso francês). A invenção da figura do “juiz” constitucional está ligada aos interesses próprios dos constitucionalistas de confortar sua disciplina sobre a existência de uma sanção pronunciada por um órgão especializado.

Como terceira condição, a *politização* é ligada a uma valorização dos argumentos constitucionais dentro do debate político e em outros universos sociais, como a mídia. O interesse dos jornalistas pelo Conselho Constitucional não é o produto de uma conversão espontânea a uma “cultura de constitucionalidade”, mas o resultado indireto de uma transformação profunda das condições de exercício do *métier* jornalístico e de seus modos de legitimação. Transformada em auxiliar do controle de constitucionalidade, do qual ela assume uma forma de promoção “pedagógica” perante o grande público, a imprensa se dá assim os meios de se erigir como guardião da boa ordem política, em porta-voz da “opinião pública” sobre as grandes questões constitucionais¹⁴¹.

A *politização* do recurso ao controle de constitucionalidade é dependente de um tipo de controle de constitucionalidade: o controle abstrato. Não se contentando em controlar a regularidade externa da lei, mas, graças à extensão contínua do “bloco de constitucionalidade”, se dando os meios de verificar o conteúdo, se apoiando sobre textos ideológicos (e contraditórios) como a Declaração dos Direitos do Homem de 1789 e o Preâmbulo da Constituição de 1946, e desenvolvendo uma jurisprudência orientada em direção a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, o Conselho Constitucional tem favorecido uma *politização do controle*, fornecendo, decisão após decisão, novas fontes político-constitucionais aos homens políticos¹⁴². A “constitucionalização” da vida política, ou do trabalho legislativo, ligada ao desenvolvimento da jurisprudência do Conselho Constitucional, não é o resultado de uma estratégia singular ou imperialista, nem de uma identidade de interesses dos diferentes protagonistas do trabalho legislativo, nem ainda o resultado de um *coup de force* dos professores de direito.

¹⁴¹Cf. FRANÇOIS, Bastien, op.cit., p. 377-378.

¹⁴²Idem, op. cit., p. 382-383.

Ele é a consequência de uma *estrutura de relações*¹⁴³ dentro do qual os interesses e as estratégias terminam por produzir uma constitucionalização do debate político (ou ao menos de certos aspectos deste) sem ser necessariamente orientado para este fim¹⁴⁴. Na França, o Conselho Constitucional criado pela Constituição de 1958 é exemplo de como uma instituição pode se transformar e se reconstruir a partir de alterações específicas. O alargamento da legitimação ativa para acionar o controle abstrato de constitucionalidade no caso francês a partir de 1974 (60 deputados da Assembléia Nacional Francesa) constituiu um fator favorável a esta *politização* e da “judicialização da política”.

A partir da presidência de Roger Frey (1974-82) ampliou-se, por proposta deste, a legitimação ativa para os parlamentares – 60 deputados ou 60 senadores – interpelarem o Conselho Constitucional, admitindo-se que a minoria possa questionar a vontade do soberano expressa pela maioria parlamentar. Ao lado dessa reforma, que representou o *big bang*¹⁴⁵ do controle da constitucionalidade das leis, o Conselho Constitucional também ampliou o parâmetro de controle¹⁴⁶ com a histórica decisão do Conselho Constitucional de 16 de julho de 1971, na qual foram incorporados àquele, além do texto da Constituição francesa de 1958, o preâmbulo da Constituição francesa de 1946, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e os “princípios fundamentais reconhecidos pelas leis fundamentais da República”, inaugurando a doutrina do *bloc de constitutionnalité*¹⁴⁷.

Dessa forma, a conjunção do alargamento da legitimação ativa para acionar o Conselho Constitucional em conjunto com a ampliação do parâmetro de controle, fizeram aumentar em grande escala a “judicialização da política” francesa a partir de 1974. No período entre 1959 (primeiro ano pós-promulgação da nova Constituição) e 1973 o Conselho Constitucional foi acionado em 09 ocasiões, enquanto que no período entre 1974-1990, o foi em 249 ocasiões¹⁴⁸.

¹⁴³O desenvolvimento contínuo da jurisprudência constitucional tem produzido uma *estrutura de relações* entre o governo e sua maioria, e a oposição parlamentar, que Alec Sweet Stone (2004) qualificou, como vimos, de “*política constitucional*”. Idem, op. cit., p. 384.

¹⁴⁴Um exemplo marcante é o do papel desenvolvido pela União Nacional da Propriedade Imobiliária (UNPI) francesa, em 1997, contra o projeto de lei do governo socialista de Lionel Jospin, que previa reformas na lei de locação para proteção dos inquilinos. A UNPI mobilizou recursos financeiros para sustentar seus argumentos na litigação constitucional do Conselho Constitucional. Cf. MICHEL, Hélène. **Une reconfiguration du jeu politique par le droit. Défense du droit de propriété et saisine du Conseil constitutionnel**. In: ISRAËL, Liora et alii. *Sur la portée sociale du droit*. Paris: PUF, 2005, p. 171.186.

¹⁴⁵Cf. ROUSSEAU, Dominique. **Sur le Conseil Constitutionnel: La Doctrine Badinter et la Démocratie**. Paris, Descartes e Cie, 1997.

¹⁴⁶A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 é uma expressão do liberalismo clássico; os princípios da Constituição de 1946 são expressão do coletivismo social (direitos sociais), enquanto que a menção aos princípios contidos nas leis fundamentais da república é uma espécie de garantia dos direitos das escolas privadas católicas. Cf. STONE SWEET, Alec. **Constitutional Politics in France and Germany**. In: **On Law, Politics and Judicialization**. Martin Shapiro & Alec Stone Sweet (Org.). Oxford University Press, 2002, p. 190.

¹⁴⁷Cf. FAVOREAU, L., RUBIO LLORENTE, F.. **El Bloque de la Constitucionalidad**. Madrid: Civitas, 1991.

¹⁴⁸Cf. STONE SWEET, A, op. cit., 2002, p. 190.

O impacto mais visível da “judicialização da política” francesa é identificado no conjunto de decisões que bloqueou as iniciativas legislativas no período de 1981-1985 (reformas do Governo socialista de François Mitterrand): a nacionalização da economia (bancos e conglomerados industriais), reforma eleitoral (com a garantia de vagas para mulheres nas listas partidárias), reforma universitária, lei anti-truste em relação à imprensa¹⁴⁹.

Na Alemanha, Landfried (1995) caracteriza o Tribunal Constitucional Federal como um *policymaker* não apenas pelo poder de controlar (invalidar), abstratamente, a constitucionalidade das leis, mas, principalmente, pelo desenvolvimento de outras técnicas de controle que escapam à estrita declaração de constitucionalidade/inconstitucionalidade de uma lei, dentre elas, as técnicas da “interpretação conforme à Constituição” e o “apelo ao legislador”, que, segundo o autor, reduziria o *policy-making* do Parlamento¹⁵⁰.

Além do uso de diferentes técnicas de controle de constitucionalidade, o outro fator que auxilia o processo de “judicialização da política” é a assunção pelo Tribunal Constitucional Federal de que a Lei Fundamental não constitui tanto um sistema de regras estruturado através de princípios, mas uma *ordem concreta de valores*. Nesse sentido, ao deixar-se conduzir pela idéia da realização de valores materiais, o tribunal promoveu uma abertura do parâmetro de controle: a competência do Tribunal Constitucional não derivaria mais da Constituição, mas diretamente de princípios de direito suprapositivos que o próprio tribunal desenvolvera em sua atividade constitucional de controle normativo, o que coloca a jurisprudência constitucional no *estado de uma legislação concorrente*¹⁵¹ no dizer de Habermas (2003).

É nessa conjuntura que Bachof (1994) desenvolve sua tese das *normas constitucionais inconstitucionais*, propugnando a incorporação dos princípios suprapositivos na ordem jurídica ao defender que o Tribunal Constitucional detinha competência para aferir a validade de normas constitucionais com base em parâmetros suprapositivos¹⁵². A conjunção do uso de sofisticadas e diversificadas técnicas de controle, a concepção da Constituição como ordem de valores (o que implica em ampliação *material* do parâmetro de controle), a *ponderação de bens*, e a assunção de uma *dimensão objetiva dos direitos fundamentais*, são variáveis explicativas para a escalada da “judicialização da política” na Alemanha, a qual é visível nas decisões que anularam a tentativa de descriminalização do aborto (sob o argumento de que

¹⁴⁹Cf. STONE SWEET, A., op. cit., 2002, p. 197-203.

¹⁵⁰Cf. LANDFRIED, Christine. **Germany**. In: The Global Expansion of Judicial Power, op. cit., p. 307-310.

¹⁵¹Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Entre facticidade e validade**. RJ: Tempo Brasileiro, 2003, Volume II, 2ª Edição, p. 207-329.

¹⁵²Sendo-lhe facultado declarar inconstitucional uma norma integrante do texto da própria Constituição. Toda esta reflexão está circunscrita à rejeição na Alemanha pós-II Guerra do positivismo jurídico e sua ineficácia para contenção do nazismo, como também é mostra a *fórmula Radbruch*. Cf. BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Tradução de J.M. M. Cardoso da Costa. Lisboa: Almedina, 1994.

violaria o direito à vida) e em decisões que determinaram a dinâmica do processo político e de seus resultados no período de reformas sociais compreendido entre 1969-1971, como a política externa, a política universitária, e a política de relações industriais¹⁵³.

A “judicialização da política” não é um processo permanente nem uniforme e é um fenômeno empiricamente verificável. Na França, áreas como privatização, nacionalização, políticas públicas para imprensa, direito criminal e eleitoral são exemplos de áreas políticas altamente judicializadas, enquanto que na Alemanha, as áreas de justiça criminal, financiamento de campanhas políticas, educação, armas nucleares, direitos fundamentais são áreas mais comumente propensas à “judicialização”¹⁵⁴.

O caso francês mostrou que as minorias parlamentares foram as principais protagonistas dos *usos sociais* do controle de constitucionalidade, tendo a escalada da “judicialização da política” se vinculado à ampliação da legitimação ativa para acionar o controle abstrato preventivo perante o Conselho Constitucional. No caso alemão, Kommers (1994) mostra que, além dos *usos sociais* do *Bundesverfassungsgericht* como um fórum político alternativo por agentes políticos¹⁵⁵, fundamentalmente através do controle abstrato/objetivo (112 requerimentos no período entre 1951-1992), é de notar-se o grande número de disputas entre órgãos federais (91 processos no mesmo período) e de conflitos entre estados-membros e o governo central (25 processos); todavia, o maior número de processos que acionam o tribunal constitucional advém de reclamações constitucionais (86.567 processos) e de questões constitucionais remetidas para a corte oriundas de casos concretos (2.756 processos)¹⁵⁶.

A influência dessas duas Cortes/Tribunais Constitucionais sobre a ordem política é enorme, como nota Favoreau (2004). Com efeito, na França o controle exercido pelo Conselho Constitucional serviu para pacificar a vida política.

¹⁵³A *dimensão objetiva dos direitos fundamentais* aparece pela primeira vez no chamado *caso Lüth*, em 1958, decisão histórica do *Bundesverfassungsgericht*, pela qual é aventada a eficácia horizontal dos direitos fundamentais – entre particulares – e não apenas a sua eficácia vertical – como direitos de defesa contra o poder público. Essa *eficácia de irradiação* emana efeitos para a interpretação de todo o direito infraconstitucional.

¹⁵⁴Idem, op. cit., p. 188.

¹⁵⁵À diferença do sistema francês, o sistema alemão de controle abstrato de constitucionalidade reserva pouco espaço para que a minoria parlamentar acione o Tribunal Constitucional, haja vista que a legitimação ativa *a posteriori/repressiva* é conferida tão somente ao governo de um *Land* (estado) ou por um terço dos membros da Câmara dos Deputados (Bundstag); ou seja, a prerrogativa de ingresso em juízo é, na prática, limitada aos dois maiores partidos, o social-democrata e o democrata-cristão. Por isso, os verdes e os liberais estão, isoladamente, excluídos dessa garantia. Cf. FAVOREAU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. SP: Landy, 2004, p. 67.

¹⁵⁶Todos os dados referem-se ao período entre 1951-1992. Cf. KOOMERS, Donald P. **The Federal Constitutional Court in the German Political System**. In: Comparative Political Studies, 1994, p. 470-490. O *recurso constitucional* é ação de iniciativa dos indivíduos para proteção de direitos fundamentais violados por uma lei ou decisão judicial; o *procedimento de reenvio/remessa* ou *incidente de inconstitucionalidade* é uma técnica que obriga as cortes ordinárias a remeterem a questão constitucional suscitada no curso de um processo judicial para apreciação do Tribunal Constitucional Federal (trata-se de um elemento incidental dentro de um sistema de controle concentrado de constitucionalidade).

A paixão sempre diminuía depois que a decisão do Conselho Constitucional era proferida; se o controle constitucional exercia esta função, é porque a oposição tem a sua disposição um meio de assegurar que a maioria não ultrapasse os limites fixados pela Constituição. Além disso, a ampliação do catálogo das liberdades públicas reflete o prestígio que o Conselho Constitucional encontra na atual conjuntura da sociedade francesa.

Na Alemanha o tribunal, inicialmente, consagrou uma posição de combatente da democracia liberal, aceitando, de acordo com a Constituição, defender a ordem liberal contra os partidos (decisões que baniram os partidos nazista e comunista do sistema partidário alemão) ou contra os indivíduos capazes de atingi-la. A seguir, a intervenção do tribunal jurisdicionou a vida e os debates políticos, submetendo o legislador ao direito, na medida em que estes observam a jurisprudência do tribunal em seu processo decisório. Finalmente, o Tribunal Constitucional exerceu uma função indispensável no estabelecimento e no fortalecimento da coesão da sociedade política alemã, sendo ao mesmo tempo um elemento estabilizador e uma força de integração¹⁵⁷.

A interação político-judicial foi tão relevante nos casos da França e Alemanha que confirma a caracterização feita por Stone Sweet (2002) de um processo de “*construção coordenada*” da legislação. A par disso, as Cortes Constitucionais da França e Alemanha são poderosos *policymakers*, cujo impacto e resultado no processo legislativo é extensivo e multidimensional, não as caracterizando como o *legislador negativo* de Kelsen, pois atuam na *construção coordenada do direito constitucional*: a judicialização do *policy-making* confere aos Tribunais Constitucionais a condição de *câmaras legislativas especializadas* (Stone Sweet, 2002) e o controle de constitucionalidade como um estágio na elaboração das leis.

Dentro do cenário europeu, é importante fazer menção, ainda, à “judicialização da política” na Itália, cujo traço marcante deu-se, principalmente, no campo da *criminalização política*¹⁵⁸. Além desse aspecto, Volcansek (1994) aponta o papel da Corte Constitucional Italiana em evitar a fragmentação territorial nas disputas centro/regiões; na proteção dos direitos fundamentais ameaçados pela herança das leis aprovadas no período fascista; no controle de validade dos referendos e dos requisitos de urgência/validade dos decretos-leis¹⁵⁹.

As técnicas de controle também influenciaram o caso italiano.

¹⁵⁷Na ausência de uma identidade nacional firme, que a Alemanha perdeu no pós-II Guerra Mundial, o Tribunal Constitucional tem sido o principal arquiteto do que alguns denominam de “*patriotismo constitucional*”, isto é, mudar a base da lealdade da nação para a Constituição. Cf. KOOMERS, Donald, op. cit., p. 488.

¹⁵⁸Do qual o Movimento Mãos Limpas é seu principal exemplo. Para uma análise da “judicialização da política” na Itália vide, dentre outros: DI FEDERICO, Giuseppe. **Italy: A Peculiar Case**; GUARNIERI, Carlo. **Judicial Independence and Policy-Making in Italy**; in: Tate & Vallinder, op. cit., p. 233-260.

¹⁵⁹Cf. VOLCANSEK, Mary L. **Political Power and Judicial Review in Italy**. In: Comparative Political Studies, 1994, p. 492-509.

Com efeito, a Corte Constitucional italiana construiu uma tipologia de sentenças, denominadas de “*aditivas*” (visam a suprir/corriger a omissão do legislador) e “*substitutivas*” (visam a substituir as prognoses errôneas do legislador em face da Constituição), onde exprime seu papel de *policymaker* na formulação das políticas públicas. Favoreau (2004:91) cita a importância da função da Corte Constitucional como “co-legislador” a fim de evitar a *contratualização* das decisões políticas na Itália (decisões tomados por *negociação* entre maioria e oposição e não pelo *embate* político), prejudiciais aos direitos fundamentais¹⁶⁰.

2.1.2 O longo itinerário da “judicialização da política” nos EUA: do caso *Marbury v. Madison* ao período da *Rights Revolution*

O controle jurisdicional de constitucionalidade nos EUA não foi previsto de forma explícita no texto da Constituição de 1787, ou seja, não partiu de uma delegação estrita do poder representativo (poder constituinte). Apesar de a Constituição norte-americana prever o princípio da separação dos poderes, classicamente descrito por Montesquieu, e ter aprimorado a doutrina de controles mútuos do sistema político, obra dos artigos federalistas, a instituição do controle jurisdicional de constitucionalidade foi um feito da própria Suprema Corte, estabelecido no caso *Marbury versus Madison*, pelo Chief Justice Marshall, em 1803¹⁶¹, na qual se firmou a Constituição como a lei superior, a prevalecer quando em contraste com a lei ordinária, o que, em conjunto com o primado do *stare decisis* (força vinculante dos precedentes judiciais) resultou em um sistema difuso e incidental de controle.

O voto de Marshall¹⁶² reflete, intensamente, as circunstâncias políticas de seu prolator. Ao estabelecer a competência do judiciário para rever os atos dos demais poderes à luz da Constituição, era o seu próprio poder que estava demarcando, poder que, aliás, viria a exercer pelos trinta e quatro anos em que permaneceu na presidência da Suprema Corte dos EUA. Somente em 1857, mais de cinquenta anos após a decisão proferida em *Marbury v. Madison*, a Suprema Corte voltou a declarar uma lei inconstitucional, na polêmica decisão proferida em

¹⁶⁰Favoreau (2004:111) destaca a função de arbitragem exercida pelo Tribunal Constitucional Espanhol entre o Estado e as Comunidades Autônomas (principalmente Catalunha e País Basco). Para uma análise da “judicialização da política” nos países do sul da Europa, sob a confluência das características dos processos constituintes da Espanha e Portugal (e o legado autoritário) e o modelo de organização do judiciário típico da *civil law* (recrutamento burocrático; organização hierárquica e ascensão funcional pelo mérito) vide: GUARNIERI, C., MAGALHÃES, Pedro C. **Democratic Consolidation, Judicial Reform, and the Judicialization of Politics in Southern of Europe**. In: ICS da Universidade de Lisboa, working paper 1, 2001.

¹⁶¹No plano teórico, Alexander Hamilton havia exposto a tese no Federalista nº. 78.

¹⁶²Ao expor suas razões, Marshall enunciou os três grandes fundamentos que justificam o controle judicial de constitucionalidade: a supremacia da Constituição, a conseqüente nulidade da lei que contrarie a Constituição e, por fim, a competência do Poder Judiciário como intérprete final da Constituição.

*Dred Scott v. Sandford*¹⁶³. Confirma-se nessa decisão o poder de *judicial review* da Suprema Corte, pela qual esta reafirma a fidelidade à intenção original do legislador constitucional: a Constituição norte-americana não previu a concessão de cidadania à “raça negra”. Os princípios federativos da organização política norte-americana adensaram o conteúdo da expansão da atuação da Suprema Corte, a qual negou em inúmeras ocasiões a aplicação do *Bill of Rights*¹⁶⁴ aos Estados da Federação, sendo que somente em 1925, no caso *Gitlow v. New York*, o tribunal admitiu que as legislações dos Estados-membros estariam adstritos ao *Bill of Rights*, colocando alguns direitos da 1ª Emenda sob a proteção da 14ª Emenda.

É possível identificar, no século XX, dois períodos marcantes na experiência constitucional norte-americana: o período denominado como *Era Lochner*, de ativismo judicial conservador e o período da *Corte Warren*, marcado por um ativismo transformador.

A fase histórica do constitucionalismo norte-americano conhecida como *Era Lochner* ficou assim alcunhada devido ao caso *Lochner v. New York*, de 1905, no qual a Suprema Corte invalidou lei do Estado de Nova York que fixava jornada máxima de trabalho para os empregados de padaria, entendendo que o ato normativo interferiria na liberdade de contrato assegurada entre empregados e empregadores. A corte, dominada pelo liberalismo econômico, passou a invalidar sistematicamente qualquer legislação de intervenção governamental no domínio econômico. Segundo Baum (1987), nos anos 20, a Suprema Corte declarou inconstitucionais mais de 130 leis regulamentadoras econômicas, tendo seu ápice interventivo se manifestado contra o processo de implementação do *New Deal rooseveltiano*.

Colocando-se contra o programa econômico *New Deal*, planejado pelo presidente Franklin Roosevelt, a Suprema Corte tomou várias decisões entre 1935 e 1936, anulando dispositivos legais propostos pelo presidente e aprovados pelo Congresso¹⁶⁵. Em matéria econômica, muitas decisões da corte se baseavam numa interpretação restritiva da cláusula constitucional que concede poderes ao Governo nacional para a regulação do comércio interestadual; em questão de seguridade social, a intervenção da corte se baseava na doutrina do devido processo legal substantivo (leis de caráter social violariam o direito de propriedade e a liberdade contratual).

¹⁶³Nesta decisão, a Suprema Corte decidiu que negros, ainda quando pudessem ser cidadãos à luz da legislação de algum estado da federação, não eram cidadãos dos EUA e não poderiam ajuizar ações perante juízos e tribunais federais. Afirmou, ainda, que o Congresso exorbitou de seus poderes e violou a propriedade privada ao proibir ou abolir a escravidão em determinadas áreas. A decisão trouxe imenso desprestígio para a Suprema Corte e somente foi superada após a Guerra Civil, com a aprovação das emendas 13 e 14 à Constituição.

¹⁶⁴Como é corrente, a Constituição de 1787 não continha uma Declaração de Direitos, sendo que as 10 primeiras emendas à Constituição compõem o *Bill of Rights*.

¹⁶⁵Cf. BAUM, Laurence. **A Suprema Corte americana**. RJ: Forense Universitária, 1987.

A reação de Roosevelt veio com o envio de um projeto legislativo que tinha por objetivo alterar a composição do tribunal¹⁶⁶. A partir de 1937 ocorreu uma verdadeira *revolução constitucional*, assentando jurisprudência favorável à ampliação dos poderes dos governos nacional e estaduais, em matéria econômica e social, que proporcionou as bases institucionais da versão norte-americana do *Welfare State*. Duas decisões exemplares da Suprema Corte ilustram a mudança da jurisprudência constitucional ocorrida nesse período: em *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corp.* a Suprema Corte reinterpretou a cláusula referente ao comércio interestadual, ampliando o conjunto das atividades econômicas que poderiam ser objeto de regulação federal; em *West Coast Hotel Company v. Parrish* a Corte negou à liberdade de contrato o estatuto de princípio constitucional, autorizando o Estado a regular o exercício desse direito em nome dos interesses e do bem-estar da comunidade. A mudança de orientação da Suprema Corte, após um período de acentuado conflito com os outros dois poderes, assinala um processo de largo alcance. De um lado, a interpretação constitucional afasta-se dos cânones fundamentalistas que a tornaram prisioneira da *original intent* daqueles que escreveram a Constituição, autorizando-se uma leitura dos princípios constitucionais à luz das demandas da sociedade contemporânea.

De outra parte, a *Revolução Constitucional de 1937* sancionou o *processo de nacionalização da política* nos EUA, alterando significativamente a distribuição de poder entre as unidades federadas e a União, acentuando a autonomia da instituição judiciária em face do sistema político¹⁶⁷. A partir da década de 50, no período da *Corte Warren*¹⁶⁸, a Suprema Corte altera sua agenda, destacando-se dessa vez por sucessivas decisões com forte impacto na ampliação dos direitos civis. Baum (1987) demonstra as duas fases de ativismo judicial – conservador e liberalizante – nas quais os processos de controle de constitucionalidade das leis, centrados em questões econômicas na primeira metade do século, deram lugar às questões relacionadas a direitos civis na segunda. A experiência da Corte nas décadas de 1920 e 1930 e sua oposição sistemática às políticas governamentais do período Roosevelt ensejaram fortes críticas diante da possibilidade de distorção dos princípios do

¹⁶⁶A longa via da emenda constitucional não era viável, em razão da extrema rigidez constitucional para sua aprovação (2/3 dos votos do Congresso e a sua posterior aprovação por 3/4 das assembleias dos Estados). A investida de Roosevelt contra o tribunal deu-se com o envio de um projeto de lei ao Congresso que lhe permitiria nomear um juiz adicional em todos os tribunais federais, até o máximo de seis na Suprema Corte, toda vez que um magistrado completasse 70 anos. Tendo a Suprema Corte seis juizes com mais de 70 anos era patente o desejo de interferir em sua composição. A lei não foi aprovada, mas fez com o tribunal passasse a mudar sua posição e afirmar a validade da legislação introduzida pelo governo.

¹⁶⁷Cf. CUNHA MELO, Manuel Palácios. **A Suprema Corte dos EUA e a Judicialização da Política. Notas sobre um itinerário difícil.** In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. RJ: Iuperj/Faperj, 2002, p. 79.

¹⁶⁸Assim denominada por alusão a seu presidente, Earl Warren, no período de 1953-1969.

governo popular que, segundo expressão do estudo clássico de Lambert (1921), estaria degenerando em um “governo de juízes”¹⁶⁹.

Brown v. Board of Education, de 1954, na qual foram reputadas inconstitucionais as leis de 21 estados que autorizavam ou tornavam obrigatória a segregação racial no acesso aos bens públicos (predominante nas escolas do Sul dos EUA), é um marco na história do direito constitucional norte-americano. *Brown v. Board of Education* inscreve-se em uma trajetória de lutas sociais que conceberam o Judiciário como território privilegiado para a conquista de direitos e, nesse sentido, constituiu um modelo de ação para outros movimentos de orientação libertária, e é um caso exemplar de afastamento da Suprema Corte da ortodoxia fundamentalista. Além disso, a decisão de *Brown v. Board Education* envolveu a ordenação de postura ativa por parte do Estado para o cumprimento da Constituição¹⁷⁰, já que a Suprema Corte não se limitou a reconhecer o direito dos demandantes de ingressarem em escolas públicas reservadas a brancos, mas o seu direito a escolas em regimes integrados, o que implicava a adoção de larga política pública de dessegregação, afetando, portanto, alunos e escolas não envolvidas diretamente no caso¹⁷¹.

Baker v. Carr, de 1962, em que a Corte obrigou a reordenação dos distritos eleitorais (os legisladores estaduais se recusavam a redesenhar os distritos mesmo após sensível alteração da distribuição da população no território nacional, o que acarretava violação ao princípio “um homem, um voto”), a afirmação da *teoria da liberdade de expressão como liberdade preferencial*¹⁷², e os casos criminais compreendidos à luz do princípio da igualdade e dos movimentos civis norte-americanos são momentos exemplares da *Corte Warren*.

A criação jurisprudencial de novos direitos sob o amparo da Constituição pôde ser constatada de modo ainda mais eloqüente na decisão do caso *Roe v. Wade*, de 1973, já na Corte Burger (1969-1986), a qual invalidou as leis estaduais que proibiam o aborto ou o limitavam a circunstâncias em que houvesse risco de vida. Em *Romer v. Evans*, de 1996, a Suprema Corte anulou uma Emenda à Constituição do Colorado, votada em 1992 e referendada por mais de 500 mil eleitores, por meio da qual se pretendia vetar aos homossexuais o recurso à proteção legal sob a condição de minoria discriminada.

¹⁶⁹LAMBERT, Edouard. **Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis: l'expérience américaine du contrôle de la constitutionnalité des lois**. Paris: Dalloz, 2004.

¹⁷⁰A decisão antecedeu em dez anos as medidas legislativas anti-segregacionistas: o *Civil Rights Act*, de 1964, o *Voting Rights Act* e o *Elementary and Secondary Education Act*, de 1965.

¹⁷¹A decisão enterrou definitivamente a jurisprudência construída em *Plessy v. Ferguson*, de 1896, pelo qual se sustentava a constitucionalidade da legislação segregacionista, baseada no princípio “separado, mas igual”.

¹⁷²Em *Brandenburg v. Ohio*, de 1969, a Corte reverteu a condenação de líder da Klu Klux Klan, que havia sido condenado por defender a alteração da ordem por meio da violência.

Nesse caso, a Suprema Corte sustentou que a lei pode, e em muitos casos deve, identificar o grupo social discriminado para tornar mais efetiva a proteção pretendida. *Brow v. Board Education*, *Roe v. Wade* e *Romer v. Evans* são casos exemplares da *rights revolution* norte-americana. As três decisões confrontaram, no momento em que vieram a público, parcelas importantes da opinião, expondo o divórcio, ao menos temporário, entre a vontade da maioria e os intérpretes da Constituição. Entretanto, como lembra Cunha Melo (2002), seria um equívoco imputá-las ao arbítrio dos magistrados: as três ações são de iniciativa de movimentos e organizações representativas das minorias sociais¹⁷³.

Longe de querer inventariar toda a história do constitucionalismo norte-americano, os exemplos referidos servem para ilustrar o caráter conflitivo da “judicialização da política” nos EUA: uma judicialização movida por clivagens entre os ramos que compõem o aparelho do Estado e por dissensões entre a sociedade norte-americana e o *maistream* do sistema político (visível no movimento pelos direitos civis). Mas as transformações crescentes do papel da Suprema Corte no sistema político norte-americano, e sua evolução de um ativismo conservador para um ativismo transformador, não são explicáveis apenas pela mudança interna da jurisprudência constitucional dos juízes da Suprema Corte.

Nessa ótica, o trabalho de Epp (1998) é significativo de outro viés do fenômeno: as bases sociais da *rights revolution*. Epp¹⁷⁴ (1998) lembra que antes do início dos anos 60 nos EUA menos que dez por cento das decisões da Suprema Corte envolveu direitos individuais, pois a Corte estava com sua atenção devotada para uma *litigação de negócios* e, freqüentemente, afirmava direitos de propriedade trazidos para julgamento por indivíduos ligados ao mundo empresarial. Este panorama mudou nos anos 60, quando quase setenta por cento das decisões envolveu direitos individuais, e a Suprema Corte tem, essencialmente, proclamado a si mesma como guardiã desses direitos individuais do cidadão ordinário. Epp (1998) mostra que a *rights revolution*¹⁷⁵ nos Estados Unidos adveio da pressão de baixo e não da liderança de cima, principalmente pela ação da organização estratégica dos *advogados de direitos*, que se tornou possível por causa do desenvolvimento do que ele denomina de *estrutura de suporte para a mobilização legal*, consistente em organizações de advocacia de direitos e fontes de financiamento, particularmente suportados por fundos governamentais.

¹⁷³Cf. CUNHA MELO, Manuel Palacius, op. cit., p. 88.

¹⁷⁴Cf. EPP, Charles R. **The Rights Revolution. Lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective.** Chicago and London: The University of Chicago Press, 1998.

¹⁷⁵Denominação de uso corrente no constitucionalismo americano para designar o processo de *criação* ou *expansão* de uma série de novos direitos constitucionais “declarados” pela Suprema Corte desde *Brown v. Board of Education*, e que promoveram mudanças na sociedade norte-americana. Cf. EPP, C. R., op.cit., p. 2. A criação ou expansão de novos direitos é o critério que Epp utiliza para definir a existência ou não do *ativismo judicial*.

Esta estrutura de suporte tem sido essencial na formação da *rights revolution*, porque o processo judicial é custoso e demorado e produz mudanças no direito somente em pequenos incrementos, ou seja, os litigantes não podem esperar mudanças significativas no direito, a menos que eles tenham acesso a recursos financeiros.

Por esta razão, a *litigação constitucional* nos EUA era dominada pela litigação do poder econômico, que sozinho possui os recursos necessários para perseguir a postulação com suficiente frequência, acuidade e perseverança para formatar o desenvolvimento do direito constitucional. Epp (1998) desenvolve uma teoria das condições para esta *rights revolution*, asseverando que as interpretações convencionais sobre o fenômeno identificam três explicações: a) uma explicação centrada na Constituição; b) uma explicação centrada na liderança judicial; c) uma explicação centrada na consciência popular dos direitos.

Para a *visão centrada na Constituição*, as cruciais condições para a *rights revolution* são a estrutura de independência judicial (Cortes seriam, estruturalmente, independentes com a garantia de vitaliciedade e irredutibilidade salarial, aliada ao seu insulamento das pressões políticas) e a presença de garantias dos direitos constitucionais (a presença ou ausência de direitos constitucionais garantidos – *entrenched bill of rights* – é creditada como a mais importante influência sobre a extensão do *judicial policy-making*, por autorizar a *judicial review* da legislação ordinária¹⁷⁶). Todavia, a presença de uma carta de direitos entrincheirados, por si só, não garante sua efetividade. A *explicação centrada na liderança dos juízes* para a *rights revolution* acentua o poder destes para suportar um processo de afirmação de direitos, como é exemplo o período da *Warren Court*.

Para a *explicação centrada na cultura da consciência de direitos*, esta pode influenciar a proteção judicial de direitos de diversas maneiras, principalmente pelo fato de que o número e o tipo de assuntos que os cidadãos levam para as cortes decidirem depende de se e como a cultura daquela sociedade formula suas disputas em termos de direitos. No entanto, as três explicações são insuficientes para produzir a expansão da atenção judicial para a afirmação de direitos, sendo necessário um quarto elemento na visão do autor: uma *estrutura de suporte para a mobilização legal*. Esta variável parte da premissa de que a mobilização legal depende de recursos para a litigação judicial, os quais dependem de uma estrutura de suporte, que inclui advogados, organizações de *advocacia de direitos* e fontes de financiamento.

¹⁷⁶*Bill of rights* colaboram para a formação da competição de grupos de interesse. Em sistemas sem um *Bill of rights* ou sem *judicial review*, as políticas são primariamente formadas nos setores legislativo e executivo do Estado, cujas arenas demandam dos grupos a formação de amplas coalizões para fazer avançar seus interesses. Em sistemas com *entrenched bill of rights*, grupos teriam um incentivo para evitar o trabalho de construção da coalizão, porque eles podem ir “sozinhos” para as cortes. Cf. EPP, Charles R., op. cit., p. 13.

A lógica por detrás da *explicação centrada na estrutura de suporte* consiste em dois pontos inter-relacionados: primeiro, a *rights revolution* depende de uma difusão da litigação dentro do sistema judicial (capaz de influenciar/pautar a agenda da Suprema Corte); segundo, a litigação consome recursos além da riqueza particular dos indivíduos. Por isso, os *advogados de direitos* têm desenvolvido uma série de fontes de suporte para a litigação, derivados de organizações não-governamentais e também de agências governamentais¹⁷⁷.

Nos Estados Unidos, a agenda constitucional da Suprema Corte¹⁷⁸ era dominada pela *litigação de negócios* até meados dos anos 20 do século passado; a extensiva litigação assentada sobre temas do mundo dos negócios empresariais pautava a agenda constitucional da Suprema Corte, e eram sustentados pelos próprios empresários ou por suas organizações, que possuíam recursos para iniciar, coordenar e sustentar (o que demanda recursos financeiros expressivos) até a decisão final a litigação constitucional.

O impacto da alteração da agenda constitucional da Suprema Corte deveu-se, segundo Epp (1998), a atuação de organizações de *advocacia de direitos* como ACLU¹⁷⁹, NAACP¹⁸⁰, American Jewish Congress e Jehovah's Witnesses, que transformou a agenda constitucional da Suprema Corte pela capacidade de interesses não-empresariais serem perseguidos, de forma sustentada (leia-se, com recursos financeiros), na litigação constitucional. Após o início dos anos 50, o número de organizações que davam suporte a *litigação de direitos constitucionais* começou a aumentar, principalmente na área de *direitos das mulheres*.

Epp (1998) chega ao extremo de dizer que não seria exagero dizer que o início da história da agenda de direitos civis e liberdades da Suprema Corte é a história da estratégia e esforços dessas organizações que influenciaram sua agenda, levando e suportando inúmeros *cases* de direitos. As fontes de financiamento eram basicamente duas: filantropia privada (como a Fundação Ford) e o desenvolvimento de políticas estaduais para a defesa legal de hipo-suficientes (pobres, indígenas, imigrantes). Finalmente, a política federal, particularmente aquela do Departamento de Justiça, também tem significativa influência na agenda da Suprema Corte: o *solicitor general* escrutina casos perdidos pelo governo federal nas cortes inferiores, decidindo o que peticionar para a Suprema Corte “ouvir”. No período entre 1925-1988, a Suprema Corte garantiu *certiorari* em 70% dos casos suportados pelo Departamento de Justiça (através do *solicitor general*).

¹⁷⁷O autor lembra que, no caso dos EUA, o Departamento de Justiça tem conduzido e coordenado pesquisa legal e estratégias, como o envio de *briefs* perante a Suprema Corte, na condição de *amicus curie*.

¹⁷⁸Importante ressaltar que o sistema de controle de constitucionalidade nos EUA admite que a Suprema Corte tenha o poder seletivo de escolher as causas que irá julgar.

¹⁷⁹American Civil Liberties Union.

¹⁸⁰National Association for the Advancement of Colored People.

Isto confirma que a política estabelecida pelo Governo central¹⁸¹ (em matéria de direitos civis) na litigação constitucional diante da Suprema Corte tem tido grande impacto sobre sua agenda e sobre suas decisões. Em contraste com o caso norte-americano, Epp (1998) mostra que a Índia¹⁸², apesar de ter uma Constituição que contém uma ampla Declaração de Direitos e uma Corte considerada como uma das mais ativas do mundo, tem sido incapaz de desenvolver uma agenda sustentada de direitos individuais pela ausência de uma estrutura de suporte para a mobilização legal, decorrente da fraca organização de sua sociedade civil.

As condições sob as quais direitos constitucionais são desenvolvidos e postulados através da interpretação judicial, por isso, são de grande significância¹⁸³. Direitos constitucionais em geral, e *rights revolutions* em particular, restam assentados sobre uma *estrutura de suporte* que tem uma ampla base na sociedade civil e depende da difusão desta estrutura que torna possível a democratização do acesso ao Judiciário.

2.1.3 A “judicialização da *mega-política*” e a tese da *preservação hegemônica*: rumo à *juristocracy*

Hirschl (2004) coloca o problema da “judicialização da política” em outros termos analíticos, através de sua tese da *preservação hegemônica*. Hirschl (2004) desenvolveu uma nova explicação para a expansão do poder judicial através da *constitucionalização como uma forma de preservação hegemônica* auto-interessada, na qual aquela é parte integrante de uma importante manifestação de concretas lutas sociais, políticas e econômicas que formatam um dado sistema político. Mais especificamente, a expansão do poder judicial através da constitucionalização é mais bem compreendida como o produto de uma estratégica inter-relação entre três grupos chave: *elites políticas* ameaçadas, que buscam preservar ou assegurar sua hegemonia política insulando o processo decisório em geral, e suas preferências políticas em particular, das vicissitudes da política democrática.

¹⁸¹As razões para o Governo Federal buscar implementar políticas públicas através da Suprema Corte e não do Congresso está relacionada ao próprio sistema presidencialista bipartidário norte-americano e as dificuldades para formar coalizações majoritárias.

¹⁸²O estudo de Epp (1998) compara as experiências de *rights revolution* nos Estados Unidos, Grã-Bretanha, Canadá e Índia, concluindo que, em todos estes casos, a presença de uma *estrutura de suporte de recursos* para a litigação constitucional é indispensável para o êxito daquela.

¹⁸³A tensão entre democracia e constitucionalismo é tratada por Epp (1998) em outros termos: direitos constitucionais são anti-democráticos sob algumas condições. Se somente os ricos ou corporações de negócios privados tem a capacidade financeira e de organização para mobilizar o direito constitucional em seu favor, então a *judicial policy-making* na área dos direitos constitucionais será não-democrática ao extremo. Nesse caso, somente os interesses daqueles grupos seletos serão desenvolvidos através da interpretação judicial; para o resto da população, direitos restarão meras promessas no papel. Cf. EPP, Charles R., op. cit., p. 198.

Elites econômicas, que vêm a constitucionalização de direitos, especialmente, propriedade, como significando a fixação de fronteiras da ação governamental e promovendo o livre mercado e uma agenda amigável aos negócios; e *elites jurídicas* e altas cortes nacionais, que buscam assegurar sua influência política e reputação internacional. Em outras palavras, o autor argumenta que inovadores legais estratégicos – elites políticas em associação com elites judiciais e econômicas que tem interesses compatíveis – determinam o tempo, a extensão e a natureza das reformas constitucionais¹⁸⁴.

Nessa perspectiva, a tendência global em direção a expansão do poder judicial através da constitucionalização deve ser compreendida como parte e parcela de um processo de larga escala onde a autoridade do processo decisório (*policy-making*) é transferida pelas elites hegemônicas das arenas majoritárias para arenas semi-autônomas ou para corpos profissionais de maneira a insular suas preferências políticas das vicissitudes da política democrática¹⁸⁵.

Hirschl (2004) aponta seis cenários de constitucionalização e estabelecimento de sistemas de controle de constitucionalidade difundidos ao nível nacional no pós-II Guerra Mundial: a) *a onda da “reconstrução”*, na qual a expansão do poder judicial foi um produto da política de reconstrução na esteira da Segunda Guerra Mundial¹⁸⁶; b) *o cenário de “independência”*, no qual a constitucionalização de direitos e o estabelecimento do *judicial review* foi parte do processo de descolonização¹⁸⁷; c) *o cenário de “transição”*, no qual a constitucionalização de direitos e o estabelecimento do *judicial review* é um produto da transição do regime autoritário para a democracia¹⁸⁸; d) *o cenário de “transição dual”*, no qual a constitucionalização é parte de uma transição para um modelo ocidental de democracia e economia de mercado¹⁸⁹; e) *o cenário de “incorporação”*, no qual a constitucionalização é associada à incorporação do direito internacional e de normas supranacionais no direito doméstico¹⁹⁰; f) *o cenário de “transição não-aparente”*, no qual as reformas constitucionais não têm sido acompanhadas de mudanças fundamentais no regime econômico¹⁹¹.

¹⁸⁴Cf. HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Harvard University Press, 2004, p. 11-12.

¹⁸⁵O autor analisa as origens políticas e conseqüências das *revoluções constitucionais* em quatro países: Canadá (adoção da Carta de Direitos e Liberdades em 1982); Nova Zelândia (edição do Bill of Rights Act de 1990); Israel (adotou duas novas leis básicas em 1992); África do Sul (adotou uma nova Constituição em 1995).

¹⁸⁶Casos das constituições da Japão (1946), Itália (1948), Alemanha (1949), França (1958).

¹⁸⁷Casos das constituições da Índia (1950) e demais estados africanos nas décadas de 50 e 60 do século XX.

¹⁸⁸Casos das novas democracias do sul europeu (Grécia, 1975; Portugal, 1976; Espanha, 1978); da América Latina (Nicarágua, 1987; Brasil, 1988; Colômbia, 1991; Peru, 1993; Bolívia, 1994); da África do Sul (1995).

¹⁸⁹Casos dos países pós-comunistas e pós-União Soviética.

¹⁹⁰Casos da incorporação da Convenção Européia de Direitos Humanos na Dinamarca (1993), Suécia (1995), e o Human Rights Act (1998), no qual a Grã-Bretanha incorporou as prescrições da Convenção Européia de Direitos Humanos no direito constitucional britânico (a primeira legislação de direitos no Reino Unido em três séculos).

¹⁹¹Casos do México (1994), Suécia (1979), N. Zelândia (1990) e Canadá (1982). Cf. HIRSCHL, R. op.cit., p.7-8.

Este tipo de *preservação hegemônica* através da constitucionalização de direitos é mais provável de ocorrer quando a reputação pública do Judiciário (seu profissionalismo e sua imparcialidade política) é relativamente alta; quando o processo de indicação judicial é controlado em larga medida pelas *elites políticas* hegemônicas; e quando a jurisprudência constitucional da Corte espelha as preferências políticas dessas elites hegemônicas. Quando em face de possíveis ameaças a suas preferências políticas nas arenas majoritárias (tais como a aumento da influência dos grupos despossuídos ou não representados), elites que possuem desproporcional acesso sobre a arena legal podem iniciar um *entrincheiramento de direitos* de tal forma a transferir poder para uma Suprema Corte¹⁹².

Elites econômicas, por sua vez, podem ver a constitucionalização de direitos, especialmente, propriedade, mobilidade e direitos ocupacionais, como uma forma de remoção de barreiras ao mercado, promovendo privatização, desregulação econômica ou simplesmente como uma maneira de diminuir a intervenção estatal. Sob circunstâncias específicas, fatores de economia política internacional podem também empurrar elites econômicas a advogar a constitucionalização como forma de proteger as liberdades e regras econômicas, permitindo a livre movimentação do capital internacional além do alcance do controle das políticas majoritárias¹⁹³. *Elites judiciais* também dão suporte à expansão do poder judicial, através da constitucionalização de direitos e *judicial review*, na busca por aumentar seu poder simbólico e prestígio internacional, elevando o *status* de um coeso estrato profissional de juizes, professores de direito, organizações de direitos humanos, organizações não-governamentais de litigação orientada e firmas de advocacia.

A aplicação da tese da *preservação hegemônica* foi feita por Hirschl (2005) nos quatro países que compõem seu estudo: Israel, Canadá, Nova Zelândia e África do Sul. Em Israel, a *revolução constitucional* de 1992 gerou uma extensiva “judicialização da política”, realçando os valores e políticas daqueles que iniciaram as reformas, preservando a hegemonia política/cultural da elite governante e sua secular circunscrição eleitoral burguesa, *entrincheirando direitos* com perfil ocidental, com uma relativa natureza cosmopolita, em oposição aos grupos religiosos-particularistas¹⁹⁴. No Canadá, a passagem para a Constituição de 1982 foi o ponto culminante de uma longa e ardorosa batalha política, cujas origens podem ser traçadas no aumento do nacionalismo da província de Quebec nos anos 60.

¹⁹²Tipicamente, tais elites pró-constitucionalização são compostas pela intelligentsia urbana, profissões legais e a classe gerencial. Cf. HIRSCH, R., op. cit., p. 44.

¹⁹³O estabelecimento de judiciários independentes com a função de monitoramento sobre as políticas domésticas e sobre a ação governamental tem sido vistas por corpos econômicos transnacionais (OMC, Banco Mundial, FMI), como indicadores primários de desenvolvimento econômico e de mercados com sucesso. Idem, p. 46-47.

¹⁹⁴Cf. HIRSCHL, R., op. cit., p. 50-74.

A aprovação da Constituição canadense de 1982 – que incluiu uma nova Carta de Direitos – representou uma nova era no direito constitucional canadense, não tendo sido assentada sobre impulsos democráticos e humanitários de seus apoiadores, mas como o desejo de preservar o *status quo* político e institucional do *establishment* anglófono dominante (e sua cultura protestante e orientada aos negócios) contra as ameaças do movimento separatista de Quebec e outras demandas emergentes da autonomia provincial, lingüística e cultural. Entretanto, porque ela expressou valores comuns dos canadenses, a Carta de Direitos foi vista como um instrumento de promoção da unidade nacional, tendo sido o *judicial review* empurrado para o centro da arena decisória¹⁹⁵.

A constitucionalização de direitos na Nova Zelândia em 1990 foi suportada por uma coalizão de atores econômicos, empurrados para reformas neoliberais, junto com setores da elite que buscaram preservar e realçar seu poder em face do desenvolvimento de interesses “periféricos” nas arenas decisórias majoritárias. O aumento da presença da representação política dos maoris no parlamento neozelandês de 3% para 15% significou uma modificação na agenda política, com a reivindicação de redistribuição compensatória da terra, dos recursos naturais, da pesca, e da luta pelo tratamento diferenciado da língua. Como reação a esta modificação, a elite judicial e a oligarquia da riqueza e do poder político buscaram *preservar sua hegemonia* e o aumento de seu impacto sobre os resultados do processo-decisório apoiando, rapidamente, a mudança constitucional.

Tanto que os maiores opositores da Carta de Direitos neozelandesa eram, principalmente, os oponentes de esquerda contrários à privatização e os ativistas maoris. A tentativa de preservar a hegemonia política branca na África do Sul contra uma majoritária população negra deu-se com a redescoberta do *entrenchamento de direitos* e da *judicial review* entre a elite branca. No caso sul-africano, a real batalha da constitucionalização de direitos restringiu-se a três pontos: o escopo e a natureza dos direitos de propriedade, dos direitos dos trabalhadores, e dos direitos sobre a linguagem educacional da minoria¹⁹⁶.

¹⁹⁵A Suprema Corte Canadense tem se tornado a mais importante arena decisória para lidar com as questões da secessão de Quebec. Cf. HIRSCHL, R., op. cit., p. 75-82. Ainda que o Tribunal Supremo do Canadá possa declarar a inconstitucionalidade das leis que violam a Declaração de Direitos, o instituto do *judicial review* é limitado por uma cláusula constitucional – a chamada cláusula do “não obstante” (*notwithstanding clause*) –, segundo a qual o Parlamento ou as Assembléias Provinciais podem instituir *legislações imunes à revisão judicial*, durante certo período. Foi com base nesta cláusula que algumas leis relativas à proteção cultural dos franco-canadenses foram promulgadas em Quebec, dentre elas a que os proíbe de matricular seus filhos em escolas de língua inglesa. A imunidade dessa legislação, que impõe restrições aos direitos constitucionalmente assegurados, decorreria do fato de que foi instituída em nome de um objetivo comum, ou seja, a sobrevivência cultural dos franco-canadenses, única maneira de lidar com a pretensão “homogeneizante” do Canadá inglês, contrária ao reconhecimento de Quebec como “sociedade distinta”.

¹⁹⁶Cf. HIRSCHL, R., op.cit., p. 82-99.

Em pelo menos três desses países – Israel, Nova Zelândia e África do Sul –, a intencional expansão do poder judicial por ameaçadas, mas ainda dominantes, elites políticas, deu-se com o suporte de influentes coalizões de forças econômicas neoliberais domésticas que viram na constitucionalização de direitos um significado de promoção da desregulação econômica, e de cortes nacionais buscando realçar sua influência política e internacional¹⁹⁷.

A expansão da competência das cortes em determinar resultados políticos tem se estendido bem além do novo *standard* conceitual do *policy-making* judicial através da jurisprudência de direitos constitucionais, redesenhando as fronteiras legislativas entre os níveis de governo. Recentemente, a “judicialização da política” tem se expandido para incluir e transferir para a arena judicial questões sobre os fundamentos da construção nacional, o que Hirschl (2004) denominou de *judicialização da mega-política*.

A *judicialização do processo fundacional de construção nacional (foundational nation-building)* – a transformação das altas cortes nacionais em corpos de *decision-making* lidando com questões fundamentais concernentes à definição ou razão de ser da comunidade como tal – é comum em comunidades fragmentadas em face de profundas clivagens religiosas, lingüísticas e étnicas que pode resultar em crises políticas de ingovernabilidade e ameaças de rupturas políticas. Exemplos podem ser vistos no envolvimento do Judiciário na discussão sobre o futuro da federação canadense e de Quebec (confederação de dois povos?); na profunda clivagem secular-religiosa em Israel (judicialização da complexa questão de definir “quem é judeu”?); no nascimento de uma democracia multi-racial na África do Sul (tais como a justiça na era pós-apartheid na África do Sul); na batalha sobre o status dos povos indígenas em sociedades como Canadá e Nova Zelândia)¹⁹⁸.

A *judicialização da justiça restaurativa* (que coloca dilemas morais e políticos relativos às extremas injustiças e abusos de direitos humanos contra grupos desfavorecidos historicamente) também caracteriza esta *judicialização da mega-política*, incluindo os casos da judicialização da justiça restaurativa na era pós-apartheid na África do Sul (através da Comissão de Verdade e Reconciliação); o caso Pinochet e outros casos de justiça restaurativa no Chile e em outros países da América Latina; a judicialização da batalha sobre o status dos povos indígenas em sociedades como a Austrália, Canadá e Nova Zelândia. Em síntese, a tese da *preservação hegemônica* sugere que a tendência global corrente em direção a expansão do

¹⁹⁷De fato, a contemporânea emergência de uma ordem econômica neoliberal e o movimento em direção à constitucionalização nesses países não tem nada de acidental ou fortuito, mas, ao contrário, as duas tendências se complementam uma a outra. Elas dividem a comum aderência à visão do Estado pequeno e ao compromisso para uma expansão da esfera privada.

¹⁹⁸Cf. HIRSCHL, op. cit., p. 169-173.

poder judicial através da constitucionalização é parte de um mais amplo processo onde elites políticas e econômicas auto-interessadas, enquanto professam suporte para a democracia e desenvolvimento sustentado, tentam insular o *policy-making* das incertezas da democracia política como forma de preservar sua hegemonia.

A constitucionalização de direitos e o estabelecimento da *judicial review* são, por isso, não somente guiados por compromissos políticos genuínos com uma progressiva noção de justiça social ou uma elevada visão de direitos universais, mas, em muitos casos (naqueles estudados pelo autor), ela é guiada pela tentativa de manter o *status quo* político e social e para bloquear tentativas sérias de mudanças sociais através da democracia política¹⁹⁹.

Dado o aumento da presença de grupos outrora excluídos da esfera política em arenas majoritárias do processo decisório, este largo insulamento do *policy-making* talvez seja o menos perigoso curso de ação para elites ameaçadas. Aqueles que possuem desproporcional acesso para ter uma influência decisiva sobre tais corpos insulados minimiza a potencial ameaça a sua hegemonia²⁰⁰. A preocupação com uma suposta “tirania da maioria” na recente história do novo constitucionalismo traz consigo uma lógica: como os representantes políticos dos interesses estabelecidos começaram a perder o controle das instituições majoritárias começaram a se preocupar com a transferência do poder para as cortes²⁰¹. De outra parte, a judicialização de questões políticas fundamentais oferece um refúgio conveniente para políticos que buscam evitar a tomada de decisões sobre difíceis questões morais e políticas. Um astuto exame da *judicialização da mega-política* sugere que transferir grandes questões da esfera política para as cortes tem sido taticamente suportada, se não ativamente iniciada, por atores políticos representando elites hegemônicas²⁰².

O estudo de Uprimny *et alii* (2004) é um contraponto a Hirschl (2004), identificando um viés emancipatório no ativismo progressista do Tribunal Constitucional Colombiano. Com efeito, o fio condutor teórico que subjaza o estudo questiona se a *luta jurídica* perante os tribunais é uma estratégia profícua para os movimentos sociais e para a esquerda política, e quais os potenciais e limites do Direito como ferramenta eficaz para a emancipação social.

¹⁹⁹Cf. HIRSCHL, R., op. cit., p. 213-214.

²⁰⁰Nas últimas décadas, a delegação da autoridade do processo decisório para agências e corpos profissionais semi-autônomos (bancos centrais, altas cortes nacionais, agências reguladoras, organizações comerciais transnacionais e burocracias e tribunais supranacionais) pode ser uma resposta à expansão da representação de interesses periféricos dentro do sistema político. Elites ameaçadas podem escolher limitar a autoridade do *policy-making* das arenas decisórias majoritárias pela gradual transferência de autoridade para instituições insuladas.

²⁰¹É mais provável tais elites delegarem o poder para o Judiciário: a) quando sua hegemonia é ameaçada pela mudança nas arenas decisórias majoritárias pelas preferências políticas de grupos periféricos; b) quando o Judiciário naquelas comunidades tem uma reputação para a retidão e imparcialidade; c) quando as cortes naquela comunidade são inclinadas para *governar* de acordo com a hegemonia ideológica e cultural. Idem, op.cit, p. 214.

²⁰²Cf. HIRSCHL, R., op. cit., p. 213.

Na Colômbia²⁰³, as razões do ativismo progressista do Tribunal Constitucional estão ligadas à longa tradição de controle judicial de constitucionalidade das leis, que remonta a 1910; ao fácil e barato acesso à Justiça Constitucional, facilitado pelo desenho do direito processual constitucional; às características do texto da Constituição de 1991, que não teria se limitado a acolher os direitos civis e políticos, mas conferido grande força normativa aos direitos sociais e aos difusos e coletivos²⁰⁴. Além dessas três características institucionais, há dois fatores políticos: a crise de representação e a debilidade dos movimentos sociais e dos partidos da oposição. Se o acesso à Justiça Constitucional for barato e fácil e os juízes constitucionais tendem à adoção de medidas progressistas, é natural que muitos grupos sociais se sintam tentados a preferir o emprego da *luta jurídica*, em vez de recorrer à mobilização política no parlamento ou em outras agências de representação majoritárias.

Além disso, uma intervenção ativista do tribunal para desenvolver os componentes progressistas da Constituição não teria sido necessária se as próprias forças políticas tivessem empreendido essa tarefa, o que não aconteceu no caso colombiano, onde foi sendo criada uma tensão crescente entre a Constituição normativa (o texto, os valores e os direitos proclamados na Carta) e a Constituição real (a relação entre as forças políticas). O tribunal tem sido importante para as práticas políticas, pois, por um lado, facilita a consciência política emancipatória de alguns grupos sociais excluídos e, por outro, proporciona estratégias possíveis de ação legal e política para remediar a situação dos afetados.

As decisões do tribunal têm uma *dinâmica constitutiva* importante na medida em que criam, ajudam a criar, ou fortalecem a identidade de determinados sujeitos políticos. Quatro estudos de casos extraídos da jurisprudência do Tribunal Constitucional permitem inferir seu potencial emancipatório, a partir dos usos do tribunal pelo *movimento sindical*²⁰⁵, pelos *homossexuais*²⁰⁶ e pelos *devedores hipotecários*²⁰⁷.

²⁰³Cf. UPRIMNY, Rodrigo, GARCÍA-VILLEGAS, Maurício **Tribunal Constitucional e emancipação social na Colômbia**. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). Democratizar a democracia. Reinventar a emancipação social: para novos manifestos. RJ: Civilização Brasileira, 2002, p. 299-399.

²⁰⁴Seria não uma Constituição “*backward looking*”, mas sim “*forward looking*”, porque, mais do que codificar as relações de poder existentes, esse documento jurídico tende a projetar um modelo de sociedade a construir. Cf. TEITEL, “**Transitional Jurisprudence, The Role of Law in Political Transformation**”, Yale Law Journal, 106, 2009-2080, apud UPRIMNY, Rodrigo et alii, op. cit., p. 308. Caracterização que se vincula ao modelo de Estado Democrático de Direito explicitado por Bolzan de Moraes, conforme referido neste estudo.

²⁰⁵O tribunal desaprovou atos discriminatórios contra trabalhadores sindicalizados, que não violavam normas do código trabalhista, mas violava o princípio de igualdade, positivado constitucionalmente. Idem, p. 313-315.

²⁰⁶O tribunal admitiu que os casais homossexuais pudessem elaborar contrato de matrimônio perante um tabelião, apesar de não ser-lhes reconhecido a união marital propriamente dita. Idem, p. 315-317.

²⁰⁷O tribunal proferiu várias sentenças sobre o sistema de aquisição de moradias denominado UPAC (unidade de poder aquisitivo constante), que protegeram os mutuários devedores, vedando a capitalização de juros e sua vinculação à inflação e reordenando a liquidação das hipotecas; o tribunal “ordenou” também que o legislativo elaborasse nova legislação para regular o financiamento para compra da casa própria. Idem, p. 317-319.

E pelo *movimento indígena*²⁰⁸. Nessa perspectiva, o Tribunal Constitucional colombiano tem contribuído para *forjar a identidade política* desses atores, e, ao mesmo tempo, forjar sua própria identidade. A incidência do tribunal na realidade social e política dos movimentos sociais provêm não só de sua capacidade de ordenar de maneira coercitiva comportamentos favoráveis à proteção dos direitos das pessoas, mas também de sua capacidade para inculcar na mente dos membros desses movimentos sociais um espírito de inconformismo que se baseia na afirmação autorizada de que a injustiça existe e deve ser remediada.

Segundo a visão da estratégia jurídica dos receptores das decisões do Tribunal Constitucional colombiano, é possível diferenciar três tipos de atores: *atores sociais dispersos*, que em geral agem em busca de um interesse individual e que só se vêem ligados a uma prática coletiva na medida em que isso favoreça sua própria estratégia individual (os devedores hipotecários afetados pela UPAC)²⁰⁹. *Atores sociais comunitários*, fortemente unidos por vínculos em que o interesse geral é claramente prioritário (os indígenas); a sua força reside no fato de que a razão de ser da sua oposição está na defesa de valores comunitários, cuja proteção jurídica está fundamentada na decisão do tribunal, a qual é um elemento secundário, embora importante, para a força do movimento. *Atores sociais políticos*, ligados a um movimento social cuja coesão interna depende de interesses políticos compartilhados (é este o movimento social clássico, como o caso dos sindicatos, que lutam pela defesa de interesses a partir das decisões do tribunal)²¹⁰.

Quanto ao peso relativo da estratégia jurídica pelos movimentos sociais, há duas possibilidades: a *estratégia constitutiva* surge quando a decisão judicial explica, pelo menos em boa parte, não apenas as lutas emancipatórias dos atores sociais, como também a sua própria existência (caso do movimento dos devedores hipotecários e, em boa medida, o movimento gay); a *estratégia conjuntural* apresenta-se naqueles casos em que a estratégia jurídica – embora no passado não tenha sido percebida como um elemento essencial, ou nem sequer importante da luta política – adquire uma importância inusitada que tem origem, pelo menos em boa parte, na decisão do tribunal (caso dos movimentos sindical e indígena). Quanto ao tipo de decisão, Uprimny *et alii* (2004) distinguem *dois tipos de ativismo judicial*

²⁰⁸O tribunal vem protegendo inúmeros direitos do movimento indígena, o mais bem sucedido nesse quesito na América Latina, como a afirmação da autonomia cultural contra as pretensões de empresas multinacionais do petróleo, com fundamento na concepção desse povo segundo a qual a terra, e com ela o subsolo e o petróleo, é sagrada; a autorização para as autoridades indígenas imporem castigos físicos como pena para a prática de alguns delitos, o que contraria o código penal daquele país. *Idem*, p. 310-313.

²⁰⁹Este é um movimento que toma a decisão do tribunal como o seu estandarte principal, mas que, ao mesmo tempo, pode ser desarticulado facilmente caso a implementação da decisão do tribunal apresente dificuldades.

²¹⁰A sua coesão interna não depende exclusivamente das decisões do tribunal, embora estas possam reanimar e proporcionar novas energias para a luta política.

progressista: por um lado, o juiz pode reconhecer direitos a certos grupos sociais que são contestados pelas forças políticas, por considerarem que esses valores não derivam claramente do ordenamento jurídico (*ativismo jurisprudencial* ou *ativismo valorativo/ideológico*); de outro lado, pode ser que não seja contestada a existência de um direito, mas a decisão que um juiz toma para enfrentar uma violação desse direito, pela consideração de que os remédios adotados invadem a competência de outros órgãos do Estado (*ativismo remedial*).

Em matéria de remédios judiciais, pode-se ter remédios positivos (mandatos) e negativos (proibições)²¹¹. Uprimny *et alii* (2004) concluem que uma maior efetividade emancipatória²¹² das decisões do tribunal é conseguida quando se combinam os seguintes fatores: decisões judiciais “remediais” apropriadas politicamente por movimentos quer dispersos²¹³, quer comunitários, os quais adotam a estratégia jurídica como parte constitutiva da sua luta política e da sua identidade como movimento.

2.2 EM BUSCA DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: VARIAÇÕES, O CASO BRASILEIRO E UMA SÍNTESE NÃO-CONCLUSIVA

2.2.1 Uma variante da judicialização: os usos sociais do direito constitucional na evolução das lutas internas dos especialistas

Contrariamente às análises que tendem a explicar a dinâmica do desenvolvimento e das transformações contemporâneas do direito constitucional por uma estratégia de políticos, visando a se dar os meios de intervenção nas lutas políticas, François (1993) entende que o centro desta dinâmica deve ser visto não na política, mas no interior do campo jurídico²¹⁴.

²¹¹São 04 formas de ativismo progressista: um ativismo ideológico inovador (despenalização da eutanásia e do consumo de drogas) e um ativismo ideológico preservador (proteção da estabilidade do trabalho contra a flexibilização dos contratos de trabalho); um ativismo remedial positivo (melhoria das condições das cadeias) e um ativismo remedial negativo (interromper o enchimento de uma represa). *Idem*, p. 324-325.

²¹²É preciso não perder de vista que há um longo debate sobre o papel dos juízes e mudança social: de um lado do debate, há aqueles que defendem a idéia de que através das decisões judiciais podem ser obtidas mudanças sociais significativas; do outro, os *Critical Legal Studies*, e.g., adotaram um posicionamento cético em relação às lutas jurídicas, pois, estas debilitariam a luta política contra-hegemônica ao desviar a atenção para o processo jurídico de reformas e a sua eficácia coletiva acaba por ser mínima, dado o caráter individualista dos direitos.

²¹³Para os *novos movimentos sociais* – que incluem em sua agenda a reivindicação de direitos de cunho não-econômico, como direitos culturais, de raça, gênero –, a estratégia jurídica é um elemento essencial não apenas da sua luta emancipatória, mas também da sua sobrevivência e identidade como grupo ou movimento político. Estes movimentos sociais apresentam reivindicações ligadas ao reconhecimento de direitos. *Idem*, *op cit.*, p. 332.

²¹⁴O campo jurídico é definido por Bourdieu (2004) como o *lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito*, quer dizer, a distribuição na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica, que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de interpretar um corpus de textos que consagram a visão legítima do mundo social. Cf. BOURDIEU, Pierre. **A força do direito. Elementos para uma sociologia do campo jurídico**. RJ: Bertrand Brasil, 2004, 7ª Ed., p. 212.

Vale dizer, as transformações do direito constitucional nas últimas décadas devem ser vistas como uma forma de *concorrência* inédita entre os diferentes ramos do Direito, na medida onde o investimento na juridicidade²¹⁵ dos neoconstitucionalistas positivistas está ligada a uma tentativa de recomposição da hierarquia simbólica das disciplinas jurídicas. Se a validade do direito constitucional depende, antes de tudo, de seu reconhecimento pelos diferentes especialistas dos outros ramos do Direito como sendo um “verdadeiro” Direito, conforme aos cânones da ortodoxia jurídica, ela depende também de sua capacidade de lhes fazer interessar, ou, ao menos, interessar a seus clientes.

Sob esta perspectiva, o direito constitucional estaria numa posição insólita em relação às outras disciplinas jurídicas: ele teria por objeto as normas que se situam no mais alto nível da hierarquia das regras do Direito, mas ele apareceria, ao mesmo tempo, como disciplina e como universo de práticas, no mais baixo nível da escala das hierarquias disciplinares, sem importância real sobre o mercado de bens jurídicos. O direito constitucional aparecia, até o final dos anos setenta, como sendo dotado de uma frágil autonomia enquanto disciplina jurídica especializada e, sobretudo, sem outro horizonte prático, restrito a certos aspectos muito limitados da atividade política. Hoje, em razão do desenvolvimento da jurisprudência do Conselho Constitucional (no caso francês), ele se apresenta como um saber técnico, reservado aos especialistas, mas podendo igualmente interessar aos indivíduos “ordinários”.

É a reunião realizada entre um universo teórico até então fragilmente diferenciado, apanágio de professores, e um universo prático do Direito (o contencioso constitucional), que tem permitido a autonomização do direito constitucional (o qual se tornou um saber do qual o acesso é impossível sem a mediação de especialistas), e o seu reconhecimento como sendo um verdadeiro Direito, que autoriza sua articulação com o conjunto das demais produções jurídicas, e seu controle por um corpo de especialistas de sua interpretação²¹⁶. Nessa ótica, as transformações do direito constitucional nas últimas três décadas devem ser compreendidas como resultado de um investimento dentro do campo da “juridicidade”, realizada pelos neoconstitucionalistas positivistas²¹⁷ e de um alargamento de seu domínio de validade a outros

²¹⁵Juridicidade aqui é tratada como a tentativa de emprestar eficácia jurídica ao direito constitucional, outrora visto como disciplina da organização política, sem poder de constrangimento propriamente dito. É larga a discussão na literatura jurídica francesa, principalmente, sobre a questão de saber se o direito constitucional seria “direito” propriamente dito.

²¹⁶Cf. FRANÇOIS, Bastien, op.cit., p. 210.

²¹⁷No caso especificamente francês, o autor enfatiza o surgimento de rubricas especializadas sobre o contencioso constitucional nas revistas de direito público francesas. A criação de uma revista dedicada especificamente ao direito constitucional surge em 1991 com a publicação da *Revue Française de Droit Constitutionnel*, o que marcaria esta evolução, conferindo ao direito constitucional uma marca de consagração, simultaneamente, jurídica, editorial e universitária. Cf. FRANÇOIS, Bastien, op. cit., p. 211. Embora o autor não nomine de forma expressa quem são os neo-constitucionalistas positivistas, ele cita, dentre outros, Louis Favoreau.

atores que não apenas aqueles diretamente interessados na definição e no funcionamento das instituições políticas. O direito constitucional opera uma metamorfose, se transformando em um *direito da jurisprudência do Conselho Constitucional*.

Em um primeiro momento, a partir da metade dos anos setenta, o direito constitucional irá se apresentar como regendo tudo aquilo que concerne às liberdades públicas e os direitos do homem; em um segundo momento, a partir do fim dos anos oitenta, o direito constitucional abrangerá os indivíduos em suas relações jurídicas ordinárias. O respeito aos princípios constitucionais construídos pela jurisprudência do Conselho Constitucional irá se impor não somente aos poderes públicos em sua atividade de produção normativa, mas igualmente às relações entre particulares e os poderes públicos e às próprias relações entre particulares²¹⁸. Esta transformação do direito constitucional, denominada genericamente de *constitucionalização do direito*, encontraria fortes resistências dos profissionais dos demais ramos do direito, principalmente, das disciplinas mais antigas e consagradas, como o direito civil e administrativo, temerosos em perder o controle de sua “clientela”²¹⁹.

François (1993) aponta uma inversão da hierarquia entre as disciplinas do direito público com o declínio correlativo do direito administrativo e a assunção de um direito constitucional ao patamar mais elevado do sistema jurídico. A relação do direito constitucional com os demais ramos do direito mudara radicalmente: todos os ramos do Direito vão criar novas especialidades, com seus novos especialistas e seus novos clientes (o direito constitucional “administrativo”, direito constitucional “fiscal”, “penal”, etc).

Este enfoque está em consonância com a idéia de que a produção da doutrina jurídica não é um fim em si mesmo. É essencial identificar a estrita ligação entre produtores de doutrina, práticos e grupos de interesse sociais para apreender a doutrina como um jogo estratégico entre os jogos sociais e profissionais. Isolar a doutrina do espaço social e profissional na qual ela possui suas fontes e que constitui seu mercado somente reproduz a representação ideológica que a doutrina busca dar dela mesma: aquela de uma pesquisa tendo por única preocupação o aperfeiçoamento do Direito e desconectada dos constrangimentos ou pressões do mundo social. Sobre o mercado social da doutrina, o valor dos produtores é fortemente ligado às posições de força que eles detêm nas instâncias de produção, de homologação e de difusão do saber jurídico.

²¹⁸Cf. FRANÇOIS, Bastien. “Justice Constitutionnelle et “democratie constitutionnelle”. Critique du discours constitutionnaliste européen”. In: Chevallier, Jacques *et alii*, *Droit et politique*. Paris, Presses Universitaires de France, 1992, p. 53-64.

²¹⁹Vide POIRMEUR, Yves. **Themes et Debats autour du Constitutionnalisme**. In: Chevallier, Jacques *et alii*, *Droit et politique*. Paris, Presses Universitaires de France, 1992, p. 13-39.

As *batalhas doutrinais* estão fortemente vinculadas à ocupação dos produtores de doutrina no espaço legítimo da hierarquia de produção doutrinária: escolas, direção de colóquios, revistas, são redes que estruturam as trajetórias e em torno do qual se organizam as *batalhas doutrinais*²²⁰. Nessa ótica, considerando o caso francês esboçado pelo autor, a lógica dos usos sociais do controle de constitucionalidade por agentes sociais específicos, bem como o desenho institucional da *judicial review* não explica, integralmente, o papel central ocupado pelo direito constitucional no direito contemporâneo, tampouco a expansão do poder judicial e a conseqüente “judicialização da política”, sendo indispensável analisar as lutas internas dos especialistas no campo do direito constitucional interno de cada país.

2.2.2 A “judicialização da política” no Brasil: *duplo caráter, seletividade e especificidade*

O crucial estudo de Werneck Vianna *et alii* (1999) prescreve que há um *duplo caráter da judicialização da política no Brasil*: de um lado, o fenômeno apresenta um perfil que se identifica com o produzido pela bibliografia sobre o assunto – as minorias parlamentares demandam a intervenção do Judiciário contra a vontade da maioria –, mas, de outro lado, se afasta dele, singularizando-se pela ação dos governadores e procuradores contra a representação parlamentar, em sua esmagadora maioria no âmbito estadual, em uma indicação de que não apenas a sociedade, mas também a própria federação, se encontra desajustada da vontade do soberano e tem reclamado a presença de um *tertius*.

Este *duplo caráter da “judicialização da política”* indica que os partidos procurariam o Judiciário como arena alternativa à democracia representativa e os governadores e procuradores como mecanismo de racionalização da Administração Pública. Essa conclusão quanto aos principais autores é referendada por números: entre 1988 e 1998, 49,9% das ADIns foram propostas por governadores e procuradores, enquanto as associações nacionais patronais e de trabalhadores e os partidos políticos foram responsáveis por 42,1% das ADIns no período. Quanto à *classe temática*²²¹ tem-se que 63,3% das ADIns dizem respeito à Administração Pública²²².

²²⁰Cf. DEZALAY, Yves. “La production doctrinale comme objet et terrain de luttes politiques et professionnelles”, in: Poirmeur, Yves *et alii*, *La doctrine juridique*. Paris, PUF, 1993, p. 230-239.

²²¹Os autores classificam 07 classes temáticas: a) administração pública; b) política social; c) regulação econômica; d) política tributária; e) regulação da sociedade civil; f) competição política; g) relações de trabalho. Cf. WERNECK VIANNA, Luiz *et alii*, op. cit., p. 63-64.

²²²A análise da *origem do diploma normativo questionado* demonstra uma importante clivagem: o espaço onde governadores e procuradores exercem o papel de “advogados da Constituição” é o de âmbito estadual, atingindo os índices de 90,6% e de 78,9%, respectivamente; é o inverso dos partidos, que tem 73,7% de contestação de diplomas normativos originários do âmbito federal. Cf. WERNECK VIANNA, Luis *et alii*, op. cit., p. 54-64.

Tem-se, então, que na prática brasileira, o controle de constitucionalidade das leis se acha predominantemente relacionado aos temas da construção e da organização das funções da máquina estatal e do seu funcionalismo, o que, do ponto de vista quantitativo, tem significado uma vinculação maior deste instrumento às questões do Estado do que às da sociedade civil e dos direitos de indivíduos e grupos sociais.

No contexto institucional das ADins, a forte *preponderância do tema da Administração Pública* está associada à reforma do Estado e à mudança de seu padrão de relacionamento com a sociedade civil. Dada a natureza da modernização capitalista brasileira, resultado de um esforço liderado pelo Estado, enlaçado à sociedade civil pela malha da estrutura corporativa, a noção de direitos tornou-se mais prisioneira da concepção de funcionário do que da de cidadão²²³. A partir da Revolução de 30 o Estado converte-se em instrumento da industrialização e da incorporação dos trabalhadores urbanos ao mundo dos direitos, o que importou não somente uma *estatalização da cidadania* nos sindicatos corporativos, como também da economia, que se torna o objeto principal da ação do Estado.

Carvalho (2001) argumenta que o que obstaculizou a conquista dos direitos sociais no período pós-libertação dos escravos foi a extremada limitação e precariedade dos direitos civis e políticos, que perduraria até 1930; a participação política era limitada a pequenos grupos (o povo não tinha lugar no sistema político, seja no Império, seja no início da República), não havendo até 1930 povo organizado politicamente e sentimento nacional consolidado. A grande maioria do povo tinha com o governo uma relação ou de distância ou de antagonismo: era uma *“cidadania em negativo”*. O autor define como de baixíssimo impacto o exercício da cidadania no Brasil, no pós-1930, pelo fato de os direitos sociais terem sido introduzidos antes da expansão dos direitos civis: os avanços trabalhistas, longe de serem conquistados, foram “doados” por um governo cooptador, colocando os cidadãos em posição de dependência perante os líderes políticos que controlavam o Executivo do Estado²²⁴.

Nesse contexto de capitalismo autoritário, a Administração Pública, por definição, não se esgota na prestação de serviços à sociedade, cuja economia, mercado de trabalho, vida associativa, profissões, se encontram articulados, corporativamente, a um Estado ampliado que a tudo ordena.

²²³Uma *“cidadania regulada”*, conceito formulado no estudo da relação dos direitos sociais e cidadania de SANTOS, Wanderlei G. **Cidadania e Justiça. A política social na ordem brasileira**. RJ: Campus, 1979.

²²⁴Carvalho (2001) defende a tese de que, se a ordem cronológica de aquisição de direitos proposta por Marshall para o caso inglês não é observada (primeiro os direitos civis, seguido dos políticos e, por último, os sociais), dificilmente se tem o povo no comando de suas demandas políticas, já que essa responsabilidade acaba ficando a cargo de outras instituições. Na atualidade, o autor ressalta que os direitos sociais estão sob ameaça e que os direitos civis (principalmente, a segurança e igualdade formal perante a lei) estão longe de ter eficaz garantia. Cf. CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil. O longo caminho**. RJ: Civilização Brasileira, 2003.

A Administração Pública lhe é, portanto, essencial, pois é dela que depende em seus menores movimentos. A figura central dessa engenharia reclama, por isso, uma composição duradoura, constitucionalizando-se o contorno preciso de sua identidade, regras de hierarquia, carreira, salários e procedimentos funcionais, a fim de que o seu comportamento corresponda a critérios de racionalidade. Daí por que a institucionalização do direito administrativo no corpo da Constituição não veio a exprimir a preservação de uma anacrônica prática patrimonial, e sim a natureza do projeto de modernização autoritária vencedor na Revolução de 30, tendo início, não por acaso, com a Carta de 1934, que já inclui um título dedicado aos funcionários públicos.

A *constitucionalização do direito administrativo*²²⁵ traz consigo o resultado da federalização da Administração Pública, obrigando à homogeneidade das normas de âmbito federal e estadual, o que, especialmente, em face do instituto do controle de constitucionalidade das leis, acaba por converter as controvérsias sobre matéria de Administração Pública em questões constitucionais. Daí que o STF, referem Werneck Vianna *et alii* (1999), como que incorpora as suas funções a de um órgão superior da Administração Pública, racionalizando e homogeneizando as máquinas públicas estaduais, segundo os novos princípios constitucionais, como estivesse desempenhando o *papel de um Conselho de Estado à francesa*, um colégio altamente qualificado que delineia, em última instância, a formação institucional do Estado. Desse modo, se em sua arquitetura de origem, de acordo com o constituinte de 1891, o STF foi criado para cumprir o papel de Corte Constitucional de tipo americano e de corte de cassação, tendo incorporado, pelo exercício do controle abstrato da norma, as funções de tribunal de tipo europeu continental, agora, sob a provocação das ADins, vem fazendo as vezes de um órgão superior da Administração Pública.

As ADins dos governadores põe em evidência a natureza particular da federação brasileira, uma vez que o recurso às ADins pelos governadores, em sua maioria, não se tem destinado a defender a autonomia estadual contra a União, mas, inversamente, reclamado a intervenção desta contra a legislação produzida pela vontade do soberano nas assembleias estaduais²²⁶. Essa modelagem centrípeta da federação brasileira, como inevitável, se faz presente na nossa história de controle constitucional das leis: não é o Estado que, em defesa da sua autonomia, recorre à Suprema Corte contra o Executivo, mas exatamente o oposto.

²²⁵Cf. MOREIRA NETO, D. F. **Apontamentos sobre a Reforma Administrativa**. RJ: Renovar, 1999, p. 11.

²²⁶Essa forma aparentemente paradoxal de inserção dos governadores no processo de “judicialização da política” – apelando à União contra as assembleias legislativas estaduais, e não intervindo contra ela, em defesa da autonomia estadual – deve-se a diferentes fatores, dentre eles, o caráter de uma federação, que, ao contrário da americana, não resultou da agregação da vontade livre dos estados, mas foi uma construção do centro político, conduzida por uma elite homogênea.

É o que se deu com a chamada *representação interventiva*, introduzida pela Constituição de 1934 a fim de admitir a intervenção federal nos Estados, quando esses ofendessem, em sua produção legislativa, os chamados “princípios sensíveis” da federação²²⁷. O comprometimento da agenda das ADins com o tema da Administração Pública repercutiu negativamente sobre as possibilidades de o STF se identificar mais claramente com a filosofia da Carta de 1988, cuja intenção era a de favorecer a efetivação dos seus grandes princípios programáticos e não a de criar mais uma instância para as controvérsias das diferentes corporações sobre questões de direito administrativo²²⁸.

Carvalho²²⁹ (2006) descreve duas abordagens do fenômeno da “judicialização da política”: a) a *policy-seeking approach*²³⁰, ou seja, a expansão da jurisdição constitucional sobre o *policy-making* governamental (as políticas da maioria) como resultado da habilidade e disposição dos atores políticos, que perderam no processo legislativo, em provocar decisões judiciais sobre a constitucionalidade das políticas aprovadas pela maioria parlamentar; b) a *unconstrained courts approach* da decisão judicial, abordagem segundo a qual os juízes funcionam como agentes livres em suas relações com os partidos políticos e maiorias legislativas. Sendo as Cortes Constitucionais independentes e insuladas dos interesses das maiorias parlamentares e dos Executivos, elas poderiam decidir sem constrangimentos²³¹.

A análise dos dados – referentes ao período 1988-2002 – feita pelo autor mostra que a *policy-seeking approach* não só explica o comportamento das oposições partidárias como também explica o comportamento das confederações sindicais e entidades de classe. Em um período de 14 anos, os *partidos políticos* (principalmente a oposição) ingressaram com 368 Adins (34,3%) e as *confederações sindicais e entidades de classe* (incluindo as da burocracia judiciária) ingressaram com 396 Adins (36,9%). Esses dois legitimados respondem por 71,2% de todas as ações interpostas no cenário federal no período.

²²⁷ Cf. WERNECK VIANNA, Luis et alii, op. cit., p. 72-73.

²²⁸ Cf. WERNECK VIANNA, Luis et alii, op. cit., p. 66.

²²⁹ Cf. CARVALHO, Ernani Rodrigues. **Revisão Judicial e Judicialização da Política no Brasil: Seletividade e Especificidade**. Paper apresentado no 5º Encontro da ABCP – Associação Brasileira de Ciência Política. Belo Horizonte/MG, 2006 (mimeo).

²³⁰ O *policy-seeking approach* é baseado em duas premissas: primeiro, o litigante quando aciona a justiça constitucional o faz contra uma legislação que vai de encontro a sua preferência; segundo, não existe custo sobre qualquer coisa associada com a revisão abstrata da legislação. Ao contrário, no litígio constitucional de grande interesse público, os atores vão até às últimas conseqüências mesmo que isso signifique uma derrota nos tribunais, pois a idéia é marcar sua posição contrário para o eleitor. Cf. CARVALHO, Ernani R., op. cit., p. 03.

²³¹ As Cortes Constitucionais não possuem constrangimentos porque os atores políticos que foram afetados pela sua decisão não possuem meios hábeis para reverter sua decisão; portanto, esses atores não podem frear o poder judicial nem ao menos punir o juiz ou a corte. Nesse sentido, haveria uma relação assimétrica entre o Parlamento e a corte. Este último pode revogar uma lei do primeiro através do voto de uma maioria simples ou qualificada, enquanto aquele só pode derrubar um veto da corte através de uma emenda constitucional (que exigem maioria qualificada no Parlamento). Cf. CARVALHO, Ernani R., op. cit., p. 03.

Nesses casos, o litigante quando aciona a Justiça Constitucional²³² o faz contra uma legislação que vai de encontro a sua preferência ou interesse (o estudo levou em consideração tão somente as Adins que tiveram como objeto a *legislação federal*). Em outro agrupamento feito pelo autor, os *atores políticos* respondem por 41,9% do total de Adins, seguido pelos *atores sociais* com 32,6% e os *atores jurídicos* com 24,3%²³³.

Quanto ao *tópico de lei* questionado, constatou-se que a Administração Civil é a mais acionada com 32,8%, seguida pela Administração Judicial com 16,8%, pela Política Tributária com 11,1% e pela Competição Política com 9,6%²³⁴. As áreas de interesse dos requerentes estão relacionadas com sua função de interesse, isto é, há uma conclusão relevante do trabalho de que há uma forte vinculação existente entre o requerente e o tópico de lei judicializado: os *atores políticos* concentram-se em dois tópicos (Administração Civil, 42,9% e Competição Política, 19,9%), e os *atores jurídicos* dão preferência à Administração Judicial (54,3%) e à Administração Civil (26,4%). Os *atores sociais* também selecionam os tópicos de lei de acordo com seus interesses, mas a diferença reside na diversidade e pluralidade de interesses que associações e confederações sindicais representam. No julgamento de mérito das Adins duas características são marcantes: a) a alta taxa de pedidos de mérito negados (61,8%) e b) a alta taxa de decisões pendentes (30,9%).

²³²No Brasil, a revisão abstrata da legislação como forma predominante provocou um cenário de política judicial bastante parecido com o europeu, podendo-se constatar que: a) os partidos de oposição não apenas possuem acesso livre à revisão abstrata da legislação, mas também têm muito a ganhar e pouco a perder se acionarem sistematicamente as Cortes Constitucionais para que participem do processo de *policy-making (policy-seeking approach)*; b) a Corte Constitucional não sofre constrangimentos: como guardiã da Constituição não sofre represálias dos outros ramos de poder nem de qualquer outra entidade (*unconstrained courts approach*).

²³³O autor classifica os legitimados ativos para a interposição das Adins em: a) *atores políticos*, os que possuem cargo eletivo (Presidente da República, mesas do Senado, da Câmara dos Deputados, das Assembléias Legislativas dos Estados e DF, Governadores de Estado e Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional); b) *atores jurídicos*, os que possuem cargo de relevância na burocracia jurídica do país ou que ocupam cargo de liderança classista no meio jurídico (Procurador-Geral da República, Conselho Federal da OAB e Associações da Burocracia Judicial); c) *atores sociais* são os que exercem cargo de liderança classista em âmbito nacional (Confederações ou Entidades de Classe de âmbito nacional). Cf. CARVALHO, E. R., op.cit., p. 29.

²³⁴O autor utilizou a seguinte classificação dos tópicos de lei (áreas temáticas questionadas nas Adins): 1) *Administração Pública Civil*: reúne a legislação que versa sobre carreiras, remuneração e organização do serviço público no Executivo/Legislativo; 2) *Administração Pública Judicial*: reúne a legislação que versa sobre carreiras, remuneração e organização do serviço público no Judiciário; 3) *Administração Pública Militar*: reúne a legislação que versa sobre carreiras, remuneração e organização do serviço público militar; 4) *Política Social*: inclui normas que tratam dos sistemas de seguridade social não afetos ao funcionalismo público, bem como a legislação reguladora do acesso a benefícios sociais; 5) *Política Econômica*: reúne as normas de regulação da economia afetas à política cambial, monetária, salarial e de preços, com exceção das de natureza tributária, tendo sido incluídas nesta categoria as normas concernentes ao programa de privatização; 6) *Política Tributária*: reúne as normas que tratam da definição da base de arrecadação e da alíquota dos tributos, também tendo sido classificadas nesta categoria as normas referentes à concessão de incentivos fiscais e à regulação das zonas de tributação especial; 7) *Competição Política*: reúne normas relativas às eleições e Partidos Políticos; 8) *Relações Trabalhistas*: inclui as normas que regulam o mundo do trabalho, tais como direito do trabalhador, organização sindical e direito de greve; 9) *Regulação da Sociedade Civil*: inclui as normas que ordenam as relações entre particulares, como, por exemplo: regulamentação da cobrança de mensalidades escolares, das corporações profissionais, do meio ambiente e das populações indígenas. Cf. CARVALHO, Ernani R., op. cit., p. 10-11.

Em 14 anos, o STF resolveu interferir, no todo ou em parte, em apenas 7,3% dos casos. Portanto, o STF vem decidindo boa parte das ações (70% delas); dentre estas, quase 2/3 não recebeu nenhum tratamento de revisão; um outro montante, quase 1/3, aguarda julgamento; apenas uma pequena parcela da legislação é efetivamente revisada judicialmente pelo STF, sendo que o grande número de decisões contrárias a uma revisão revela, do ponto de vista da política, uma relutância em interferir no processo legislativo. No julgamento das Adins, a conclusão é que a estratégia de julgamento do STF obedeceu a uma *lógica de seletividade e especificidade*²³⁵. Ela foi *seletiva* na escolha do “parceiro” e foi *específica* no tema que estava disposta a interferir: os dados demonstram que o Procurador-Geral da República apresenta-se como o grande “parceiro” do Tribunal Constitucional Brasileiro no *rule making*. Contudo, a “parceria” limita-se a um campo bem específico: a Administração Judicial²³⁶; os dados apontam que o STF está disposto a regular, ou melhor, a revisar a legislação que tenha como foco temático a administração da justiça²³⁷. Portanto, se a iniciativa dos intérpretes (ou legitimados ativos) da Constituição, constante na revisão judicial, está induzindo o STF à assunção de novos papéis, esse novo papel não é de enfrentamento ao poder soberano.

Em outro trabalho, Carvalho²³⁸ (2006) reconstrói a trajetória de implantação e desenvolvimento do controle de constitucionalidade e as alterações no desenho institucional do STF no período republicano. O primeiro sistema de controle de constitucionalidade brasileiro foi “importado” dos EUA e aplicado no Brasil com a Constituição de 1891²³⁹.

²³⁵ Levando em consideração todo o ciclo de revisão judicial e no que diz respeito à taxa de sucesso na efetivação da adjudicação constitucional, o Procurador-Geral da República é o grande “parceiro” do Supremo (das 56 ações com julgamento de mérito concedidas, 47 delas foram propostas por este ator jurídico).

²³⁶ A hipótese de uma adjudicação compartilhada, beirando uma “democracia participativa” constitucional, como fora apontada por Vianna *et alii* (1999), parece não ter sido absorvida pelo STF, pelo menos no julgamento das ações diretas de constitucionalidade, ou seja, em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

²³⁷ As razões desse ativismo do chefe do Ministério Público Federal são sugeridas por Amaral (2004): a “independência administrativa e funcional do Ministério Público levou a um número relativamente alto de abusos, tais como a concessão de reajustes de vencimentos através de meros atos administrativos, sem a necessária elaboração de projeto de lei a ser submetido à discussão e à votação”. Cf. AMARAL, Ana Lúcia. **O Procurador-Geral da República e as Ações Diretas de Inconstitucionalidade**. Dissertação de Mestrado, Departamento de Ciência Política da USP, São Paulo, 2004.

²³⁸ Cf. CARVALHO, Ernani Rodrigues. **Trajétória da Revisão Judicial no Desenho Institucional Brasileiro: Tutela, Autonomia e Judicialização**. Artigo submetido à Revista Sociologias (Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFRGS), 2006 (no prelo).

²³⁹ O magistrado republicano foi deslocado de uma posição informal (sem previsão de seu papel no texto da Constituição) para uma posição formalizada e estruturada constitucionalmente (separação de poderes, federalismo e controle de constitucionalidade) de árbitro dos poderes políticos. A posição do magistrado no Império caracterizava-se pela sua absorção pelo sistema político, pela ocupação de cargos na administração pública imperial. Ao formalizar a atuação do magistrado como árbitro político, com o estabelecimento do controle difuso de constitucionalidade, a Constituição republicana de 1891 diminuiu a atuação política do juiz (como integrante da burocracia do Estado imperial), e, ao mesmo tempo, produziu uma maior autonomia do Judiciário em relação aos demais poderes representativos (o juiz é afastado do sistema político tradicional, mas é chamado a participar desse sistema por outra via, mais afeita à doutrina liberal da época e revestida de garantias funcionais). Cf. CARVALHO, Ernani Rodrigues, op. cit., p.5.

A Constituição de 1934 introduziu profundas e significativas alterações, determinando que a declaração de inconstitucionalidade somente poderia ser realizada pela maioria da totalidade de membros dos tribunais (regra do *full bunch*); atribuiu ao Senado a competência de suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Judiciário; instituiu a *representação interventiva*, confiada ao Procurador-Geral da República, a qual versava sobre conflitos federativos, aparecendo aqui os primeiros sinais do controle concentrado; o art. 68 da Constituição, trouxe uma limitação ao Judiciário, vedando-o de conhecer questões exclusivamente políticas.

Portanto, em 1934, a tendência desenhada em 1891, de formalização da participação do Judiciário na solução dos conflitos públicos, ganhou força com a possibilidade de o Procurador-Geral da República interpor uma *representação interventiva* no tocante aos conflitos federativos. Apesar da possibilidade de ter-se uma judicialização, esta se mostrou muito contida, pois a titularidade da representação de inconstitucionalidade ficou restrita ao Procurador-Geral da República, o que significa que o *poder de judicializar* estava nas mãos do Presidente da República, haja vista a grande afinidade daquele com a presidência.

Não obstante, os efeitos da judicialização estavam reservados às esferas estadual e municipal, o que significa que a judicialização dos conflitos entre os entes federados (Estados e Municípios) passa a ser feita pelo Procurador-Geral da República sob coordenação efetiva do Presidente da República, o que corrobora a tendência centralizadora da política no Brasil e torna o controle de constitucionalidade instrumento desta centralização. Trata-se de uma *judicialização tutelada* (controlada/centralizada) dos conflitos políticos federativos²⁴⁰.

Com a Emenda Constitucional nº. 16, de 26/11/1965, instituiu-se, ao lado da *representação interventiva*, e nos mesmos moldes, o controle abstrato de normas, estaduais e federais, ampliando a capacidade do Procurador-Geral da República de *judicializar conflitos políticos*, tornando-se, na prática, o único intérprete da constitucionalidade abstrata das leis.

Esta nova prerrogativa do Procurador-Geral da República transferiram-lhe para o centro das disputas políticas, pois, autoridades políticas desprovidas de legitimidade legal para propor ação declaratória de inconstitucionalidade queriam que o Procurador-Geral da República se tornasse porta voz de seus interesses²⁴¹. A arquitetura institucional imposta pelo regime militar, em relação ao controle de constitucionalidade, amplia a centralização,

²⁴⁰Cf. CARVALHO, Ernani Rodrigues, p. 9 a 11.

²⁴¹Quando o Procurador entendesse que a argüição era improcedente não a encaminharia; e ela só poderia entrar no tribunal por mãos do Procurador. Então, ele se tornaria um julgador ou, pior do que isso, trancaria o processo. A Procuradoria-Geral da República seria uma antecâmara de onde não poderiam passar representações. Cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva & MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. SP: Saraiva, 2001, p. 45-66.

caracterizada pelo monopólio da propositura por parte do Procurador-Geral da República e pela tutela do uso deste mecanismo pelo forte vínculo político desta autoridade com o Presidente da República.

A Constituição de 1988 amplia o *rol dos legitimados* para a interposição da ação direta de inconstitucionalidade, rejeitando o modelo adotado na maioria dos países que possuem o controle abstrato, nos quais a legitimidade para propor a ação está restrita a 1/3 do Parlamento. Portanto, o controle de agenda sobre o que pode ser judicializado é bem mais rigoroso que o brasileiro²⁴². Os legitimados ativos do artigo 103 da Constituição foram responsáveis pelo certo esvaziamento do controle difuso, sendo que a preferência pelo modelo concentrado faz-se presente sob dois pontos de vista: a) *político*: a ausência de um custo político para quem propõe a ação, a possibilidade de veto de uma proposta do Executivo ou da maioria legislativa, o caráter de maior visibilidade de uma ação direta de inconstitucionalidade e seu efeito midiático provocado pela abrangência *erga omnes* da decisão; b) *jurídico*: a ampla legitimação (com a *quebra do monopólio* do Procurador-Geral da República para exercer o controle abstrato de inconstitucionalidade) e a celeridade desse modelo processual, dotado da possibilidade de se suspender, imediatamente, a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido cautelar.

Portanto, o desenho do controle concentrado e suas conseqüências para o fenômeno da “judicialização da política” estão relacionados a duas variáveis: a) *autonomia do Judiciário*, sem a qual seria muito difícil a constituição de um cenário propício à “judicialização da política”. Essa autonomia foi sendo conquistada durante a história republicana brasileira e tem na Constituição de 1988 seu melhor momento (garantias funcionais); b) *quantidade de legitimados ativos*: o aumento do número de legitimados ativos na Constituição de 1988 quebrou o monopólio de propositura da ação de revisão abstrata do Procurador-Geral da República, o que culminou também com o aumento expressivo do número de ações.

Oliveira (2005) trata a “judicialização da política” como um processo em três fases, que implica: primeiramente, o acionamento do Judiciário através do ajuizamento de processos – o que denomina *politização da justiça*; em segundo lugar, no julgamento do pedido de liminar (quando houver); e, por último, no julgamento do mérito da ação, que enseja a *judicialização da política* propriamente dita, ao que a autora denominada de *ciclo da judicialização*²⁴³.

²⁴²Tudo indica que as discussões doutrinárias em torno do monopólio da propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade por parte do Procurador-Geral da República durante o regime militar tenham potencializado o vigor do constituinte em ampliar o rol de entes capacitados.

²⁴³Cf. OLIVEIRA, Vanessa Elias. **Judiciário e Privatizações no Brasil: Existe uma Judicialização da Política?** In: DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 48, nº 3, 2005, pp. 559 a 587.

Portanto, entende a autora que não se pode falar em *judicialização da política* somente em função do acionamento do Judiciário pela sociedade civil, pelos partidos políticos ou pelo Ministério Público (o que seria a primeira etapa do ciclo), sem que haja uma resposta (isto é, o julgamento – de mérito ou cautelar) às ações impetradas. A “judicialização da política” implica na capacidade do Judiciário intervir em políticas públicas, interferindo ou alterando, o *status quo* vigente. Só há judicialização quando juízes apresentam uma *postura política ou ideológica contrária àquela predominante nas instituições majoritárias, opondo-se, assim, às políticas por estas adotadas*²⁴⁴.

A autora estudou o papel do Poder Judiciário brasileiro no processo de privatização de empresas estatais²⁴⁵ e concluiu que o *ciclo da judicialização* não foi completado: as ações impetradas teriam provocado uma *politização da justiça*, mas não conseguiram barrar a política adotada pelo Governo e não foram instrumento eficientes para alterar o rumo do quadro vigente no momento, qual seja, o de um processo de privatizações em curso, implementado pelo governo como parte de uma política pública mais ampla de reforma do Estado brasileiro. O único resultado obtido foi o *retardamento* do processo, mas não o seu *cancelamento em função das ações impetradas*. Por fim, dois estudos ainda merecem menção.

Castro (1997) verifica que 94,54% dos conflitos julgados pelo STF (no primeiro semestre de 1994) são entre autoridades públicas e partes privadas e a produção jurisprudencial rotineira do STF é concentrada nos processos em que se discute o pagamento de exações fiscais – tributos e contribuições – (58,1%). Com exceção da política tributária, o STF preponderantemente não tem desenvolvido jurisprudência de proteção a direitos individuais e em contraposição às políticas governamentais²⁴⁶.

Da Ros²⁴⁷ (2006), procura verificar a capacidade restritiva apresentada pelo STF às políticas que o Executivo busca implementar através de medidas provisórias (MP's). Na análise de 333 ADINs propostas diretamente contra MP's editadas pelo Presidente da República até março de 2005, verificou-se que o STF tende a atuar muito timidamente no que se refere ao controle da atividade legislativa do Presidente da República: apenas uma foi julgada integralmente procedente (em desfavor ao Poder Executivo).

²⁴⁴Definição emprestada de Tate (1995), op. cit.

²⁴⁵O estudo analisou 39 ADIN's ajuizadas entre 1988 e 2002 (das quais houve o deferimento liminar, no todo ou em parte, de apenas 04), e também outras 842 ações judiciais que não ADIN's, ajuizadas perante a primeira instância do *sistema de justiça* e seus recursos junto aos tribunais respectivos.

²⁴⁶CASTRO, Marcus Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política**. In: Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 12, nº. 34, junho 1997, p. 147-156.

²⁴⁷Cf. DA ROS, Luciano. **Supremo Tribunal Federal como veto player? Judicialização da Política e restrições à edição de medidas provisórias no Brasil pós-1988**. Paper apresentado na XIV Jornadas de Jovens Pesquisadores da AUGM. Unicamp, 2006.

Importante para um fechamento (mas não esgotamento) desse mapa evolutivo da “judicialização da política” no Brasil²⁴⁸ a referência à chamada *doutrina brasileira do habeas corpus*, desenvolvida pelo STF na República Velha. A Constituição de 1891, em seu art. 72, § 2º, estabelecia que “*dar-se-á o habeas corpus sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder*”. À falta de outras ações constitucionais aptas a amparar com presteza e efetividade ameaça ou lesão a direito levaram o STF a admitir a utilização do *habeas-corpus* para proteção de outros direitos que não a liberdade de locomoção, no que seria para Rodrigues (1991) a maior criação jurisprudencial brasileira²⁴⁹. Assim, até a reforma constitucional de 1926 – que restringiu tal instituto à violação da liberdade de locomoção –, o *habeas-corpus* foi utilizado para inúmeros fins, como a posse de parlamentares (para garantia da imunidade parlamentar em período de anormalidade institucional, com sucessivas decretações de estados de sítio ou intervenções federais nos estados), a liberdade de imprensa e a liberdade de reunião²⁵⁰.

O amplo mosaico das abordagens expostas revela que o processo de “judicialização da política” é um fenômeno multifacetado, e que não pode ser agrupado em uma teoria unificada, mas que possui alguns eixos/núcleos definidores comuns, expostos, grosso modo, a seguir. Primeiramente, é preciso um desenho/arranjo institucional particular como pré-condição para que ocorra a “judicialização da política”: democracia, separação/divisão de poderes, política de direitos (positivados ou não em uma carta de direitos), Constituição escrita e rígida, sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade (abstrato ou difuso), autonomia política do Judiciário, posição institucional do Tribunal Constitucional/Corte Suprema como *veto-player*, são elementos indispensáveis para que a política seja judicializada. Em segundo lugar, é preciso estar diante de uma variável comportamental atribuível aos tribunais/juízes, qualificada como *ativismo judicial*, isto é, a disposição de juízes de participar do processo decisório que poderia ser deixado às outras instituições e de substituir suas decisões políticas.

²⁴⁸Cite-se, por referência, a tese de Mello sobre as *reversões institucionais entre os poderes*, onde o autor entende que a ampliação da competência material da Justiça do Trabalho (para julgar questões relativas à relação de trabalho e não apenas de emprego) pela Emenda Constitucional 45/04 é típico caso de *reversão institucional*. O Judiciário – o TST – teria firmado uma ampla jurisprudência favorável a esta ampliação de competência, a qual foi, posteriormente, apenas “ratificada” pela EC 45/04: ou seja, o Judiciário teria legislado (o Legislativo teria ratificado mudanças implementadas pelos juízes). Cf. MELLO, Marcelo Pereira. **Reversões institucionais entre os Poderes: quando o Judiciário legisla**. *Paper* apresentado no Encontro da ABCP. BH/MG, 2006.

²⁴⁹Cf. RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal: 1910-1926: doutrina brasileira do habeas corpus**. RJ: Civilização Brasileira, 2ª Ed., 1991, vol. 3, p. 17.

²⁵⁰O enfoque da “judicialização da política” por meio do mecanismo do controle de constitucionalidade das leis não significa que aquela não possa se dar através de outros tipos de ações judiciais. Um excelente exemplo nesse sentido provém do exame que Koerner realizou sobre a importância política dos processos de *habeas-corpus* envolvendo os conflitos entre as oligarquias estaduais durante a República Velha no âmbito do STF, e sua conexão com a política oligárquica da época. Cf. KOERNER, Andrei. **O poder judiciário no sistema político da primeira República**. In: Revista USP nº. 21, 1994, p. 58-69.

Em terceiro lugar, é preciso estar diante de uma variável comportamental atribuível a atores sociais diversos, identificável nos usos sociais dos tribunais pelos grupos de interesse e agentes institucionais e nos usos sociais dos tribunais pela oposição/minoria política (fundamentalmente, nos diversos usos sociais do controle de constitucionalidade).

Em quarto lugar, é necessário inscrever o processo de “judicialização da política” no quadro de alterações estruturais ocorridas nas instituições políticas das democracias ocidentais da segunda metade do século XX: as atribuições programáticas do *Welfare State* atribuíram uma atuação positiva do Estado, deslocando o judiciário para o centro da conflituosidade social na função de combate à criminalidade política e de concretização de direitos sociais; a inefetividade das instituições majoritárias em atender às demandas sociais provocaram a assunção da cota-parte de responsabilidade política dos tribunais na promoção do bem-estar social (com o fim da neutralidade política do juiz); a delegação de poder às cortes pelas instituições majoritárias (quer como resposta à inefetividade das instituições majoritárias, quer como mecanismo de fuga de altos custos políticos em matérias de grande discordância moral e/ou política, quer como insulamento do controle da política majoritária). Todas estas alterações são fatores condicionantes da “judicialização da política”.

Em quinto lugar, nos países que adotam o controle abstrato de constitucionalidade, o circuito *politização da Justiça Constitucional/judicialização do processo legislativo* deve estar presente, além da *intermediação de uma comunidade plúrima de intérpretes* que se aproprie de inovações do texto constitucional como novo espaço de participação democrática. Em sexto lugar, é importante ter-se a construção de formulações teóricas que legitimem a atuação da jurisdição constitucional, como ilustram as idéias de *democracia constitucional*, de Dominique Rousseau (2002), e de *soberania complexa*, de Rosanvallon (2000), a qual admite os Tribunais Constitucionais como inseridos em uma *representação funcional* de uma *democracia inacabada* no seio de uma Sociedade pluralista.

Ainda, é possível descrever a variável histórico-temporal do processo de “judicialização da política”, inventariada por Tate e Vallinder (1995) como resultado a) da reação democrática em favor da proteção de direitos e contra as práticas totalitárias da II Guerra Mundial na Europa, que deu origem a carta de direitos na Lei Fundamental Alemã; b) da preocupação das esquerdas como a defesa de “direitos” contra “oligopolistas e oligarcas”, como no caso do trabalhismo inglês (nos anos 50) ou sueco (anos 70); c) do resgate intelectual e acadêmico de teorias de “direitos liberais”, presente em autores como Kant, Locke, Rawls e Dworkin; d) da influência da atuação da Suprema Corte americana (especialmente a chamada *Warren Court*, nos anos 50-60); d) da tradição europeia

(*kelseniana*) de controle da constitucionalidade das leis via Tribunais Constitucionais; f) dos esforços de organizações internacionais de proteção de direitos humanos, sobretudo a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948).

A esse rol não taxativo, acresçam-se as condicionantes psíquico-sociais constantes nas abordagens de Garapon (2001), para quem a ascensão do poder judicial não é explicada apenas pela modificação das instituições políticas, mas também como a expressão de uma evolução do *individualismo moderno* (a justiça ocuparia o lugar deixado vago pela religião); de Maus (2000), para quem o judiciário deve ser visto como o novo *superego da sociedade órfã*, em substituição à figura do pai; e de Habermas (1989), para quem as relações sociais seriam *colonizadas* pela crescente atividade reguladora do Estado através do Direito.

Esses traços comuns compõem o conjunto de causas/condicionantes necessárias como aportes para a elaboração de uma teoria da “judicialização da política”, tarefa ainda pendente de realização. Todavia, é preciso não perder de vista as especificidades do fenômeno em cada experiência constitucional, cuja diversidade institucional foi demonstrada no capítulo sobre os diversos usos do controle de constitucionalidade. Os dois capítulos retro trataram das *bases institucionais e sociais* da “judicialização da política”: do desenho institucional do controle de constitucionalidade e de seus usos sociais pelos atores sociais, políticos e econômicos. No próximo capítulo serão expostas as dimensões normativas da “judicialização da política”, com o que se espera agregar os elementos de conteúdo jurídico-dogmáticos para a sua compreensão (as *bases normativas* da judicialização).

3 AS DIMENSÕES NORMATIVAS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

3.1. CONSTITUCIONALISMO, TEORIA CONSTITUCIONAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

O objetivo deste capítulo é delinear alguns dos traços marcantes da experiência constitucional contemporânea como forma de inserir o fenômeno da “judicialização da política” em sua dinâmica normativa. Em outros termos, trata-se de esboçar, em linhas gerais, a evolução histórica do controle de constitucionalidade e de expor certos conteúdos jurídicos que tem servido para moldá-lo a partir de uma perspectiva interna (do próprio direito constitucional), o que, por conseqüência, tem contribuído para a compreensão das diversas manifestações institucionais de uma política judicializada, como definido anteriormente. Se nos capítulos anteriores o objetivo foi traçar as dimensões institucionais da “judicialização

da política”, isto é, a inter-relação dos sistemas de controle de constitucionalidade no interior do sistema político, bem como os usos sociais daquele pelos atores sociais, o objetivo aqui é verificar seus “materiais” jurídicos propriamente ditos.

3.1.1 Notas sobre a evolução do constitucionalismo e a “expansão” da jurisdição constitucional no século XX

A história do fenômeno constitucional e sua percepção no constitucionalismo ocidental pode ser dividida, tipologicamente, em três grandes fases: na primeira fase, *da antiguidade clássica às revoluções liberais*, não há o termo Constituição, e esta é percebida como realidade político-social produzida pela história (Constituição como fato); na segunda fase, *das revoluções liberais até as grandes guerras*, a Constituição é percebida como instrumento jurídico, mas com força normativa limitada pelo/ou dependente do processo político; na terceira fase, *dos pós-guerras aos nossos dias*, há um notável recrudescimento do fenômeno constitucional, quando a Constituição passa a ser percebida como instrumento jurídico com força normativa própria e garantida por autêntica e específica jurisdição: a jurisdição constitucional (máxime pelo modelo europeu de tribunais *ad doc*). De instrumento jurídico que regulava o campo da política (direito político) a Constituição passou a regular vários aspectos da vida social. O uso comum do termo constitucionalismo é feito em referência, geralmente, a certos momentos de uma reflexão sobre a experiência político-jurídica relativa à organização do poder, momentos próprios da história européia e americana²⁵¹.

Circunscrito historicamente – acepção histórica –, o *constitucionalismo moderno* é o movimento político, social e cultural de um período bem definido (século XVI ao XVIII), cujas idéias e soluções práticas têm como nascedouro as revoluções francesa e americana; o original do *constitucionalismo moderno* consiste em sua aspiração a uma Constituição escrita, que contenha uma série de normas jurídicas organicamente relacionadas com elas, sugerindo uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político, em oposição ao *constitucionalismo antigo*²⁵² da tradição medieval, que se expressava em leis fundamentais consuetudinárias. Todavia, com Matteucci (1998), percebe-se que o constitucionalismo indica não tanto um período histórico, senão um “tipo ideal” para refletir sobre a realidade histórica, uma categoria analítica para mostrar aspectos particulares da experiência política. Em suma, é

²⁵¹ Nessa mesma periodização, é possível qualificar três fases evolutivas: a do constitucionalismo liberal, a do constitucionalismo social e a do constitucionalismo pós-45.

²⁵² Por vezes se designa *constitucionalismo antigo* todo o esquema de organização político-jurídica que precedeu o *constitucionalismo moderno*, cabendo nesse conceito amplo, as “experiências constitucionais” grega e romana.

uma *técnica de liberdade* contra o poder arbitrário²⁵³, ou como expressa Canotilho (2003), o *constitucionalismo moderno* representa uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. Nessa acepção normativa, *constitucionalismo moderno* é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos, dando nascimento à Constituição moderna, cujas dimensões fundamentais que ela incorpora são: a) ordenação jurídico-política plasmada num *documento escrito*; b) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de direitos fundamentais e de um respectivo modo de garantia; c) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um *poder limitado*²⁵⁴.

Contudo, as características deste “tipo ideal” não correspondem a nenhum dos três grandes modelos históricos de constitucionalismo: o inglês, o francês e o americano. Apesar de deter-se sobre os temas centrais do *constitucionalismo moderno* – fundar, ordenar e limitar o poder político; reconhecer e garantir os direitos e liberdades dos indivíduos –, as manifestações históricas desses três “tipos ideais” não se confundem. Se o *constitucionalismo moderno* é uma teoria normativa do governo limitado e das garantias individuais, é possível, como o faz Canotilho (2003:54), captar os contornos principais de suas expressões históricas através de modelos teóricos capazes de explicar o desenvolvimento da idéia constitucional.

O constitucionalismo inglês (*modelo historicista*) tem a marca do *evolucionismo*, possuindo como traço caracterizador a garantia de direitos adquiridos, traduzida no binômio liberdade/propriedade, e sua regulação através de contratos de domínio do tipo Magna Charta. A evolução dos momentos constitucionais do modelo inglês, sua cristalização histórico-constitucional, da *Magna Charta* (1215) à *Petition of Rights* (1628), do *Habeas Corpus Act* (1679) ao *Bill of Rights* (1689), conduzirá à sedimentação de suas dimensões estruturantes: primeiro, a liberdade radicou-se como liberdade pessoal de todos os ingleses e como segurança da pessoa e dos bens de que se é proprietário; segundo, a garantia da liberdade e da segurança impôs a criação de um processo justo regulado por lei (*due process of law*), onde se estabelecessem as regras disciplinadoras da privação da liberdade e propriedade; terceiro, as leis do país (*laws of the land*) reguladoras da tutela das liberdades são dinamicamente interpretadas e reveladas pelos juízes – e não pelo legislador – que, assim, vão cimentando o chamado direito comum (*common law*); em quarto lugar, a partir da Revolução Gloriosa (1688), ganha estatuto constitucional a idéia de *representação e soberania parlamentar*.

²⁵³Cf. MATTEUCCI, Nicola. **Organización del Poder y Libertad. Historia del Constitucionalismo Moderno**. Madrid: Trotta, 1998, p. 23-5. Sobre a divisão do constitucionalismo entre antigo/moderno, por todos: MC ILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism – Ancient and Modern**. N.York: Cornell University Press, 1974.

²⁵⁴Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, 7ª Ed., p. 52.

A soberania do Parlamento²⁵⁵ exprimirá a idéia de que o poder supremo exerce-se através da forma da lei do parlamento (*rule of law*).

Em contraposição a este modelo, tem-se o paradigma do constitucionalismo francês (*modelo individualista*), marcado pelo *construtivismo* político-constitucional, isto é, pela idéia de uma ruptura com a ordem social anterior – o *Antigo Regime* – e a criação de um novo regime, cuja arquitetura política precisava de um “plano escrito”, de uma Constituição. A Revolução Francesa procurava edificar uma nova ordem sobre os direitos naturais dos indivíduos – eis o primeiro momento individualista – e não com base em posições subjetivas dos indivíduos enquanto membros integradores de uma ordem jurídica estamental. Os direitos dos homens eram individuais e o momento fractal do individualismo repercute-se na fundação do novo poder político: a ordem política é conformada através de um *contrato social* assente nas vontades individuais, plasmado em uma das categorias-chave do constitucionalismo moderno, que é a categoria do *poder constituinte* originário pertencente à nação, o único que, de forma autônoma e independente, poderia criar a lei superior, isto é, a Constituição²⁵⁶.

Os dois modelos refletem duas tradições que não pararam de se confrontar desde a “invenção da Constituição” em 1776 e 1789²⁵⁷. Diferentemente do evolucionismo da Inglaterra e sua Constituição mista, protótipo de uma Constituição no sentido aristotélico de *politéia*, de organização consuetudinária da sociedade, que produz tradição, história e experiência, mais reflexo de uma estruturação espontaneísta do que produção deliberada da razão legisladora, para o constitucionalismo revolucionário francês, a Constituição é, antes de mais nada, um ato “desconstituinte”, uma ruptura irreversível com a ordem constitucional anterior, uma inversão definitiva das instituições herdadas do passado, e, ao mesmo tempo, um ato “reconstituinte”, instituindo uma nova ordem jurídica²⁵⁸.

O constitucionalismo americano²⁵⁹ (*modelo estadualista*) se afasta do historicismo inglês e se aproxima do modelo francês em relação ao momento fundador.

²⁵⁵O rei – *King in Parliament* –, os comuns e os lordes formavam uma espécie de “soberania colegial”, elemento estruturante de uma *Constituição mista*, onde o poder não está concentrado nas mãos do monarca, antes é partilhado por ele e por outros órgãos do governo. Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes, op. cit., p. 55-56.

²⁵⁶Como é corrente, pertence ao pensamento de Sieyès – *Qu’ est-ce que le tiers État?* – a formulação teórica do *poder constituinte originário*, com suas características de inicialidade (inicia/funda a ordem jurídica), ilimitação (não é limitado pelo direito anterior) e incondicionamento (não há forma especial para sua manifestação).

²⁵⁷Cf. TROPER, Michel, JAUME, Lucien. **1789 et l’invention de la Constitution**. Paris: LGDJ-Bruylant, 1994.

²⁵⁸Trata-se da Constituição-produto da história (perspectiva *não-fundacional*) x Constituição-ato de vontade (perspectiva *fundacional*). Cf. OST, François. **O Tempo do Direito**. Lisboa: Piaget, 1999, p. 267-268.

²⁵⁹O período entre 1776 e 1787 é marcado na América pela intensa atividade de redação de novas Constituições e de seu aperfeiçoamento técnico; até 1778, onze dos trezes estados americanos tinha adotado uma Constituição escrita (contendo declarações de direitos e limitação de poderes) um fato revolucionário na história do constitucionalismo. A influência inicial é da Constituição de Virgínia de 1776, seguida pela da Pensilvânia e a culminação do processo constituinte dá-se com a de Massachusetts. Cf. MATTEUCCI, N., op. cit., p. 161-170.

A Constituição de 1787 é a manifestação-decisão do povo americano contra a onipotência do parlamento inglês que impõe impostos sem representação (*taxation without representation*). Aqui se tem o momento *We the People*, ou seja, o momento em que o povo toma decisões; aos olhos dos colonos americanos ganhava contorno a idéia de que existem decisões – raras – tomadas pelo povo, em contraposição às tomadas cotidianamente pelo governo, a que corresponde os “momentos constitucionais²⁶⁰”. Todavia, diferentemente dos revolucionários franceses, não se pretendia tanto reinventar um soberano onipotente (a nação), nem projetar uma programação racional e sistemática do futuro através de um documento escrito, mas, antes, permitir ao corpo constituinte do povo fixar num texto escrito as regras disciplinadoras e domesticadoras do poder, oponíveis, se necessário, aos governantes que atuassem em violação da Constituição, concebida como lei superior (*higher law*). Esta concepção justificará a elevação do poder judicial como verdadeiro defensor da Constituição.

Portanto, o movimento constitucional gerador da Constituição em sentido moderno tem várias raízes localizadas em horizontes temporais diacrônicos e em espaços históricos geográficos e culturais diferenciados. Nos séculos XIX e XX, afirma Matteucci (1998:24), teremos somente uma imitação dos grandes modelos (inglês, francês, americano), ou simples variações em temas que tem sua gramática já bem consolidada. Importante assinalar que estas manifestações históricas estão circunscritas ao ciclo do *constitucionalismo liberal* (cujo tema central é o do governo limitado), o qual é confrontado/complementado no início do século XX pelo ciclo do *constitucionalismo social*, em que a ordem social e econômica são disciplinadas, sistematicamente, no textos das Constituições, positivando catálogos de direitos sociais, cujos paradigmas são a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição alemã de Weimar (1919).

O direito constitucional decorrente desses ciclos constitucionais é, fundamentalmente, um *direito constitucional institucional*, isto é, que tem por objeto as instituições políticas e os esquemas de organização e limitação do poder político. Após a Segunda Guerra Mundial, o constitucionalismo (em suas múltiplas vertentes) sofre profundas e irreversíveis mutações, das quais Favoreau (2002) aponta: *a dessacralização da lei* (em virtude das experiências nazifacistas, e da constatação de que o legislador é falível, é preciso se proteger contra ele; a lei não é mais o centro do sistema normativo); *a expansão do constitucionalismo* devido ao fenômeno da descolonização afro-asiática, provocando a multiplicação de textos constitucionais nos Estados nascentes; *a difusão internacional da ideologia dos direitos humanos* através da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e da Declaração

²⁶⁰Diferenciação encontrada na fórmula de *democracia dualista* de Bruce Ackerman, que será vista adiante.

Européia dos Direitos do Homem de 1950, que coloca em primeiro plano o indivíduo frente ao Estado; a *aparição da Justiça Constitucional*, como elemento fundamental dos sistemas constitucionais europeus²⁶¹. Este último é, certamente, um dos mais importantes eventos da história do constitucionalismo, chegando ao ponto de um constitucionalista pátrio apontar que a *Constituição foi reinventada pela jurisdição constitucional*²⁶².

Atualmente, discute-se o conceito de *constitucionalismo multinível*²⁶³ e suas derivações: *teoria da interconstitucionalidade*²⁶⁴, *constitucionalismo cooperativo*²⁶⁵, *constitucionalismo global*, os quais se debruçam sobre as relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflitos de várias Constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político. Trata-se do intrincado problema da articulação entre Constituições e da afirmação de poderes constituintes com fontes e legitimidades diversas no âmbito do processo mundial contemporâneo de globalização.

Ao lado dos amplos processos de *internacionalização dos direitos humanos*²⁶⁶, assinala-se o fenômeno da “europeização” do Direito do velho continente. A influência das normas comunitárias sobre o direito interno dos países europeus é enorme, sobretudo em face de dois princípios construídos pela jurisprudência da Corte de Justiça das Comunidades Européias: o *princípio da aplicabilidade imediata*, segundo a qual as normas comunitárias ingressam e tornam-se aplicáveis nos ordenamentos dos Estados-membros assim que editadas, independentemente de qualquer procedimento específico de incorporação; e o princípio *da supremacia das normas comunitárias*, pelo qual se considera que estas normas posicionam-se acima daquelas editadas internamente por cada Estado, inclusive de suas Constituições²⁶⁷.

²⁶¹Cf. FAVOREAU, Louis et alii. **Droit Constitutionnel**. Paris: Dalloz, 2002, 5ª Ed., p. 22.

²⁶²SAMPAIO, J. A. Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. BH: Del Rey, 2002.

²⁶³Cf. AMIRANTE, Carlo. **Principles, Values, Rights, Duties, Social Needs and the Interpretation of the Constitution. The hegemony of multi-level governance and the crisis of constitutionalism in a globalised world**. In: NERGELIUS, Joakim et alii. *Challenges of Multi-Level Constitutionalism*. 21 World Congress “Law and Politics in Search of Balance”. Sweden. 12-18 august, 2003.

²⁶⁴Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 263-280.

²⁶⁵Cf. HABERLE, Pete. **El Estado Constitucional**. Trad. Hector Fix-Fierro. México: UNAM, 2003.

²⁶⁶O direito internacional dos direitos humanos tem fixado em tratados/convenções internacionais os parâmetros mínimos de proteção dos direitos humanos. Os *sistemas regionais* de proteção de direitos humanos mais importantes são a Corte Européia de Direitos Humanos (controla/aplica a Convenção de 1950) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (controla/aplica a Convenção de 1969). O sistema europeu permite o acesso direto de indivíduos, grupos e ONGs a sua jurisdição, enquanto no sistema interamericano este acesso é restrito à Comissão Interamericana e aos Estados-membros. Para uma análise mais aprofundada, veja-se: PIOVESAN, Flávia. **Constitucionalização do Direito Internacional: Um Estudo Comparativo dos Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et alii, 2007, op. cit., p. 561-683.

²⁶⁷Este princípio não teve aceitação pacífica e gerou conflitos com várias Cortes Constitucionais, como a alemã, italiana e francesa. Para a análise da “judicialização da política” na inter-relação da Corte Européia de Justiça com os atores nacionais (tribunais, órgãos políticos e acadêmicos) vide WEILER, J. H.H., **A Quiet Revolution. The European Court of Justice and Its Interlocutors**. In: *Comparative Politics Studies*, 1994, 510-534.

Este quadro teórico permite inferir que não há “o” constitucionalismo, mas “os” constitucionalismos. A identificação daquele com a fórmula clássica do artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (“*Toda sociedade, em que não for assegurada a garantia dos direitos e determinada a separação dos poderes, não tem Constituição*”) é assaz ampla para permitir delinear aspectos únicos e uma definição imutável. Principalmente, pelo fato de que os esquemas histórico-concretos de limitação do poder e de garantia dos direitos são variados. Os *códigos de observação* de ordenamentos jurídicos concretos permitem identificar distintas soluções para a *separação/divisão de poderes*²⁶⁸; para a *supremacia do direito*²⁶⁹ (a submissão do poder ao Direito – o governo das leis sobre o governo dos homens – possui inúmeras conformações históricas, sendo possível identificar quatro modelos de supremacia do Direito: o *rule of law* inglês²⁷⁰; o *rule of law* americano²⁷¹; o *État legal* francês²⁷²; o *Rechtsstaat* alemão²⁷³); para a positivação e *garantia dos direitos*. Apesar de não haver uma definição objetiva de constitucionalismo, em sentido amplo, é possível, como o faz Rosenfeld (1994), delinear seu núcleo comum: o *constitucionalismo moderno* requer a imposição de limites aos poderes do governo, a adesão ao Estado de Direito e a proteção dos direitos fundamentais, e seus múltiplos modelos de conformação histórica²⁷⁴.

Da mesma forma, Häberle (2006), traça os elementos concretos da atual evolução do *tipo ideal* Estado Constitucional, guardadas suas variantes nacionais: 1) dignidade da pessoa humana, 2) democracia pluralista; 3) os direitos fundamentais; 4) a divisão de poderes; 5) a

²⁶⁸A teorização *montesquieuana* da separação dos poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário; os *checks and balances madisoniano*; ambas em dimensão horizontal, e o federalismo como divisão vertical de poderes.

²⁶⁹Para um estudo aprofundado do Estado de Direito e suas diversas experiências históricas, vide o excelente ZOLO, Danilo. **Teoria e Crítica do Estado de Direito**. In: **O Estado de Direito. História, teoria e crítica**. COSTA, Pietro, ZOLO, Danilo (Orgs.). SP: Martins Fontes, 2006, p. 3-94. E também: MENAUT, Antonio-Carlos P. **Rule of Law o Estado de Derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2003.

²⁷⁰O *rule of law* inglês, cujo maior teórico é DICEY (*The Law of the Constitution*, de 1885), opera através do princípio do *due process of law*, permitindo a igualdade de acesso dos cidadãos aos tribunais para afirmação de seus direitos fundados na *common law*. O Parlamento exerce seu primado normativo, principalmente, em relação ao Executivo; a elaboração e tutela dos direitos subjetivos são atribuições, de fato, dos juízes da *common law*.

²⁷¹O *rule of law* americano – integrante do sistema da *common law*, mas com Constituição codificada –, diferencia-se do modelo inglês pela afirmação do princípio da supremacia da Constituição e da *judicial review*.

²⁷²A vertente francesa da supremacia do Direito – *État legal* – é a da suprema da lei, ato formal do Parlamento, fonte da soberania popular (*volonté generale*), o que fornece bases para o controle da administração, mas não do próprio legislador (que age sem limites). A metamorfose rumo a um típico *État de Droit* – defendido em 1920 por Carré de Malberg (*Contribution à la Théorie Générale de l’État*) – dá-se a partir da Constituição de 1958.

²⁷³Os princípios-guia do *Rechtsstaat* são: Constituição declarando direitos individuais (concebidos estatalmente, como na teoria dos “direitos públicos subjetivos” de Jeelineck); separação de poderes; lei como fonte do Direito de caráter geral e abstrato; mas, diversamente da vertente francesa, a legalidade abre-se a uma suprallegalidade (*racional*: como apanágio do racionalismo kantiano; *técnica*: a cultura jurídica alemã é de um Direito de professores; e *federativa*). O *Rechtsstaat* foi instituído pelos eventos de 1848-1849 pelo compromisso entre os liberais e o regime monárquico, afirmando-se como *Verfassungstaat* a partir de 1949. Cf. BOCKENFÖRDE, E. W. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Madrid: Trotta, 2000, p. 21 e segs.

²⁷⁴Cf. ROSENFELD, Michel. “**Modern Constitutionalism as Interplay Between Identity and Diversity**”. In: *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy. Theoretical Perspectives*. Durham and London: Duke University Press, 1994, p. 3.

independência dos tribunais; 6) a *rule of law*; 7) o direito organizatório; 8) o federalismo²⁷⁵. Nessa perspectiva háberliana, não é a Constituição só um texto jurídico senão também expressão de uma situação cultural dinâmica, meio de auto-representação e legado cultural de um povo (Constituição como cultura e não como norma)²⁷⁶.

Todavia, a aquisição evolutiva do constitucionalismo não seria a mesma sem um sistema de fiscalização/controlado de constitucionalidade, tendo a Justiça Constitucional se tornado o problema central do constitucionalismo contemporâneo, haja vista que é por via dela que a Constituição torna-se, efetivamente, normativa. Cappelletti (1999) vislumbra no *Dr. Bonham's case* de 1610 (em que Edward Coke afirma a supremacia do *common law* sobre os *statutes*), nos *Parlaments* franceses (que examinam a adequação dos éditos e outras leis reais às *lois fondamentales du Royaume*) e no *Privy Council* do rei (que ao longo do século XVIII declarava ou não a legitimidade e eficácia das leis aprovadas pelos colonos ingleses na América com as leis do Parlamento de *Westminster* e com as cartas coloniais outorgadas pela coroa britânica) antecedentes do controle judicial de constitucionalidade das leis²⁷⁷.

Como é cediço, todavia, o *nascimento* do moderno controle judicial de controle de constitucionalidade dá-se, como já referido, com a *judicial review* norte-americana no *case Marbury v. Madison* de 1803, em que a genialidade de Marshall afirmou a supremacia da Constituição e a competência do judiciário para o seu controle. Com efeito, há inúmeras classificações dos modelos de fiscalização/revisão de constitucionalidade, impossíveis de ser descritas nos limites deste trabalho. Exporemos, a seguir, de forma sintética, as tipologias clássicas dos sistemas de controle de constitucionalidade dos atos normativos, e sua expansão, levando em consideração que todos eles demandam como pressupostos: uma Constituição escrita, rígida e com superioridade formal/material em relação aos demais atos normativos. Os dois grandes modelos históricos de controle de constitucionalidade dizem respeito ao sujeito

²⁷⁵Cf. HÄBERLE, Peter. **Novos Horizontes e Novos Desafios do Constitucionalismo**. In: Revista de Direito Público, nº. 23, 2006, p. 99.

²⁷⁶De um ponto de vista jurídico, um povo tem uma Constituição; considerado culturalmente, de modo mais amplo, *está em forma constitucional*. Cf. HÄBERLE, Peter. **Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional**. Madrid: Trotta, 1998. Diz o autor que os textos constitucionais devem ser *cultivados* para que resultem em uma Constituição, no que se aproxima das idéias de *sentimiento constitucional* de Loewenstein e Pablo Lucas Verdú e de *vontade de Constituição* de Konrad Hesse.

²⁷⁷Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999, 2ª Ed., p. 45-64. Para um exame dos pressupostos ideológicos e doutrinários da jurisdição constitucional e seu vínculo com o jusnaturalismo vide: PRIETO SANCHIS, Luis. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003, p. 21-99. O autor assevera que haveria na justiça constitucional um *resíduo funcional do jusnaturalismo*, no sentido de que as Constituições vêm a desempenhar, com alcance diferente, a função que em outro tempo era desempenhada pelo direito natural. A *ideologia do controle de constitucionalidade* das leis equivaleria à idéia de que, acima do direito positivo estaria o direito natural. Como no jusnaturalismo, também o constitucionalismo partiria da ficção de uma *dupla fonte de normatividade*: antes Deus, a natureza, a razão; agora, o poder constituinte.

de controle: no *controle político*, apanágio do *modelo/sistema francês*, a fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos é feita pelos órgãos políticos; no *controle jurisdicional*, a competência para o exercício da fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos é reconhecida a qualquer juiz chamado a fazer a aplicação de uma determinada lei a um caso concreto submetido à apreciação judicial (*modelo/sistema americano ou difuso*), ou a competência para julgar acerca da constitucionalidade das leis é reservada a um único órgão, com exclusão de qualquer outro (*modelo/sistema austríaco ou concentrado*).

A resistência francesa ao controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, em razão da profunda desconfiança em relação aos juízes ligados ao *Ancien Regime*, é sobejamente conhecida, assim como a principal distinção entre os modelos austríaco e americano: o monopólio do exercício da fiscalização de constitucionalidade por um órgão específico (Corte Constitucional) naquele, e o exercício desta função por todos os juízes integrantes do aparelho jurisdicional neste, verificável nos binômios difuso/concentrado, descentralizado/centralizado, concentração/desconcentração desta competência, atribuível, respectivamente, a cada modelo.

O surgimento dos Tribunais Constitucionais *ad hoc* do modelo austríaco, como é corrente, deve-se à Kelsen, cuja construção teórica materializou-se na Constituição austríaca de 1920. Contrariamente à tese schmittiana, que via no Chefe do Executivo, especialmente na Alemanha, no Presidente do *Reich*, a personalidade encarnada do guardião da Constituição, Kelsen mostrava a preocupação de resguardar os valores democráticos através do Direito, vislumbrando um sistema concentrado de jurisdição constitucional: a) que passava pela consideração da Constituição como uma norma jurídica portadora dos valores supremos da ordem jurídica (*norma normarum*); b) cuja supremacia haveria de ser respeitada pela atuação de um tribunal especial, criado para se situar fora da organização jurisdicional ordinária; c) dotado de efeitos gerais e vinculantes²⁷⁸. Em face da especialidade de suas atribuições para controlar abstratamente a compatibilidade das normas inferiores à Constituição, a natureza jurídica do Tribunal Constitucional seria de um legislador especial: um *legislador negativo*²⁷⁹.

Favoreau (2004) faz um retrato das características comuns dos Tribunais Constitucionais europeus (chamado por ele de *modelo europeu* de Justiça Constitucional): o monopólio do contencioso constitucional (a jurisdição ordinária não pode conhecer do contencioso

²⁷⁸Respondendo à tese schmittiana, Kelsen escreveu, em 1931, o opúsculo “*Quem deve ser o guardião da Constituição*”, disponível em português na obra **Jurisdição Constitucional**. SP: Martins Fontes, 2003, p. 237.

²⁷⁹O Poder Legislativo dividir-se-ia em dois: o poder do *legislador positivo*, com a iniciativa de aprovar as leis, e o do *legislador negativo*, com poderes para anular as leis incompatíveis com a Constituição. Kelsen buscava reprimir a tendência crescente na Europa de um governo dos juízes, patrocinada pelas doutrinas da Escola Livre do Direito e suas variantes. Cf. GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 1985, p. 132.

reservado à Corte Constitucional²⁸⁰); a indicação de juízes não-magistrados pelas autoridades políticas (não são juízes de carreira que integram a corte²⁸¹); uma jurisdição fora do aparelho judicial; um ordenamento constitucional da corte (autonomia da corte, em relação aos demais poderes, definidas no texto da Constituição)²⁸². A *expansão* contínua da jurisdição constitucional, desde o fim do século XVIII até a época contemporânea, não se dá de forma linear. Inicialmente, tem-se a difusão dos modelos/sistemas francês e americano, com a recepção da *judicial review* americana, principalmente, nos países da América Latina.

Fromont (1996) identifica nesse primeiro momento – de 1776 a 1914 (do nascimento do controle de constitucionalidade nos EUA até a Primeira Guerra Mundial) – uma recepção parcial do modelo americano na América Latina²⁸³ (e.g., Argentina, Brasil e México) e em poucos países da Europa (Grécia, Noruega e Portugal).

Depois do surgimento do modelo austríaco em 1920, entrecruzando as classificações de Fromont (1996) e Rousseau (1998)²⁸⁴, assinala-se quatro *ondas de expansão da jurisdição constitucional*: a *primeira geração*²⁸⁵, após a Primeira Guerra Mundial (entre 1920 e 1937), com a implantação do modelo austríaco na Áustria (1920), Tchecoslováquia (1920), Alemanha (1919), Romênia (1923) e Espanha (1931), e do modelo americano na Irlanda (1937); a *segunda geração*, após a Segunda Guerra Mundial (1947-1975), com a legitimação e expansão dos Tribunais Constitucionais aos países europeus, como a Alemanha (1949), Itália (1948), França (1959), Turquia (1961); a *terceira geração*, com o ciclo de redemocratização (1976-1988) em Portugal (1976), Espanha (1978) e Grécia (1975); a *quarta geração*, após a queda dos regimes comunistas (depois de 1989), com a exportação e recepção de modelos de jurisdição constitucional para os países da Europa Central e oriental.

Fora da Europa e América Latina, tem-se, ainda, a exportação, circulação e recepção do modelo americano nos países circunscritos ao âmbito da *common law*, como Índia, Canadá, Austrália e África do Sul (este último, instaurando, também, uma Corte Constitucional).

²⁸⁰No modelo europeu-kelseniano, a Constituição é aplicada somente pelo Tribunal Constitucional; os juízes ordinários não aplicam a Constituição, senão a lei. O sistema se baseia em duas jurisdições separadas: de constitucionalidade e de legalidade. Cf. GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, op. cit., p. 55-59.

²⁸¹A estrutura organizacional do judiciário pode ser condição da “judicialização da política”. No modelo de Cortes Constitucionais europeias, a forma de *recrutamento* é política, não há *treinamento* funcional e o cargo é exercido por mandato, reforçando seu perfil democrático e o diferindo do modelo de *recrutamento* burocrático, *treinamento* corporativo e *ascensão* hierárquica (antiguidade/mérito) do modelo dos juízes ordinários dos países integrantes da família da *civil law*. Cf. GUARNIERI, Carlo, PEDERZOLI, Patrícia. **The Power of Judges. A Comparative Study of Courts and Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 140-141.

²⁸²Cf. FAVOREAU, Louis, 2004, op. cit., p. 27-33.

²⁸³A *originalidade* da recepção do modelo americano na América Latina estaria no *amparo* mexicano e seus congêneres. Cf. FROMONT, Michel. **La Justice constitutionnelle dans le monde**. Paris: Dalloz, 1996, p. 5-39.

²⁸⁴Cf. ROUSSEAU, Dominique. **La justice constitutionnelle en Europe**. Paris: Montchrestien, 1998, 3ª Ed.

²⁸⁵Para esta época veja-se, por todos: VILLALÓN, Pedro Cruz. **La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

A evolução de ambos os modelos de jurisdição constitucional revela uma tendência atual mitigadora, com aproximação de aspectos dos modelos políticos e jurisdicionais de controle de constitucionalidade, e entre as formas difusas e concentradas de fiscalização, tanto na Europa, quanto na América Latina, na alusão difundida da convergência dos sistemas da *common law* e *civil law*. Pegoraro (2005) aponta que Alemanha, Itália e Espanha são típicos exemplos de uma espécie de “via intermediária” entre os modelos americano e austríaco, na medida em que o incidente de inconstitucionalidade traduz-se como um elemento incidental num sistema concentrado²⁸⁶; entretanto, aqui, o elemento de “difusão” é encontrado somente na fase introdutória do processo, não na decisória.

Fernandez Segado (2004) é mais enfático, e aduz que a enorme expansão da Justiça Constitucional propiciou uma ampla hibridação de modelos, com a progressiva convergência entre os elementos dos sistemas americano e austríaco e com perda da utilidade analítica da bipolaridade modelo americano/europeu-kelseniano²⁸⁷. Leal (2007) lista esses elementos de convergência: a) o incidente de inconstitucionalidade como mecanismo aproximado ao controle incidental; b) a similitude entre o *stare decisis* e a eficácia *erga omnes*, conferindo às decisões proferidas no sistema americano efeito impositivo contra todos, à semelhança do modelo europeu; c) a flexibilidade no arbitramento das eficácias *ex tunc/ex nunc*, com prevalência para a eficácia *ex tunc* no modelo europeu, contrária aos postulados kelsenianos e próxima do modelo americano; d) a configuração da Suprema Corte, com o *writ of certiorari*, como órgão de Justiça Constitucional ao permitir a escolha dos casos constitucionais mais relevantes; e) a superação do perfil de legislador negativo nos países de sistema europeu²⁸⁸.

Além dessa clássica divisão centrada no *sujeito do controle* – político/judicial (modelos francês x americano) –, e da divisão do *controle judicial* quanto a seu *modo de organização* (difuso/concentrado, plasmado nos modelos americano x austríaco), há outras articulações, como as ancoradas no *modo do controle*²⁸⁹ (por via incidental x por via principal).

²⁸⁶Os juízes ordinários são obrigados a remeter a questão constitucional, surgida no curso de um caso concreto, à apreciação do Tribunal Constitucional, que detém o monopólio da fiscalização de constitucionalidade. Cf. PEGORARO, Lucio. **A circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional**. In: Revista de Informação Legislativa nº. 165, 2005, p. 59-76. Todavia, o juiz ordinário realiza um exame preliminar para verificar se há impedimentos de ordem constitucional que obstem a aplicação da lei, antes de remeter o incidente ao Tribunal Constitucional, num típico *duplo juízo de inconstitucionalidade*.

²⁸⁷Cf. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. **La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progressiva convergência de los sistemas americano y europeu-kelseniano**. México: Unam, 2004, p. 7.

²⁸⁸Cf. STIEFELMANN LEAL, Roger. **A convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais**. In: Rev. de Direito Constitucional e Internacional nº. 57, 2007, p. 61-81

²⁸⁹Na via incidental, a questão constitucional só pode ser argüida no curso de um processo, como *incidente* deste; na via principal, o Tribunal Constitucional ou Corte Suprema é acionada diretamente, através de um processo constitucional autônomo (e.g., a ADIn, ADC, ADIO, no Brasil; o recurso constitucional alemão, o amparo mexicano). A ADPF – exercitável no controle concentrado – possui ambas as vias: principal/incidental.

Na *fase do controle*²⁹⁰ (preventivo/a priori x sucessivo/repressivo/a posteriori); na *natureza do controle*²⁹¹ (controle abstrato/objetivo x controle concreto/subjetivo); nos *fins perseguidos*²⁹² (sistema centrado nas leis x sistema centrado na defesa dos direitos). Atualmente, os paradigmas mais influentes de jurisdição constitucional no cenário mundial são, certamente, por razões distintas, as experiências dos Estados Unidos e da Alemanha, onde a Suprema Corte e o *Bundesverfassungsgericht* fornecem os padrões de atuação mais modelares e seguidos pelos demais países.

Pontue-se, igualmente, o modelo inglês de ausência de fiscalização de constitucionalidade, no qual vigora a supremacia do Parlamento, e não da Constituição, ainda que a adoção do *Human Rights Act*, de 1998, possa significar uma inflexão desse dogma. Em todas as expressões da *expansão da jurisdição constitucional* ao redor do mundo, o controle de constitucionalidade é função proeminente, e junto à defesa dos direitos fundamentais e do contencioso dos conflitos constitucionais, compõe o seu núcleo comum (Tremps: 2003)²⁹³.

3.1.2 A constitucionalização do direito e o paradigma do *neoconstitucionalismo*

A *expansão* da jurisdição constitucional fez sobressair sua relação intrínseca com o processo de “judicialização da política”, ao qual está vinculado. A par de sua evolução, importa aferir dois fenômenos que estão diretamente relacionados à *expansão* da jurisdição constitucional: a constitucionalização dos ordenamentos jurídicos contemporâneos e o papel central daquela na definição do conteúdo material do conjunto de normas da Constituição. A *constitucionalização* do Direito é expressão de uso recente na linguagem jurídica e não possui um significado unívoco e permanente, abrangendo características distintas. Por *constitucionalização* do ordenamento jurídico Guastini (2003) entende um processo de transformação de um ordenamento jurídico, o qual resulta totalmente impregnado pelas

²⁹⁰No controle preventivo, a Corte Constitucional pronuncia a constitucionalidade ou não do ato normativo antes de sua aprovação pelos órgãos parlamentares, como na França e em Portugal (no Brasil há o controle preventivo no próprio processo legislativo, tanto em relação às comissões especiais do Congresso, quanto no poder de veto do Presidente da República, previsto no art. 66 da Constituição), enquanto que no controle repressivo/sucessivo a fiscalização é feita *a posteriori*, ou seja, depois do ato normativo entrar em vigência no ordenamento jurídico.

²⁹¹Relacionado ao controle concentrado e principal, o controle abstrato/objetivo significa que a impugnação da inconstitucionalidade de uma norma é feita independentemente de um litígio concreto, ao contrário do controle concreto/subjetivo, associado ao controle judicial difuso e incidental.

²⁹²O primeiro objetiva a harmonia/coerência da ordem jurídica através de instrumentos processuais de controle objetivo para salvaguarda de competências institucionais; o segundo tem por finalidade a proteção dos direitos fundamentais. Cf. LLORENTE, Rubio. **Tendencias Actuales de la Jurisdicción constitucional en Europa**. In: Estudios sobre Jurisdicción Constitucional. Madrid: McGraw-Hill, 1998.

²⁹³Cf. TREMP, Pablo Perez. **La Justicia Constitucional en la Actualidad. Especial referencia a América Latina**. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional n.º. 01, jan./jun. 2003, p. 29-40.

normas constitucionais, se caracterizando por uma Constituição invasora, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência, o estilo doutrinal, a ação dos atores políticos e as relações sociais²⁹⁴. Consciente de que este conceito descrito é mais sugestivo que preciso, Guastini (2003) apresenta uma lista de sete *condições de constitucionalização*.

As duas primeiras são *condições necessárias* (no sentido de que não se concebe o fenômeno da constitucionalização sem a sua presença) e as cinco últimas são *condições suficientes* de um grau distinto de constitucionalização: *uma Constituição rígida*²⁹⁵; *a garantia jurisdicional da Constituição*; *a força vinculante da Constituição*; *a sobreinterpretação da Constituição*²⁹⁶; *a aplicação direta das normas constitucionais*²⁹⁷; *a interpretação conforme das leis*; *a influência da Constituição sobre as relações políticas*.

Um ordenamento pode não estar constitucionalizado em absoluto, e isto dependerá de quantas e quais *condições de constitucionalização* estejam satisfeitas no seio daquele ordenamento específico, revelando que, nesta ótica, a *constitucionalização* é apreendida como uma questão de grau.

Favoreau (1998) expõe dois tipos principais em seu estudo. A *constitucionalização-elevação* refere-se a um “deslizamento” de matérias na repartição de competências entre a lei e o regulamento: muito do que era matéria regulamentar passou a ser matéria reservada à lei e muito do que era reservado à lei passou a ser matéria constitucional. Esse movimento material ascendente (“elevação” de matérias ao nível constitucional) acaba por diminuir a liberdade de conformação da legislação pelo legislador ordinário. A *constitucionalização-transformação* é caracterizada pela impregnação dos diferentes ramos do direito pela Constituição, e ao mesmo tempo, a sua transformação; com a mudança no conteúdo dos outros ramos do direito provocado pela Constituição, se passa a falar em direito constitucional social, direito constitucional penal, direito constitucional civil, entre outros.

²⁹⁴GUASTINI, Ricardo. **La “Constitucionalización” del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano**. In: Neoconstitucionalismo(s). Edición de Miguel Carbonell. Madrid, Trotta, 2003, p. 49.

²⁹⁵Uma Constituição só é rígida se for escrita e se está protegida contra a legislação “ordinária”, no sentido de que as normas constitucionais não podem ser derogadas ou modificadas senão mediante um procedimento especial – mais qualificado e complexo – que o procedimento de formação da legislação ordinária.

²⁹⁶Toda Constituição é um texto finito, limitado e incompleto, pois qualquer Constituição regula apenas uma pequena parte da vida social e política. Adotando-se uma *interpretação restritiva*, o legislador ordinário é livre para regular; adotando-se uma *interpretação extensiva*, a Constituição pode ser “sobre-interpretada” de maneira tal que se extraíam normas implícitas e não-expressas para regular qualquer aspecto da vida social. Neste sentido, toda decisão legislativa está pré-regulada por uma ou outra norma constitucional, não existindo lei fora do alcance do controle de constitucionalidade. Não há espaço para a discricionariedade legislativa.

²⁹⁷Na concepção liberal clássica, as normas constitucionais regulam apenas a limitação do poder, a organização do Estado e as relações entre o Estado e os cidadãos; contemporaneamente, as normas constitucionais regulam as relações sociais, aplicando-se, também, aos particulares e, portanto, sendo aplicáveis diretamente a todos os casos concretos. Nesse tópico, o autor incorre em confusão conceitual, na medida em que o conceito por ele denominado de *aplicabilidade direta* trata-se mais de uma *aplicabilidade horizontal* das normas constitucionais.

Para Favoreau (1998), a *constitucionalização* do direito tem como efeitos: *a unificação da ordem jurídica* (as normas constitucionais tornam-se o fundamento comum dos diversos ramos do direito, com a perda de importância dos *princípios gerais do direito*; a distinção entre direito público/direito privado é relativizada); a *simplificação da ordem jurídica*, gerada pela recolocação da Constituição como eixo essencial da ordem jurídica em lugar da lei²⁹⁸.

O processo da *constitucionalização* do direito é trabalhado por Silva a partir da *doutrina alemã* (o autor escolhe, para sua reflexão, duas das cinco formas de *constitucionalização* do ordenamento jurídico identificadas por Schuppert/Bumke: *a reforma legislativa*, realizada por meio de adaptação da legislação ordinária às prescrições constitucionais, tendo como ator o legislador –; *a irradiação do direito constitucional* e seus efeitos nas relações privadas e deveres de proteção, tendo como ator o judiciário e a doutrina) e da doutrina *francesa* de Favoreau (1996). A tese defendida pelo autor é que a principal forma de manifestação da *constitucionalização* do direito dá-se nos efeitos e aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, e que isto não ameaçaria a autonomia do direito privado²⁹⁹.

Barroso (2005), em consonância com as idéias expendidas, percebe o tema como um processo de *constitucionalização* do direito infraconstitucional, imerso no que ele denomina de ascensão científica e institucional da Constituição e do direito constitucional³⁰⁰. A *constitucionalização* do direito civil dar-se-ia com a leitura do Código Civil através do filtro axiológico da Constituição³⁰¹; a *constitucionalização* do direito administrativo com a superação do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, substituído pelo da *ponderação* de direitos fundamentais³⁰²; a *constitucionalização* do direito penal é referenciada na discussão sobre a necessidade de que a gravidade da pena deva ser graduada em razão da ordenação hierárquica dos bens jurídicos constitucionais³⁰³.

²⁹⁸O autor cita ainda a *constitucionalização-juridicização*, que, a rigor, é mais uma condição para o processo de *constitucionalização* do direito do que uma *constitucionalização* real. Refere-se à juridicização da Constituição pelo Conselho Constitucional, isto é, a sua consideração como norma jurídica propriamente dita, com força obrigatória, e não como simples carta política. Cf. FAVOREAU, Louis. “**La constitutionnalisation du droit**” in: La constitutionnalisation des branches du droit. Paris: Economica, 1998, p. 190-192.

²⁹⁹SILVA, Virgílio Afonso. **A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. SP: Malheiros, 2005, p. 27-28.

³⁰⁰Cujas características são: a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico; perda da centralidade do Código Civil e atenuação da dualidade público/privado; filtragem constitucional; toda interpretação é transmutada em interpretação constitucional. Cf. BARROSO, Luis Roberto. **O novo direito constitucional e a constitucionalização do direito**. In: Temas de Direito Constitucional. RJ: Renovar, 2005, p. 323-325.

³⁰¹A centralidade da *dignidade da pessoa humana* teria operado uma repersonalização e uma despatrimonialização do direito civil, aliada a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas.

³⁰²Alia-se a isto: a superação da idéia de princípio da legalidade como vinculação positiva do administrador à lei, substituída por sua vinculação à Constituição, e a superação da insindicabilidade do mérito administrativo.

³⁰³Principalmente na defesa dos bens jurídicos transindividuais ligados ao Estado Social. Há, inclusive, bens jurídico-penais de criminalização obrigatória no texto da Constituição de 1988, como a tortura, racismo, ação de grupos armados, crimes ambientais e contra a criança.

Como subespécie da *constitucionalização*, tem-se, ainda, o enfoque dado por Canotilho (1994), no que ele denomina de *forma de constitucionalização das diretivas*, ou seja, o problema da política constitucional quando se defronta com a questão da otimização das diretivas materiais. Trata-se de constatar, dentro da riqueza das *formas constitucionais*, qual delas oferece melhor aptidão para assegurar a normatividade da Constituição em relação ao direito dos cidadãos a prestações positivas: cláusulas de socialidade, fixação de competências com imposição de diretivas materiais ou consagração de um catálogo de direitos econômicos, sociais e culturais?³⁰⁴. Em que pese matizações distintas, sobressaem-se dois eixos principais: a *constitucionalização* através da *expansão* da “matéria constitucional” (a ampliação do *campo/espço constitucional* através da elevação de matérias ao nível constitucional, via emendas ou mutação material³⁰⁵) e a *constitucionalização* por *filtragem* constitucional (por meio de construções do intérprete judicial, já que, no Estado Constitucional, o juiz ordinário é também um juiz constitucional: está submetido à *dupla* vinculação – da Constituição e da lei).

Conexo ao tema da *constitucionalização*, principalmente nos países de língua espanhola, tem-se utilizado o termo *neoconstitucionalismo* como um conjunto de teorias que têm proporcionado uma cobertura teórica conceitual e normativa à *constitucionalização* do Direito em termos não-positivistas³⁰⁶. Figueroa (2003) enreda o desenvolvimento deste *novo paradigma* aos seguintes aspectos: o aspecto *material* da constitucionalização do ordenamento jurídico consiste na sua conhecida recepção de certas exigências da moral sob a forma dos direitos fundamentais: a cognominada *rematerização* do Direito, no qual este está vinculado à moral; o aspecto *estrutural* das normas constitucionais (o modelo de regras é suplantado pelo de regras/princípios) diz respeito à *expansão/irradiação* dos princípios constitucionais sobre a interpretação/aplicação do Direito; o aspecto *funcional* opera a substituição da subsunção pela *ponderação*³⁰⁷; e, finalmente, o aspecto *político* traduz a transferência de poder do Legislativo para o Judiciário (a onipotência dos tribunais)³⁰⁸.

³⁰⁴CANOTILHO, J.J.G. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Almedina, 1994, p. 172.

³⁰⁵Não se está a tratar aqui da *constitucionalização originária*, fruto de processos constituintes como o que resultou na promulgação da Constituição brasileira de 1988, na qual parte das questões constitucionalizadas deveu-se à atuação de setores organizados da Sociedade, em largo processo de barganha e reivindicação.

³⁰⁶O positivismo conceitual se associa a duas teses importantes: a) a defesa da *teoria das fontes sociais* do Direito: o Direito é um conjunto de normas humanas ditadas por fontes sociais determinadas. O problema está em identificar estas fontes e distingui-las de outros sistemas normativos (como o faz Hart); a *teoria das fontes sociais* assinala os *limites/fronteiras* do direito; b) a tese da separação entre direito, moral e política: a autonomia do direito implica em que não há conexão necessária entre direito, moral e política; o direito não perde sua juridicidade por ser injusto. Cf. CALSAMIGLIA, Albert. **Postpositivismo**. In: Doxa n.21-I, 1998, p. 209-220.

³⁰⁷A técnica da *ponderação* amplia/ativa a *judicialização*, pois *delega* aos juízes o papel de resolver os “conflitos de princípios” e os chamados “casos difíceis”, reforçando a discricionariedade/decisionismo judicial.

³⁰⁸Cf. FIGUEROA, Alfonso García. **La Teoría del Derecho en Tiempos de Constitucionalismo**. In: Neoconstitucionalismo(s). (Org.) Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003, p. 164-167.

Pozzolo (2003) afirma a existência de uma série de oposições/incompatibilidades entre o *neoconstitucionalismo* e o positivismo jurídico, esquematizadas sobre a base da tripartição *bobbiana* dos sentidos do positivismo jurídico: a) o *neoconstitucionalismo* é incompatível com o positivismo ideológico, porque este sustenta que o direito positivo, pelo simples fato de ser positivo, é justo e deve ser obedecido, em virtude de um dever moral. Como contraponto, o *neoconstitucionalismo* seria uma “ideologia política”, menos complacente com o poder; b) o *neoconstitucionalismo* não se coaduna com o positivismo enquanto teoria, estando a incompatibilidade, neste caso, na posição soberana que possui a lei ordinária na concepção positivista. No Estado Constitucional, pelo contrário, a função e a hierarquia da lei têm um papel subordinado à Constituição, que não é apenas formal, e, sim, material; c) também há uma incompatibilidade entre *neoconstitucionalismo* e o positivismo visto como metodologia, porque este separou o Direito e a moral, expulsando esta do horizonte jurídico; já o direito constitucional, no paradigma do *neoconstitucionalismo*, estaria carregado de princípios morais positivados, reconduzido ao interior do discurso jurídico as problemáticas morais³⁰⁹.

A perspectiva de Alexy é que as Constituições, além de regras, incorporam princípios e direitos fundamentais com um inquestionável caráter moral, pelo que os problemas jurídicos são no fundo problemas morais, cuja resposta remete a uma teoria ética, postulando-se uma espécie de dissolução do direito constitucional nessa teoria ética³¹⁰.

É nesse sentido, segundo Zagrebelsky (2002), que a primeira das grandes tarefas das Constituições contemporâneas consiste em distinguir, claramente, entre a lei, como regra estabelecida pelo legislador, e os direitos humanos, como pretensões subjetivas absolutas, válidos por si mesmo e com independência em relação à lei³¹¹. Tendo presentes os catálogos de direitos estabelecidos em Constituições rígidas – protegidas contra o legislador ordinário –, distingue-se uma dupla vertente da experiência jurídica: a da lei, que expressa os interesses, as intenções, os programas dos grupos políticos majoritários, e os direitos invioláveis, atribuídos pela Constituição como “patrimônio jurídico” de seus titulares, independente da lei³¹².

³⁰⁹Cf. POZZOLO, Susana. **Un Constitucionalismo Ambiguo**. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. (Org.) Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003, p. 194-195.

³¹⁰Cf. PRIETO SANCHIS, Luiz, op. cit., p. 98.

³¹¹Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p. 47.

³¹²A *dualidade lei/direitos* aproxima o direito constitucional europeu contemporâneo da tradição americana, em que os direitos são afirmados em uma esfera jurídica que precede ao Direito que possa estabelecer o legislador. Deste ponto de vista, não é paradoxal o fato de que o texto da Constituição de 1787 não contempla uma carta de direitos (a *Bill of Rights* é composta pelas 10 primeiras emendas), haja vista que sua proclamação/enunciação seria supérflua e até perigosa, como afirma Hamilton no *Federalista* n.º 84. Todavia, a atual concepção européia é ambivalente: se aproxima da tradição americana, mas não nega um papel político à lei (na linha da tradição francesa dos direitos: estatalista e legislativa), com fins independentes dos direitos; Todavia, no conflito destes com a lei, prevalecem os *direitos*. ZAGREBELSKY, G., op. cit., p. 51-59. É a “positivação do direito natural”.

Ao consagrar fórmulas constitucionais de *justiça, igualdade* ou *dignidade da pessoa humana*, se incorporam parâmetros até então inéditos para o controle de constitucionalidade, provocando a separação entre lei e direitos, com a primazia destes através da supremacia da Constituição e de sua aplicação pelos Tribunais Constitucionais, e com a reconciliação entre moral e direito (a *rematerização* ou *resubstancialização* da Constituição). No Brasil, Streck (2005) advoga que a superação das barreiras positivistas ao *neoconstitucionalismo* deve ocorrer em três frentes: pela *teoria das fontes*, uma vez que a lei já não é única fonte, surgindo a Constituição como auto-aplicativa; com a alteração da *teoria da norma*, em face do aparecimento dos princípios, problemática que tem relação com a própria teoria das fontes; no *plano da interpretação*, com a afirmação da não-equiparação entre vigência e validade e entre texto e norma, características do positivismo³¹³. O paradigma do *neoconstitucionalismo* é, em uma formulação sintética, uma *teoria do direito* do Estado Constitucional contemporâneo em contraposição à *teoria do direito* de cunho positivista³¹⁴.

3.1.3 A *jurisprudencialização* da Constituição e a “judicialização da política”

O papel central da jurisdição constitucional na definição do conteúdo material da Constituição é um aspecto normativo crucial da *aceleração* da “judicialização da política”. Acosta Sanchez (1998) defende que é possível constatar a ocorrência de uma onda de transformação no direito constitucional do século XX consistente na crescente presença de um *direito constitucional jurisprudencial* e no decrescente papel do direito constitucional formal. Aquele é material, pelo seu modo de criação, alheio às formas prescritas pela Constituição; porém nasce do direito constitucional formal, sendo seu prolongamento lógico³¹⁵.

Antes, porém, de adentrar a especificidade dos processos de *jurisprudencialização* da Constituição, é preciso inserir o tema no contexto dos conceitos constitucionais dogmatizados de *poder constituinte, rigidez constitucional* e *mudança constitucional*, para, num segundo momento, pontuar diferenças e similitudes em relação às *teorias materiais* da Constituição.

³¹³Cf. STRECK, Lênio Luiz. **A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo**. In: Anuário do PPGDireito/Unisinos, P. Alegre: Do Advogado, 2004, p. 159.

³¹⁴Há uma variante dessa definição, consubstanciada no *neoconstitucionalismo econômico*. Sustentado por teorias neoliberais, propugna a vinculação do Estado de Direito à liberdade econômica, com a aplicação *seletiva* da normatividade constitucional em defesa de um programa neoliberal (desregulamentação, livre comércio, direitos de propriedade, privatizações). Uma versão deste é o *neoconstitucionalismo fiscal*, que propõe (por emenda ou interpretação) a introdução de limites à política tributária, através da constitucionalização de objetivos como o equilíbrio orçamentário ou a limitação da pressão arrecadatória. Cf. BARQUERO ESTEVAN, J. M. **La función del tributo en el Estado social y democrático de Derecho**. Madrid: CEPC, 2002, p. 27.

³¹⁵Cf. SÁNCHEZ, José Acosta. Transformaciones de la Constitución en el Siglo XX. **Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)**, Madrid, n. 100, p. 57-100, 1998.

Tal desiderato deve-se a que estes fios condutores discursivos estão inseridos no contraste entre *estática* e *dinâmica* de um ordenamento constitucional, isto é, a busca da conciliação entre o sistema tendencialmente *estático* das normas originais e as orientações fixadas pelos rumos políticos, que os órgãos constitucionais formulam sob o impulso *dinâmico* das forças sociais. Nessa perspectiva, as *teorias materiais* da Constituição são uma resposta doutrinária (formulação teórica de juristas e professores) a este contraste, enquanto as mudanças constitucionais (*reforma constitucional* e *mutação constitucional*) são respostas institucionais: a primeira, tendo como ator o legislador (constituente derivado/instituído); a segunda, tendo como ator o juiz constitucional (o resultado da atuação deste último é que produz a *jurisprudencialização* da Constituição).

O *poder constituinte* surge como categoria central do constitucionalismo moderno, e, ainda que envolto em uma multiplicidade de conceitos e definições, sua centralidade política revela-se sempre como uma questão de “poder” que está em condições de, numa determinada situação concreta, criar ou eliminar uma Constituição, cujo *titular* contemporâneo só pode ser o *povo*, entendido em sua grandeza pluralística, formado por indivíduos, grupos, associações, partidos, igrejas, instituições, enfim, todos os integrantes de uma dada comunidade.

A problemática da gênese do *poder constituinte*, em sua dimensão histórica, pode tomar como pontos de gestação as três experiências dos modelos constitucionais vistos neste capítulo: os ingleses compreendem o poder constituinte *lato sensu* como um processo histórico de *revelação* da Constituição da Inglaterra, repugnando a idéia de um *poder constituinte* com força e competência para, por si mesmo, desenhar e planificar o modelo político de um povo; os americanos *dizem* num texto escrito, pelo *poder constituinte*, as leis fundamentais e supremas da nação (na Revolução Americana o *poder constituinte* é o instrumento *funcional* para redefinir a “*Higher Law*” e estabelecer as regras do jogo entre os poderes constituídos e a sociedade. A Constituição não é um projeto para o futuro, mas uma forma de garantir direitos e de limitar poderes); os franceses *criam* uma nova ordem jurídico-política através da “destruição” do antigo e da “construção do novo”, traçando a nova arquitetura política num texto escrito. *Revelar, dizer, criar*, uma Constituição são os *modus operandi* das três experiências constitucionais³¹⁶.

O *poder constituinte*, entendido como *soberania constituinte do povo*, ou seja, o poder de o povo, através de um ato constituinte criar uma lei superior juridicamente ordenadora da ordem política, tem em Sieyès a sua formulação teórica mais sistemática e acabada.

³¹⁶Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 68-72.

Cumpra não confundir poder constituinte *lato sensu*, sempre presente em toda sociedade política, com sua teoria. Uma teorização desse poder para legitimá-lo é obra da reflexão iluminista, contratualista e do racionalismo francês, tendo em Sieyès seu teorista por excelência. A conhecida técnica de separação entre *poder constituinte* (que cria a Constituição) e *poderes constituídos* (daquele derivado) insere o *poder constituinte* na moldura do regime representativo: o poder constituinte, distinto dos poderes constituídos, é do povo³¹⁷, mas se exerce por seus representantes especiais – a Assembléia Nacional Constituinte –, entregues à tarefa constituinte de criar a Constituição. A vontade constitucional irá se realizar – para Sieyès – a partir da submissão da vontade da maioria expressa no Parlamento à vontade da nação, expressa pela Assembléia Nacional Constituinte³¹⁸.

A teoria do *poder constituinte* empresta dimensão jurídica às instituições produzidas pela razão humana. Como teoria jurídica, prende-se indissociavelmente ao conceito formal de Constituição, separa o *poder constituinte* (inicial; ilimitado; incondicionado) dos *poderes constituídos* (Executivo, Legislativo e Judiciário) e assinala o advento das Constituições rígidas. A tensão entre *poder constituinte* revolucionário e obrigatoriedade jurídica da Constituição justificará o conceito de *poder constituinte derivado*, que é criação daquele.

Ao *poder constituinte originário*, de caráter acentuadamente político/extrajurídico, cuja função capital é a de fazer a nação ou o povo ser os sujeitos da soberania, criando a Constituição, e não se prendendo a limites formais/materiais, tem-se o *poder constituinte derivado*, o qual se insere na Constituição, é “*órgão constitucional*”, conhece limitações tácitas e expressas, e se define como poder primacialmente jurídico, que tem por objeto a reforma do texto constitucional. Há, então, numa Constituição – obra do *poder constituinte originário* –, a instituição não só dos chamados poderes do Estado, mas também de um poder destinado a estabelecer normas com a mesma força das normas constitucionais: o *poder constituinte derivado, instituído, de segundo grau, ou poder de reforma constitucional*³¹⁹.

³¹⁷A rigor, o titular do poder constituinte para Sieyès é a “nação”, conceito abstrato constituído pela ascendente burguesia integrante do Terceiro Estado. Suas reflexões encontram-se na obra *O que é o Terceiro Estado?*

³¹⁸Essa idéia-força de uma separação entre *política constitucional* (obra do povo americano em Convenção e da nação francesa em Assembléia Nacional Constituinte) e *política cotidiana* (parlamentar) está no centro da *teoria dualista da democracia* de Ackerman. O autor distingue dois instantes de mobilização política da cidadania com intensidade diversa: o primeiro ocorre nos períodos eleitorais, cujos vencedores, sob a fiscalização das cortes, determinarão rotineiramente os conteúdos constitucionais por meio da promulgação de leis ordinárias (“*normal lawmaking*”); o segundo se dá em situações excepcionais por meio da intervenção mais intensa do povo, de modo a conferir extraordinária legitimidade democrática aos seus representantes para que possam editar normas constitucionais originárias ou derivadas (“*higher lawmaking*”). Cf. ACKERMANN, Bruce. **We the People: Foundations**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991, p. 7-13.

³¹⁹No Brasil, o poder constituinte do povo, na “crise constituinte”, estaria condenado a tornar-se um mero símbolo formal, referendando os conteúdos constitucionais de um outro poder constituinte: o das forças reais de poder. Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. SP: Malheiros, 2004, 14ª Ed., p. 161-169.

A domesticação jurídica do poder constituinte, veiculada pelo estabelecimento de limites ao *poder constituinte derivado*, originará amplos debates em torno da questão de como pode um poder estabelecer limites às gerações futuras. Como pode uma Constituição colocar-nos diante de um *dilema contra-majoritário* ao dificultar, deliberadamente, a “vontade das gerações futuras” na mudança das suas leis?³²⁰ De outra parte, ao se instituir, formalmente, como *órgão constitucional*, um poder capaz de atualizar constantemente a Constituição, está-se optando por uma via não revolucionária; em outros termos, o *poder constituinte instituído* é uma alternativa a contínuas rupturas constitucionais (caso se fizesse necessário a convocação periódica da Assembléia Constituinte), e um mecanismo de estabilização institucional. Nesse sentido, a criação dos processos de *emenda constitucional* (espécie do gênero reforma constitucional) – que teve sua primeira concreção histórica na Constituição americana de 1787 – pode ser considerada a institucionalização de um contínuo processo revolucionário³²¹.

Os processos institucionais de reforma constitucional – manifestação do exercício do poder constituinte derivado – estão diretamente relacionadas à *rigidez constitucional*. Como já assinalado, uma Constituição é *rígida* se sua modificação exige um procedimento mais complexo que o procedimento legislativo ordinário; caso contrário está-se diante de uma Constituição *flexível*³²². A *rigidez* é signo de defesa/proteção da Constituição. Todavia, o *grau de rigidez* de uma Constituição depende de uma série de requisitos jurídico-formais: em primeiro lugar, do *número de instituições políticas* cujo consentimento deve concorrer para poder reformar a Constituição³²³; segundo, do *tamanho das maiorias* exigidas para a reforma, sendo que algumas Constituições exigem uma supermaioria parlamentar (2/3 como no caso dos EUA); em terceiro, da exigência ou não da *participação do povo* para ratificar a reforma, direta (através de um referendo, e.g. como na Constituição francesa de 1958) ou indiretamente (eleição de uma nova assembléia com esta finalidade). O grau de rigidez depende, igualmente, de fatores políticos/sociais, como a disciplina do sistema de partidos e a história do país.

³²⁰Ver, por todos, HOLMES, Stephen. **El precompromiso y la paradoja de la democracia** In: ELSTER, Jon, SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y Democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 217-262. É conhecida, nesse sentido, a analogia entre o constitucionalismo e o mito de Ulisses: assim como o herói grego mandou que seus soldados lhe amarrassem ao mastro do navio para que não sucumbisse ao canto das sereias, as Constituições rígidas seriam um mecanismo de *pré-comprometimento*, adotado pela soberania popular para se proteger de suas paixões e fraquezas. O tema é explorado por ELSTER, Jon. **Ulisses and the Sirens**. Cambridge, 1979. O termo *dilema contra-majoritário* foi alcunhado por BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics**. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

³²¹Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua Reserva de Justiça. Um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. SP: Malheiros, 1999, p. 62.

³²²A distinção se deve a James Bryce, que em ensaio de 1905, intitulado “Flexible and Rigid Constitutions”, se referia à Inglaterra como exemplo de Constituição *flexível*.

³²³Aprovação da emenda por duas câmaras legislativas, por exemplo. O federalismo no procedimento de reforma também é um fator de rigidez. Para modificar a Constituição dos Estados Unidos, por exemplo, se requer, não só o consentimento do Congresso Federal, mas também dos legisladores de três quartos dos estados-membros.

Assim, considerado como variável isolada, quanto mais disciplinados forem os partidos de uma coalizão, mais fácil será a obtenção de maiorias qualificadas para aprovação de emendas; a história do país também pode ser variável importante, como mostra o caso espanhol, em que a idéia de reformar a Constituição de 1978 é uma espécie de tabu, fruto de que ela expressa um compromisso/consenso entre as principais forças políticas a fim de resolver pacificamente certos temas que foram tratados no passado de forma trágica. Assim, a *rigidez efetiva* da Constituição depende de um “*jogo*” entre os requisitos jurídico-formais, de um lado, e os fatores políticos, históricos e sociais, de outro³²⁴. Melo (1998) indica os seguintes instrumentos de “inércia constitucional” (*rigidez constitucional*): *cláusulas pétreas*; *referendos*; *retardamento da decisão* (exigências de aprovação em legislaturas distintas)³²⁵; *reconfirmação* (exigências de aprovação em casas legislativas distintas, e.g., os dois turnos no Brasil); *maiorias qualificadas*; *aprovação externa* (e.g. as assembléias legislativas nos EUA). Os casos de maior “inércia constitucional” são os EUA e a Dinamarca.

O quadro institucional das emendas constitucionais, e as distintas regras de seu modelo de positivação, contribuem para influxos de expansão/retração da “judicialização da política”. Em linhas gerais, a literatura sobre o tema trabalha com a idéia de que a estabilidade e a mudança de textos constitucionais dependem do grau de dificuldade para promover alterações na Constituição³²⁶, no que a Constituição dos EUA (artigo V) é um caso paradigmático. Vieira (1994), além das Constituições rígidas e flexíveis, aponta dois outros modelos: o da Constituição semi-rígida (composta de cláusulas rígidas e cláusulas flexíveis no mesmo texto constitucional, cujo exemplo é a Constituição de 1824, e seu art. 178) e o das Constituições super-rígidas³²⁷, cuja *super-rigidez* são as *cláusulas pétreas* (limites materiais ao poder de reforma, que na Constituição de 1988 estão positivadas em seu art. 60, § 4º). Trata-se da *democracia constitucional fundamentalista*³²⁸ de Ackerman & Krosenkranz (1991).

³²⁴Cf. COMELLA, Victor Ferrés. **Una defensa de la rigidez constitucional**, In: Doxa n. 23, 2000, p. 29-33.

³²⁵Exemplo da Noruega, onde a emenda só pode ser apreciada por uma legislatura subsequente àquela em que proposta. Cf. MELO, Marcus C. **Constitucionalismo e Ação Racional**. In: Lua Nova n.º. 44, 1998, p. 63.

³²⁶Donald Lutz criou um “índice de dificuldade” para classificar as Constituições dos Estados americanos, a partir de seu processo de emenda; entre outras variáveis, este índice leva em conta: a) quem tem iniciativa para emendar a Constituição; b) se a deliberação é unicameral ou bicameral; c) o quorum necessário; d) o procedimento de aprovação das emendas e seu respectivo quorum. Cf. LUTZ, Donald. **“Toward a theory of constitutional amendment”**. In: Responding to Imperfection. The Theory and Practice of Constitutional Amendment. Princeton: Princeton University Press, 1995, p. 246 e segs.

³²⁷Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política**. SP: RT, 1994, p. 25-29.

³²⁸Os autores classificam as democracias constitucionais em monistas (não há distinção entre decisões políticas constitucionais e decisões políticas ordinárias), dualistas (sistemas que distinguem entre decisões constitucionais e ordinárias, com hierarquia daquela sobre esta) e fundamentalistas (sistemas que não apenas fazem essa distinção hierárquica entre decisões constitucionais e ordinárias, mas emprestam a certos direitos fundamentais um caráter de imutabilidade. Cf. ACKERMAN, Bruce, ROSENKRANTZ, Carlos. In: **“Três Concepciones de la Democracia Constitucional”**. Cuadernos y Debates 29, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

As *cláusulas pétreas* equivalem ao conceito de Constituição em *sentido positivo* de Carl Schmitt, uma vez que o autor distinguiu *leis constitucionais* (todas as normas incluídas no documento constitucional a fim de desdobrarem a decisão de conjunto sobre o modo e a forma da unidade política) de *Constituição* (esta propriamente a *decisão política fundamental* sobre o modo e a forma da unidade política). Segundo sua construção teórica, o poder de reforma poderia modificar as leis constitucionais, mas jamais a Constituição³²⁹. O significado político das *cláusulas pétreas* é que os limites materiais explícitos manifestam o compromisso do ordenamento constitucional com pressupostos políticos e sociais que se consideram fundamentais para a sobrevivência do sistema constitucional e da comunidade³³⁰.

Em outra obra, Vieira (1999) utiliza o critério da *rigidez constitucional* para a análise de processos políticos comparados, concluindo em seu estudo que a *extrema rigidez* da Constituição americana teria colocado dificuldades pra a concretização do processo de democratização política e social da sociedade americana (o autor cita os casos *Dread Scott v. Sandford*; as emendas de “reconstrução” – XVIII, XIV e XV; e o período do New Deal), enquanto a *fragilidade* constitucional de Weimar teria permitido a ascensão do nazismo³³¹.

Todavia, além das regras formais/materiais³³² para emendar o texto constitucional há outros fatores a influenciar o processo de *emendamento* constitucional, como mostra Couto & Arantes (2003), que apontam as características do próprio texto como fator determinante para motivar os atores políticos a acionar o processo constante de *emenda* da Constituição; assim, a presença de inúmeras *políticas públicas constitucionalizadas* no texto contribuiu, segundo os autores, para que a agenda política e governamental brasileira se tornasse uma agenda constituinte, isto é, com a necessidade de constante *emendamento* do texto da Constituição para implementar novas políticas públicas (o governo FHC, ao invés de mutilar a Constituição, teria constitucionalizado mais a agenda brasileira com suas emendas³³³).

O que confirma, de certa forma, como asseverou Comella (2000), que a *rigidez efetiva* depende do “*jogo*” entre os fatores jurídico-formais e as circunstâncias políticas e sociais.

³²⁹Cf. SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1992.

³³⁰Cf. VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente**. Madrid: Tecnos, 1991, p. 247. O autor usa a expressão *cláusulas de intangibilidad*; a doutrina alemã prefere *cláusulas de eternidade*. O termo *cláusulas pétreas* é de autoria do constitucionalista argentino Linares Quintana.

³³¹Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena, op. cit., 1999, p. 69-113.

³³²O direito brasileiro restringe a *reforma constitucional* através de *limites circunstanciais* (não pode se dar na vigência de Estado de Sítio e Estado de Defesa); *formais* (quorum qualificado de 3/5 e aprovação em dois turnos em cada casa legislativa) e *materiais* (aqueles do art. 60, § 4º).

³³³Cf. COUTO, Cláudio Gonçalves, ARANTES, Rogério Bastos. “**Constitución o políticas públicas? Una evaluación de los años FHC**”. In: Palermo, Vicente. *Política brasileña contemporánea: de Collor a Lula en años de transformación*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2003. Importante notar o freqüente uso das emendas para a *constitucionalização de matérias tributárias*, constante em 18 das 56 emendas aprovadas até o momento.

Em outra perspectiva, se a *rigidez* implica dificuldade para reformar, implica também em *reformabilidade*, isto é, na possibilidade dos órgãos políticos – mais especificamente, do *poder constituinte derivado* – de responder ao juiz através de uma emenda constitucional³³⁴, numa espécie de *accountability horizontal* reversa. Tradicionalmente, é o Judiciário quem controla a produção normativa do Legislativo/Executivo, através dos sistemas de controle de constitucionalidade; porém, a via da *emenda* constitucional permite que o legislador controle a “produção normativa” do Judiciário. Ao abrir a possibilidade de “responder” ao Tribunal Constitucional, os órgãos legislativos podem reescrever – e.g., através de emenda – o texto da Constituição, cuja eficácia simbólica reside na assertiva de que a Corte Constitucional não acertará sempre ao interpretar/aplicar os direitos enunciados na Constituição e, ao mesmo tempo, cria maior capilaridade no sistema político (*accountability horizontal*)³³⁵ e, ainda, aumenta o grau de “abertura” da interpretação constitucional no sentido *håberliano*.

Ao lado dos processos formais de *reforma constitucional* há os processos informais de *mutação constitucional*; a primeira consiste nas modificações constitucionais reguladas no próprio texto da Constituição, pelos processos por ela estabelecidos para sua reforma; a segunda consiste na alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através da interpretação judicial³³⁶. Aquele é manifestação de um *órgão constitucional* instituído especialmente para o fim de alterar o texto da Constituição: o *poder constituinte derivado* (o ator da reforma constitucional é o legislador constituinte); este é manifestação de um órgão não instituído, originariamente, para este fim: o poder judiciário (o ator da mutação constitucional é o juiz constitucional).

Entretanto, com Bolzan de Moraes (2006), é imprescindível notar que a idéia de *poder constituinte* deve referir-se àquele que produz o *texto* constitucional, sem a distinção *dual* clássica entre *poder constituinte originário* e *poder constituinte derivado*, na medida em que a interpretação constitucional adquiriu uma posição de destaque nas últimas décadas do século XX, fruto da terceira fase do constitucionalismo perceptível no pós-Segunda guerra.

³³⁴Nos EUA, quatro emendas constitucionais tiveram por finalidade “superar/reformar” a jurisprudência da Suprema Corte: a 11ª, a 14ª, a 16ª e a 26ª emendas foram respostas a decisões da Suprema Corte. Cf. COMELLA, V., op. cit., p. 40. No Brasil, as emendas 19/98, 29/00, 39/02 e 52/06 também foram respostas do *poder constituinte derivado* às decisões do STF.

³³⁵Arato entende que a possibilidade de ver as decisões judiciais “anuladas” pelo povo, por emendas, é parte da *accountability política dos juízes*. Cf. ARATO, Andrew. **Representação, soberania popular e accountability**. Lua Nova n. 55-56, 2002, p. 100. É nesse sentido que as emendas são consideradas como o *lado dinâmico do constitucionalismo* por LEBECK, Carl. **From governmental self-limitation to political accountability: an essay on modern constitutionalism**. In: Revue Interdisciplinaire D’Etudes Juridiques n. 55, 2005, p. 253-257.

³³⁶Em que pese *reforma constitucional* ser um gênero que abrange a *revisão constitucional* (forma temporária de reforma) e a *emenda constitucional* (forma permanente de reforma), usamo-la aqui como sinônimo de emenda constitucional, a fim de contrapô-la ao conceito de *mutação constitucional*, o qual aqui terá sentido restrito a sua manifestação pela via da interpretação judicial (excluindo as vias da mutação pelo costume ou pela lei).

Isso porque o preenchimento dos conteúdos de certos direitos constitucionais (geralmente de direitos fundamentais), assim como a extensão desses direitos está *nas mãos* daqueles que compõem o Tribunal Constitucional³³⁷. Tais alterações constitucionais, operadas fora das modalidades organizadas de exercício do poder constituinte instituído/derivado são obra ou manifestação de uma espécie inorganizada do poder constituinte, o chamado *poder constituinte difuso*³³⁸, na feliz expressão de Burdeau (1969), que age sem formas codificadas.

Destina-se esse *poder constituinte difuso* a concretizar a Constituição, *continuando* a obra do constituinte originário; seu fundamento flui diretamente da Constituição, ainda que de modo difuso e inorganizado. Hsü Dau-Lin, cuja definição de *mutação constitucional* é a separação entre o preceito constitucional e a realidade, distinguiu quatro espécies de mutação: a) mediante práticas políticas que não vulneram formalmente a Constituição escrita; b) por impossibilidades do exercício de determinada atribuição constitucional pelos órgãos estatais; c) em razão de prática que contradiz a Constituição; d) *mutação constitucional mediante interpretação*³³⁹. Esta última, conforme já referido, é a que nos interessa neste estudo.

A *mutação constitucional* não atinge a letra, o texto, os dispositivos da Constituição, visto que toda mudança do texto das Constituições rígidas só é possível pelo acionamento do *poder constituinte derivado* (observados os limites materiais, formais e circunstanciais de sua atuação); atinge, porém, o significado, o sentido ou o alcance das disposições constitucionais. Em estudo clássico sobre o tema, Cunha Ferraz (1986) descreve que a *mutação constitucional pela via da interpretação judicial* apresenta-se de várias maneiras, apontando duas hipóteses: a *interpretação evolutiva* e a *construction constitutional*³⁴⁰. A primeira é aplicável para adaptar ou adequar o conteúdo, alcance, ou significado do dispositivo constitucional à mudança do sentido da linguagem nele inserida, às novas situações, à nova realidade social, à

³³⁷BOLZAN DE MORAES, José Luiz. **Crise do Estado, Constituição e Democracia Política: a “realização” da ordem constitucional! E o povo...** In: Anuário do PPGDireito/Unisinos 2006, p. 101. Pedro de Vega chega ao extremo de denominar os Tribunais Constitucionais de “*poder constituinte permanente*”, pois, no momento de interpretar/custodiar o cumprimento da vontade constituinte, o que realmente ocorre é que, de guardiões do poder constituinte, eles transformam-se em seus substitutos. In: VEGA, Pedro de. **Apuntes para una Historia de las Doctrinas Constitucionales del Siglo XX**. In: Teoría de la Constitución. Madrid: Trotta, 2000, p. 499.

³³⁸Se o poder constituinte é uma força que faz ou transforma as constituições, é necessário admitir que sua ação não é limitada às modalidades juridicamente organizadas de seu exercício. Na verdade, ele não cessa jamais de agir, havendo um exercício cotidiano do poder constituinte que, embora não seja registrado por mecanismos codificados, não é menos real. Cf. BURDEAU, G. **Traité de science politique**. Paris: L.G.D.J., 1969, p. 246-7.

³³⁹Cf. HSÜ DAU-LIN, apud VEGA, Pedro de, op. cit., 1991, p. 185 e segs.

³⁴⁰Exemplos de interpretação evolutiva é dada pela Suprema Corte, em relação à interpretação constitucional da *cláusula do comércio entre os Estados*; à *cláusula do due process of law*; o conceito dinâmico de federalismo; a *construction constitucional* tem exemplos no *judicial review*, na teoria dos poderes implícitos e, no Brasil, a chamada doutrina brasileira do *habeas-corpus* desenvolvida pelo STF. Cf. CUNHA FERRAZ, Ana Cândida da. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 138. Vide também: HORTA, Raul Machado. **Permanência, mutações e mudança constitucional**. In: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, 2002.

evolução dos valores positivados na Constituição; a segunda modalidade ocorre quando se cogita aplicar a norma constitucional a situações não previstas expressamente no texto, mas que dele decorrem ou emanam por imperativos do próprio sistema constitucional.

A *jurisprudencialização* da Constituição está inserida neste contexto discursivo. A reflexão em torno do evolutivo e permanente papel da jurisdição constitucional condiz com a crescente presença de um *direito constitucional jurisprudencial* a que corresponde um decrescente papel do *direito constitucional “formal”*. É nesse sentido que Bolzan de Moraes (2002) acentua o papel da jurisdição constitucional na definição e compreensão do conteúdo material das constituições, bem como de sua extensão, assumindo verdadeiro *foro de (re)construção hermenêutica cotidiana da norma constitucional legislada*.³⁴¹

Neste quadro de idéias, além de refletir sobre as estratégias formais permissivas de modificação, via *poder constituinte derivado*, impõe-se a análise e a construção teórica sobre o papel dos órgãos jurisdicionais incumbidos da tarefa de *dizer o que diz a Constituição*. Bolzan de Moraes (2002) aduz que ocorre ao longo do século XX, mais do que um processo de flexibilização da Constituição, uma significativa mutação no universo do constitucionalismo, no sentido de um aumento permanente e profundo do papel da jurisdição constitucional e de seu produto hermenêutico: *a jurisprudência constitucional*.

Ganha relevo a idéia norte-americana de *living contitution* que se transforma constantemente a partir da sua própria prática, avançando para além da Constituição “formal” vigente e transformando-se em seu prolongamento material, como demonstram as práticas das diversas Cortes Constitucionais europeias e a norte americana, bem como em razão da novidade que se estabelece desde a experiência da *jurisprudência supranacional* dos tribunais comunitários da União Européia.

A *jurisprudencialização da Constituição*, disserta Bolzan de Moraes & Agra (2004), configura-se na definição do texto constitucional por intermédio das decisões da jurisdição constitucional, cujo resultado provoca constante mutação das normas constitucionais (*living constitution* ou *diritto vivente*) e transfere grande atribuição de poder ao órgão máximo da jurisdição constitucional³⁴². A determinação do conteúdo das normas constitucionais passa a ser realizada pela *jurisprudencialização da Constituição nos Tribunais Constitucionais*, cujo fundamento de legitimação mais significativo é a concretização dos direitos fundamentais.

³⁴¹BOLZAN DE MORAES, José Luis. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Do Advogado, 2002, p. 85-86.

³⁴²BOLZAN DE MORAES, José Luis, AGRA, Walber de Moura. **A Jurisprudencialização da Constituição e a Densificação da Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. In: Neoconstitucionalismo. Ontem os Códigos. Hoje as Constituições. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, p. 219.

Além de fator de legitimação, os direitos fundamentais constituem-se também como um fator operativo do fenômeno da *jurisprudencialização* em razão das Cortes Constitucionais poderem aplicar, diretamente, direitos fundamentais a casos concretos (*aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais*, sem a necessidade da *interpositio legislatoris*, conforme art. 5º, § 1º, da Constituição), bem como, de poderem *declarar direitos não-escritos*.

Com efeito, o modelo de positivação material aberto de direitos fundamentais adotado pela Constituição de 1988 ilustra bem isso: a regra do art. 5º, § 2º, da Constituição traduz o entendimento, como lembra Sarlet (2003), de que, para além do conceito formal de Constituição e de direitos fundamentais, há um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo e substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando expressamente do seu catálogo³⁴³.

Pela noção de *direitos não-escritos*³⁴⁴, *direitos não-enumerados* ou *direitos fundamentais materiais* permite-se a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes de seu texto e, portanto, apenas materialmente constitucionais, assim como a direitos fundamentais situados fora do catálogo de direitos, mas integrantes da Constituição formal. Quando se refere aos direitos fundamentais não-enumerados, Miranda (2000) faz alusão ao art. 16, n.1, da Constituição portuguesa de 1976, denominando-os de *cláusula de não-tipicidade* dos direitos fundamentais, pelo qual não se resumem àqueles direitos taxativamente previstos no elenco/catálogo do texto constitucional³⁴⁵.

Evidentemente, o fenômeno da *jurisprudencialização* da Constituição não se restringe ao campo de concretização/aplicação dos direitos fundamentais (*jurisdição constitucional das liberdades*), ainda que nessa seara esteja seu campo de atuação mais profícuo. Veja-se a

³⁴³A *fundamentalidade formal* resulta dos seguintes aspectos: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico; b) encontram-se submetidos aos limites formais e materiais da reforma constitucional (art. 60 da CRFB); c) por derradeiro; cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata (art. 5º, § 1º, da CRFB); a *fundamentalidade material*, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elementos constitutivos da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da Sociedade. Cf. SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Do Advogado, 2003, p. 82-83.

³⁴⁴A nona emenda à Constituição americana (“The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage other retained by the people”) tem servido de base para discussões sobre a recepção ou não de uma concepção de direito natural pelos *father foundations*. Para uma discussão da tese da *Constituição não-escrita* no direito constitucional norte-americano, por todos, GREY, Thomas C. **“Do we have an unwritten Constitution?”** In: Stanford Law Review, v. 27, 1975, p. 703.

³⁴⁵No direito constitucional português é conhecida a tese de que há direitos fundamentais em sentido formal, correspondentes a toda posição jurídica subjetiva consagradas na Lei Fundamental; esta constitucionaliza e, portanto, protege os direitos contra a revisão do legislador. Já os direitos fundamentais em sentido material compreendem os direitos fundamentais não-enumerados, provenientes de outras fontes, na perspectiva mais ampla de Constituição material. Cf. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2001, 2ª Ed., p. 71. Quanto à cláusula de não-tipicidade, cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2000, 3ª Ed., tomo IV, p. 10.

intervenção da jurisprudência constitucional na modulação do *perfil do federalismo*, como ilustra a *teoria dos poderes implícitos* construída pela Suprema Corte no caso *MacCulloch v. Maryland* de 1819, o qual contribuiu para que a União, dotada de poderes reduzidos pela dicção literal do art. I, seção 8, da Constituição de 1787, fortalecesse os seus poderes em detrimento das competências reservadas aos Estados-membros³⁴⁶.

O desenvolvimento do direito constitucional dos EUA, assinala Acosta Sanchez (1998:59), tem sido determinado por três fatores: a atrofia do poder de emenda, regulado no artigo V da Constituição, cuja rigidez só permitiram 15 emendas nos últimos 130 anos; o dinamismo constitucional dos Estados-membros da União; o papel crucial da Suprema Corte como produtor incessante da Constituição material durante seus largos ciclos de ativismo, em especial durante os dois últimos, sob Warren (1953-1969) e Burger (1969-1986). Esse terceiro fenômeno tem provocado uma metamorfose no direito constitucional estadunidense, levando a ser levantada a paradoxal hipótese do surgimento de um “*direito constitucional sem Constituição*”³⁴⁷, com a aparente ausência do texto formal da Constituição como fonte das sentenças proferidas pela Suprema Corte. Culminou, assim, a formação de um direito constitucional informal, material e aberto, de natureza jurisprudencial, em substituição a sua base formal – a Constituição de 1787 e suas emendas.

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional, através do reconhecimento de princípios fundamentais transpositivos pela jurisprudência de valores, seria uma espécie de “*convenção constitucional em sessão permanente*” (Acosta Sánchez, 1998:76-7); como executor central do Estado de Direito, definidor das múltiplas indeterminações dos direitos fundamentais e defensor criativo destes, e árbitro da construção federal, o Tribunal Constitucional é a *fábrica permanente* da Constituição, um *segundo poder constituinte*³⁴⁸. Na Itália, a manifestação da *jurisprudencialização* se dá com a construção da tipologia de sentenças manipulativas e da enunciação de direitos não-escritos (a partir da interpretação do art. 2º da Constituição italiana) pela Corte Constitucional. Na França, após a criação do *bloco de constitucionalidade* tem ocorrido um aumento contínuo da Constituição, resultando numa evolução incessante da *carta jurisprudencial de direitos e liberdades* pelo Conselho Constitucional.

³⁴⁶No caso *Fletcher vs. Peck*, de 1810, a Suprema Corte afirmou sua jurisdição sobre os Estados-membros (a decisão em *Marbury vs. Madison* era relativa a uma lei federal), arvorando que estes não possuíam soberania, mas estavam submetidos à Constituição dos Estados Unidos. Para um aprofundado estudo sobre o papel crucial da Suprema Corte na modulação do perfil do federalismo americano vide BOECHAT, Lêda Rodrigues. **A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano**. RJ: Civilização Brasileira, 2ª Ed., 1992. A agenda da Suprema Corte é marcada por três temas principais: federalismo, expansão econômica, direitos e liberdades.

³⁴⁷GRAGLIA, Lino A. “**How the Constitution disappeared**”. In: STEVEN ANZOVIN Ed. *The U.S. Constitution and the Supreme Court*, H.W. Wilson, New York, 1988, p. 181 a 184.

³⁴⁸Cf. FROMMONT, Michel. **Le juge constitutionnel**. In: *Pouvoirs*, n. 22, 1982, p. 52.

Disso resulta a *desvalorização-revalorização* do texto constitucional: a jurisprudência do Conselho Constitucional produz uma desvalorização dos dispositivos textuais; o Conselho “mata” o texto constitucional e o devora para apropriar-se melhor, se põe em lugar dele, e o faz reviver mediante sua voz, sua ação jurisprudencial. A ressurreição contemporânea do conceito de Constituição como ato jurisprudencial deve passar, segundo Rousseau (1991), pela fulminação do conceito de Constituição como ato escrito³⁴⁹. Trata-se, em todos esses casos, de um processo relativamente uniforme, embora não homogêneo: a *jurisprudencialização da Constituição* significa que o direito constitucional é constantemente *redefinido* e *concretizado* pelos tribunais da jurisdição constitucional. O direito constitucional tornou-se praticamente o produto do exercício do *poder de revisão judicial das leis*.

A *jurisprudencialização da Constituição* é possível de ser observada na descrição da jurisdição constitucional por Adeodato (2004), ainda que ele não utilize explicitamente esta expressão. Para ele o sistema constitucional vai muito além das bases textuais, sendo que o sentido e o alcance dos termos, a coerência argumentativa e os conflitos não estão estáticos no livro que se chama Constituição e, nem por isso, deixam de fazer parte integrante do universo constitucional. Ao conjunto de interpretações, argumentações e decisões apreciadas pelo judiciário, em questões que envolvem os textos constitucionais, dá-se a denominação de *jurisdição constitucional*³⁵⁰. A jurisdição constitucional diz respeito a todo um conjunto de decisões, que tornam plenos de sentido textos constitucionais utilizados como base para argumentações dogmáticas em torno de litígios e conflitos submetidos à apreciação do judiciário. Em que pese a noção do autor confundir as noções de jurisdição constitucional e o conjunto e o resultado final de seu trabalho e prática – a jurisprudência constitucional – há correspondência de sentido com a noção desenvolvida neste tópico.

Outrossim, ao *direito constitucional jurisprudencial* é possível associar a *concepção material de Constituição* vista como criação da realidade, que está no influxo das demandas das complexas sociedades atuais, com destaque para as questões dos direitos humanos. Contudo, não se está aqui diante de uma variante da *Constituição material*, visto que esta foi uma criação doutrinal, enquanto que o *direito constitucional jurisprudencial* tratado por Acosta Sánchez (1998) é uma criação da realidade, resultado empírico, partindo do que os norte-americanos chamam de *living constitution*.

³⁴⁹Cf. ROUSSEAU, Dominique. “**Une résurrection: la notion de Constitution**”. In: Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l’Étranger, n.º 1, Paris: LGDJ, p. 15-18. Ver também: BARACHO, J.A.Oliveira. **Justiça Constitucional: Garantia ou Déficit da Rigidez Constitucional?** In: Crises e Desafios da Constituição. (Org.) J.A.L.Sampaio. BH: Mandamentos, 2003. 77-135.

³⁵⁰Cf. ADEODATO, João Maurício. **Jurisdição Constitucional à Brasileira: Situação e Limites**. In: Neoconstitucionalismo. Ontem os Códigos. Hoje as Constituições. Porto Alegre: IHJ, 2004, p. 170.

Além disso, e paradoxalmente, a *Constituição material* era ideal, e o *direito constitucional material/jurisprudencial* é prático. Acosta Sánchez³⁵¹ (1998) afirma que a *Constituição material* – enquanto teoria – é só uma parte da *Constituição formal*, não uma outra Constituição; aspira ser uma “superconstituição”, essência ou “núcleo duro” da Constituição positiva³⁵², enquanto que o *direito constitucional jurisprudencial* está fora da Constituição formal vigente, sendo prolongação material dela. A idéia de uma *teoria material da Constituição* se situa, essencialmente, no terreno da justificação idealizada do déficit de realidade social da Constituição formal, na tentativa de suprir o hiato entre normatividade/faticidade, entre realidade sócio-política/realidade normativa da Constituição.

A *materialidade* da Constituição é tema de muitas variações; exporemos, aqui, em razão da limitação do objeto deste trabalho, apenas as mais representativas, as quais não têm relação com a célebre dicotomia entre Constituição formal/material a partir de seu conteúdo (enfoque *essencialista*). De acordo com os defensores desta distinção, a Constituição formal³⁵³ seria constituída por todos os dispositivos positivados formalmente no texto constitucional, enquanto a Constituição material seria formada por matérias *tipicamente* constitucionais, ou seja, matérias que, obrigatoriamente, a Constituição deveria regular, ainda que não estivessem expressamente positivadas no documento escrito. Hoje, esta distinção não tem nenhum sentido, pois é impossível determinar o que deve ser, necessariamente, matéria constitucional, não havendo como estabelecer um critério neste sentido³⁵⁴. Para Bercovici (1998), aqueles que ainda classificam as normas constitucionais sob este enfoque *essencialista/conteudístico* revelam a sua incompreensão com as dimensões do direito constitucional contemporâneo³⁵⁵.

A primeira *teoria material da Constituição* que merece destaque é a de Lassalle, para quem a Constituição de um país corresponde à soma dos *fatores reais de poder* que o regem; há, assim, duas Constituições: a real e efetiva, formada pela soma dos *fatores reais de poder* que regem a sociedade, e a escrita, simples “folha de papel”³⁵⁶.

³⁵¹Em acordo com SPADARO, Antonino. **Contributo per una teoria della Costituzione**. Milão, Giuffré, 1994.

³⁵²Assim, a “norma fundamental” kelseniana, a “decisão política fundamental” schmittiana, a “Constituição social” de Hauriou, encarnada na grande Declaração de 1789, ou a “superlegalidade constitucional” de Mortati.

³⁵³A precisão do sentido formal de Constituição é, rotineiramente, apontada por sua tríplice característica: a) a origem constituinte (enunciadas por um órgão constituinte originário); b) a rigidez ou supremacia formal; c) a função normativa originária (fonte de legitimidade de outras normas do sistema jurídico).

³⁵⁴Em Kelsen, e.g., a *Constituição material* designa “as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais”. Cf. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. SP: Martins Fontes, 2003, p. 249.

³⁵⁵Cf. BERCOVICI, Gilberto. **A Constituição de 1988 e a Teoria da Constituição**. In: Constituição Federal. 15 Anos. Mutação e Evolução – comentários e perspectivas. (Org.) André R. Tavares *et alii*. SP: Método, p. 17-18. Assim, o que qualifica uma norma como constitucional não é o seu conteúdo *intrinsecamente* constitucional, mas o fato de constarem no documento escrito; a qualidade de norma constitucional, no constitucionalismo moderno e contemporâneo, é aferida em razão do documento a que aderem (elemento formal).

³⁵⁶Cf. LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. RJ: Lumen Juris, 5ª Ed., 2000.

As questões constitucionais seriam apenas questões de poder; a Constituição escrita (*jurídica*) será duradoura enquanto corresponder à Constituição real (com fundamento extra-jurídico, de cunho *político*), pois, caso não corresponda, cedo ou tarde, sucumbirá.³⁵⁷ Outra influente *teoria material* da Constituição é a de Carl Schmitt, para quem a Constituição vale em virtude da vontade política existente daquele que a dá através do poder constituinte. As *leis constitucionais*, ao contrário, valem com fundamento na Constituição; toda lei, inclusive a constitucional, necessita, para sua validade, em última instância, de uma decisão política prévia, adotada por um poder ou autoridade politicamente existente. A essência da Constituição não está contida em uma norma, pois, ao fundo toda normatização reside numa *decisão política do titular do poder constituinte*. O elemento fundamental da Constituição schmittiana é a decisão, não a norma³⁵⁸. Para Schmitt, um conceito de Constituição só é possível se este for distinto da noção de *lei constitucional*; este conceito é a *Constituição em sentido positivo* (decisão política fundamental), surgida mediante ato do poder constituinte, que, por ser um único momento de decisão, contém a totalidade da unidade política³⁵⁹.

As teorizações de Rudolf Smend e Herman Heller são as que mais influenciaram o atual entendimento da *teoria material da Constituição*. Para Smend (1985) o aspecto relevante não é o da normatividade da Constituição, mas sua realidade integradora, permanente e contínua, não sendo esta eficácia integradora fruto da Constituição entendida como um momento estático da vida estatal, mas entendida como a contínua criação e renovação da dinâmica constitucional, através da inclusão/integração, no texto escrito, das forças sociais³⁶⁰.

³⁵⁷A mais famosa crítica à teoria de Lassalle é feita por HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

³⁵⁸A sistematização da “teoria da Constituição” ocorre somente no século XX com a formulação schmittiana, que intenta elaborar uma *epistemologia organizada* da Constituição. O autor trabalha quatro macro-conceitos de Constituição: a) *conceito absoluto*: desdobrado em dois planos: Constituição como situação total da unidade política (*forma das formas*) e Constituição como fonte de validade das demais normas (*norma das normas*); b) *conceito relativo*: Constituição como uma pluralidade de *leis constitucionais* que desenvolvem a decisão política fundamental; c) *conceito positivo*: Constituição como decisão de conjunto sobre modo e forma de unidade política (como decisão constituinte); d) *conceito ideal*: Constituição portadora de determinado sentido e conteúdo. Cf. SCHMITT, Carl, op. cit., p. 29.

³⁵⁹É preciso não descurar que Schmitt aciona seu arcabouço teórico para fazer frente às lutas pela apropriação de sentido da Constituição de Weimar travado com os constitucionalistas social-democratas. A distinção como “decisão fundamental x lei constitucional” revela os objetivos do autor: ao proclamar como *decisão política fundamental* as normas de organização da Constituição (primeira parte), Schmitt secunda a segunda parte da Constituição (as normas sobre direitos fundamentais e organização econômica), isto é, ao classificá-las como *leis constitucionais* as hierarquiza inferiormente. Estas duas constituições materiais distintas subsistiriam no mesmo texto da Constituição formal de Weimar; a segunda parte deveria ser substituída por uma “Contra-Constituição”, cujos princípios básicos estariam na proteção das instituições tradicionais alemãs (propriedade, casamento e religião), por meio das “garantias institucionais”. Cf. BERCOVICI, Gilberto. **A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição**. In: Teoria da Constituição. Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. RJ: Lumen Juris, 2003, p. 95-96.

³⁶⁰Cf. SMEND, Rudolf. **Constitución y Derecho Constitucional**. Trad. José Maria Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 135-141.

A Constituição deve levar em conta todas as motivações sociais da sociedade, integrando-as progressivamente. Para Heller a Constituição estatal forma um todo, no qual aparecem, complementando-se, reciprocamente, dois conteúdos parciais: a Constituição *não normada* e a *normada* e, dentro desta, a normada juridicamente e a extra-juridicamente. A Constituição *não normada* constitui-se de uma normalidade puramente empírica, sobre a qual se ergue a *Constituição normada*, que consiste em uma normalidade da conduta normada jurídica ou extra-juridicamente (costume, moral, religião, v.g.).

Vê-se, pois que a *Constituição normada* se integra de normas constitucionais jurídicas e não-jurídicas. Segundo Garcia (1998), ambas as teorias (ambientadas no debate sobre a efetividade do Estado Social) buscam integrar os elementos fáticos e normativos em um sistema unitário que, em contraposição à metafísica em que o positivismo jurídico havia terminado colocando a problemática constitucional, o direito constitucional resgatava as categorias de espaço/tempo e adquiria dimensões concretas e históricas evidentes³⁶¹.

Devemos, ainda, destacar a *teoria material da Constituição* de Mortati (1998), para quem a essência da Constituição não está na sua juridicidade, mas nas determinações das forças político-sociais dominantes, particularmente os partidos políticos, que compunham a Constituição material³⁶². O traço comum a estas *teorias materiais* é a busca da compreensão da Constituição não apenas como um arranjo lógico-dedutivo de normas (modelo formal), mas como o resultado da dialética entre o texto normativo e a realidade da vida constitucional. Ao distinguir-se do formalismo positivista, o risco dessas teorias seria sucumbir inteiramente à existencialidade concreta das forças político-sociais dominantes, esvaziando a normatividade constitucional. Porém, essas teorias se ocupam do entrelaçamento/conciliação entre o *elemento formal e o aspecto real (material) da Constituição*³⁶³.

Refira-se, por fim, que a discussão sobre a *mudança constitucional*, ao qual o tema da *teoria material da Constituição* vincula-se, não se restringe a uma abordagem dogmática (centrada nas categorias de reforma constitucional e mutação constitucional), como mostra o debate norte-americano, e.g., na teoria dos *momentos constitucionais* de Ackermann (1991).

³⁶¹Cf. GARCIA, Pedro V. **El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional**. Teoría y realidad constitucional n. 1, Madri: Centro de Estudios Ramon Areces, 1998, p. 84.

³⁶²Para Mortati a Constituição material – conjunto das forças político-sociais dominantes – engloba também a Constituição formal. A relação entre o direito constitucional e as forças político-sociais que o sustentam faz com que estas garantam a vigência e a observância da Constituição formal, visando a concretização de determinados fins. Cf. MORTATI, Costantino. **La Costituzione in senso materiale**. Milano: Giuffrè, 1998, p. 5-15.

³⁶³Para uma perspectiva comparada das teorias constitucionais, contrapondo versões contemporâneas e clássicas, ver: LEITE SAMPAIO, J. Adércio. **Teorias Constitucionais em perspectiva. Em busca de uma Constituição Pluridimensional**. In: Crises e Desafios da Constituição. B. Horizonte: Mandamentos, 1994, p. 3-54. O autor divide duas macro-concepções: o *realismo constitucional sociológico* e a *concepção normativo-material*.

Para Ackermann (1991), a Constituição real não é nem o texto escrito de 1787 nem o que os justices da Suprema Corte pensam que é, mas sim um conjunto de princípios adotados pelo “*We the People*” em momentos extraordinários de intensa deliberação constitucional, com ou sem mudanças no texto escrito. E Rosenfeld (2003), no marco da teoria do discurso, discute o problema da *identidade constitucional*, a qual, num contexto de *living constitution*, surge como algo complexo, fragmentado, parcial e incompleto.³⁶⁴

A *teoria material da Constituição* permite, assim, compreender, a partir do conjunto de suas condições jurídicas, políticas e sociais (a Constituição em sua conexão com a realidade social), o Estado Democrático de Direito. Nessa medida, o direito constitucional é um “direito vivo”, um *law in action* e não apenas um *law in the books*. O recorte da *teoria material da Constituição* realça a *imbricação* necessária entre a *Constituição escrita* e a *Constituição viva*³⁶⁵, enquadrando-se na perspectiva ampla da estabilidade/mudança, estática/dinâmica constitucionais, explicando um conjunto de questões conhecidos da teoria da constituição: transições constitucionais, obsolescência de normas constitucionais, mutações constitucionais, desenvolvimento constitucional. A vinculação entre o fenômeno da *jurisprudencialização* e a *teoria material da Constituição* é patente, guardadas as considerações feitas por Acosta Sanchez (1998): a *Constituição material* como prolongamento da *Constituição formal* é resultante da dialética entre o texto normativo e a realidade da vida constitucional.

No dizer de Canotilho (1994), os *topoi* da *historicidade* (a “entrada no tempo” da Constituição) e da *abertura* (“abertura” material e “abertura” ao tempo) conectam o texto com a intervenção da jurisdição constitucional. Ao deixar conscientemente por regular certas tarefas (*abertura material*) e ao aceitar a mudança ou mutação constitucional como fenômeno inerente à própria historicidade da vida constitucional (*abertura ao tempo*), a Constituição converte-se em “instrumento democrático”. A Constituição não se reduz a “tema” da política, mas é “premissa” desta na dinâmica do contemporâneo Estado Democrático de Direito³⁶⁶; a *jurisprudencialização* da Constituição é uma expressão parcial da “judicialização da política”, que se dá no influxo das múltiplas manifestações do controle de constitucionalidade.

³⁶⁴Ackerman identifica três momentos extraordinários do processo constitucional americano: a Fundação, a Reconstrução após a Guerra de Secessão e o *New Deal*. Cf. ACKERMAN, Bruce, op. cit., p. 3-8. Para a discussão sobre a identidade constitucional vide: ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. BH: Mandamentos, 2003. Para uma discussão das teorias no Brasil, vide VIEIRA, José Ribas et alii. **Teoria da Mudança Constitucional. Sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa**. RJ: Renovar, 2005.

³⁶⁵Por isso o direito constitucional *não-escrito*, embora tenha na Constituição escrita seus fundamentos e limites, completa/desenvolve/vivifica o direito constitucional *escrito*. Cf. CANOTILHO, J.J.G., op.cit., 2003, p. 1139.

³⁶⁶Porém, a questão não é tanto de abertura v. fechamento, mas de determinação da *dimensão material do projeto constitucional*: diretivas materiais e programas de ação constituem exigências de uma *Constituição aberta* aos problemas sociais. Cf. CANOTILHO, J.J.G. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 131-49.

3.1.4 A *jurisprudencialização* da Constituição entre dois eixos temáticos: **procedimentalismo x substancialismo**

A dicotomia entre as perspectivas *processuais* e *materiais* da Constituição não é recente, mas ganhou nova roupagem a partir dos “tipos-ideais” de Werneck Vianna *et alii* (1998: 24-38), circunscritos à análise da jurisdição constitucional. No eixo *procedimentalista*, a Corte Constitucional deve limitar-se a uma compreensão procedimental da Constituição e entender a si mesma como protetora de um processo legislativo democrático e não como guardião de uma suposta ordem de valores substanciais; no eixo *substancialista*, a criação jurisprudencial do direito encontraria o seu fundamento na primazia dos direitos e liberdades fundamentais positivados na Constituição, que se impõe à vontade da maioria.

Habermas (2003), um dos principais representantes dessa corrente, aponta que a crítica à jurisdição constitucional é conduzida quase sempre em relação à distribuição de competências entre legislador democrático e justiça: ela é sempre uma *disputa pelo princípio da divisão dos poderes*. Na Alemanha, sua crítica refere-se à *doutrina de valores* desenvolvida pelo Tribunal Constitucional, para quem a Lei Fundamental não constitui tanto um sistema de regras estruturado através de princípios, mas uma *ordem concreta de valores*. Segundo ele, os que pretendem diluir a Constituição numa *ordem concreta de valores* desconhecem seu caráter jurídico específico: os direitos fundamentais são formados segundo o modelo de normas de ação obrigatórias³⁶⁷. A censura é menos às competências do tribunal do que à técnica da *ponderação* de bens. Tal *jurisprudência dos valores* levanta a questão da *legitimidade*, pois ela implica um tipo de concretização de normas que coloca a *jurisprudência constitucional* no *estado de uma legislação concorrente*, e, ao deixar-se conduzir pela idéia da realização de valores materiais, o Tribunal Constitucional transforma-se numa instância autoritária.

Para ele, o papel do Tribunal Constitucional é utilizar os meios disponíveis no âmbito de sua competência para que o processo da normatização jurídica se realize sob condições da *política deliberativa*. A Constituição deve ser entendida como a configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexos interno entre autonomia privada e pública, sendo bem-vinda uma jurisprudência constitucional *ofensiva* quando se trata da imposição do *procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade*.

³⁶⁷ Segundo Habermas (2003) normas e valores distinguem-se, *primeiramente*, através de suas referências ao agir obrigatório (normas) ou teleológico (valores); *segundo*, através da codificação binária (normas) ou gradual (valores) de sua pretensão de validade; *em terceiro*, através de sua obrigatoriedade absoluta (normas) ou relativa (valores). Por se distinguirem segundo essas qualidades, elas não podem ser aplicados da mesma maneira. Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre facticidade e validade**. RJ: Tempo Brasileiro, 2003, p. 317.

Para Ely (1980), outro *procedimentalista*, a Constituição dos EUA foi esmagadoramente dedicada a questões de processo e estrutura, e não à identificação e preservação de valores substantivos específicos. A função dos juízes e tribunais é *proteger e estender os direitos constitucionais que reforçam a participação das pessoas nas decisões políticas*; a escolha de valores substantivos deve ser realizada por órgãos com representação democrática – Legislativo/Executivo – em um sistema político que garanta a livre discussão de questões públicas e a ampla participação popular. Os únicos direitos que devem ser garantidos pelo Judiciário são aqueles que asseguram a vitalidade do processo democrático. O papel dos juízes é apenas o de *reforçar os canais de representação* para garantir que os interesses de todos sejam considerados nos processos de decisão política, de modo que os valores escolhidos sejam legítimos pela própria estrutura aberta e pluralista desses processos³⁶⁸.

Häberle (1997) – ao menos na leitura que lhe faz Canotilho – é, normalmente, agrupado no eixo *procedimentalista*, pelo aspecto de que o papel da Corte Constitucional é *controlar a participação leal dos diferentes grupos na interpretação da Constituição*, de forma que, na sua decisão, se levem em conta os interesses daqueles que não participam do processo. Segundo o autor, o *direito processual constitucional* torna-se parte do direito de participação democrática, na medida em que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente, no que se refere às formas gradativas de participação e à própria possibilidade de participação no processo constitucional.

Para contornar o déficit de legitimidade resultante das concepções materiais, Estévez Araújo (1994) propõe a *procedimentalização* da Constituição: ao concebê-la como processo, o autor propõe que seu conteúdo seja, essencialmente, prever procedimentos que estabeleçam os meios e as garantias para a adoção de decisões coletivas.³⁶⁹ Para Zagrebelsky (2002), as sociedades pluralistas atuais – marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, sem que nenhum tenha força suficiente para fazer-se exclusivo ou dominante – assinalam à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma. A partir da Constituição, como plataforma de partida que representa a garantia de legitimidade para cada um dos setores sociais, pode começar a

³⁶⁸Cf. ELY, Jonh Hart. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 92 e segs. A fonte de inspiração de Ely é a célebre nota de rodapé n. 4 do caso *New York v. Carolene Products Co.*, de 1938 (doutrina do duplo padrão no exame de constitucionalidade).

³⁶⁹Cf. ESTÉVEZ ARAÚJO, José Antonio. **La Constitución como proceso y la desobediencia civil**. Madrid: Trotta, 1994, p. 139-143. São variantes do *procedimentalismo*: Sartori (1996), que entende as Constituições como “formas” que estruturam e disciplinam os processos decisórios do Estado e que devem ser neutras em relação ao seu conteúdo; e Kelsen (2003), com sua teoria minimalista de Constituição, cuja função principal é definir os órgãos e procedimentos públicos para a produção das normas gerais.

competição para imprimir ao Estado uma orientação de um ou de outro signo, no âmbito das possibilidades oferecidas pelo compromisso constitucional³⁷⁰.

Esta seria a natureza das constituições democráticas da época do pluralismo. A assunção do pluralismo em uma Constituição democrática é simplesmente uma proposta de soluções e coexistências possíveis, é dizer, um “compromisso de possibilidades” e não um projeto rigidamente ordenado que possa assumir-se como um *a priori* da política com força própria. Somente assim poder-se-ia ter Constituições *abertas* que permitam, dentro dos limites constitucionais, tanto a espontaneidade da vida social como a competição para assumir a direção política, condições ambas para a sobrevivência de uma sociedade pluralista e democrática³⁷¹. A palavra utilizada por Zagrebelsky (2002) para definir essa caracterização teórica é a *ductibilidade* constitucional.

No eixo *substancialista*, Tribe (1998) defende que o procedimento deve completar-se com uma teoria dos direitos e valores *substantivos*. O autor parte do caráter substantivo da maioria dos mandamentos constitucionais mais importantes da Constituição americana, entendendo que também *são substantivos* o significado e o propósito das *normas que regulam os procedimentos de participação*. Decidir que tipo de participação demanda a Constituição requer uma teoria dos valores e dos direitos, plenamente, substantiva. Assim, os direitos ao procedimento do devido processo têm em sua base a dignidade pessoal; do mesmo modo, a questão de “quem vota” ou a regra “um homem, um voto” possuem caráter substantivo³⁷².

Dworkin (2001) também defende uma teoria constitucional na qual juízes e tribunais devem fazer a afirmação de valores *substantivos* da moralidade pública, pressupostos nos direitos fundamentais dos indivíduos. O autor mostra que as teorias processuais, ao tentarem evitar julgamentos judiciais substantivos, aplicando a intenção original ou protegendo os direitos que reforçam o processo democrático, estão, na verdade, adotando julgamentos judiciais *substantivos*.³⁷³ Dworkin (2001) reconcilia a *judicial review* com o princípio da

³⁷⁰Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p. 13.

³⁷¹Este arcabouço teórico seria uma resposta à *heterogeneidade do direito legislado no Estado Constitucional* em oposição a sua *homogeneidade no Estado Liberal*. No Estado Liberal, o monopólio político-legislativo de uma classe social, relativamente, homogênea determinava as condições da unidade da legislação. O Estado Constitucional contemporâneo vem marcado pela *pulverização* do direito legislado, ocasionada pela multiplicação de leis de caráter setorial e pela *contratualização* dos conteúdos da lei: o ato de criação do direito legislativo é a conclusão de um processo político no qual participam numerosos sujeitos sociais particulares, cuja traço distinto é a ocasionalidade. Nesse sentido, as Constituições contemporâneas têm uma função *unificadora*, tentando condicionar as contradições da produção do direito. Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo, op. cit., p. 14.

³⁷²Cf. TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. New York: The Foundation Press Inc., 1998.

³⁷³No ensaio “*O fórum do princípio*” seus alvos são: a) o originalismo (*original intent*), teoria segundo a qual os tribunais, no exame da constitucionalidade das leis devem limitar-se a aplicar a intenção dos constituintes, sem introduzir valores próprios ou concepções morais modernas; b) a teoria procedimental de Ely. Cf. DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. RJ: Martins Fontes, 2001, p. 41-104.

democracia ao mostrar que os juízes, ao adotarem a *leitura moral* da Constituição, apenas concretizam valores políticos e morais eleitos pelo próprio povo, no exercício do poder constituinte, o momento supremo da soberania popular. A *leitura moral* da Constituição, que o autor sustenta ser o método correto de interpretação constitucional, não é uma licença para os juízes imporem à sociedade as suas próprias convicções morais e políticas, pois o próprio texto constitucional é portador de uma *moralidade interna* que deve ser compreendida e “construída” com base no critério da *integridade*³⁷⁴. Na visão de Ferrajoli (1999), o Direito e o Estado estruturam-se sob o paradigma constitucional, no qual o princípio da soberania popular e a regra da maioria subordinam-se aos princípios do que não é lícito decidir (os direitos de liberdade) e do que não é lícito não decidir (os direitos sociais); os direitos fundamentais configuram vínculos substanciais impostos seja às decisões das maiorias políticas seja ao livre mercado, vínculos que não são uma autolimitação revogável a qualquer tempo pelo poder soberano, mas um sistema de *limites materiais* a ele supra-ordenados³⁷⁵.

Um dos principais representantes do eixo *substancialista* no Brasil, Streck (2004; 2006) passa em revista diversas contradições das correntes brasileiras que recepcionaram o *procedimentalismo* habermasiano, as quais correm o risco de fazer interpretações *ad hoc* da Constituição, em que o procedimento é hipostasiado e posto como *condição de possibilidade* para a efetivação dos direitos fundamentais sociais³⁷⁶. Ao final, assinala-se, a concepção de *Constituição-dirigente* de Canotilho (1994:81), cuja “malha” teórica preocupa-se em delinear em que medida pode uma Constituição transformar-se em *programa normativo* do Estado e da sociedade; a *teoria do constitucionalismo-dirigente* problematiza a tendência das Constituições para: *se transformarem em estatutos jurídicos do Estado e da Sociedade; se assumirem como norma (garantia) e tarefa (direção) do processo político social*, através de normas programáticas constitucionais sobre direitos econômico-sociais, capazes de obrigar tanto o legislador a criar as leis ordinárias que fixassem as prestações positivas como o Executivo a oferecer os serviços e prestações para realização dos preceitos constitucionais.

³⁷⁴O imperativo da *integridade* afeta a atividade judicial em três dimensões: a) as decisões judiciais devem consistir em questões de princípios e não traduzir um compromisso ou posição política; b) verticalmente, a integridade vincula um juiz de forma a obrigá-lo a demonstrar que a afirmação de um determinado princípio é consistente com os precedentes e com a estrutura do Direito; c) horizontalmente, a integridade compele o juiz que adota certo princípio em um determinado caso a dar-lhe peso igual em outros momentos. O Direito se constitui, na prática, em uma narrativa em que cada nova decisão ao mesmo tempo pressupõe e inova em relação às decisões anteriores (metáfora do *romance em cadeia*), unindo o elemento retrospectivo e prospectivo. Cf. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Martins Fontes: 2003, p. 271 e segs.

³⁷⁵FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías. La ley del más débil**. Madrid: Trotta, 1999. Se inclui no eixo *substancialista* o pensamento de Cappelletti (1999), cuja extração analisamos anteriormente.

³⁷⁶Cf. STRECK, Lênio Luis. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito**. RJ: Forense, 2004, 2ª Ed, p. 147-179; Idem, **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. RJ: Lumens Júris, 2006, p. 13-27.

O cenário sintetizado do embate entre os dois eixos analíticos referidos não esconde a perspectiva daqueles que não vêem as duas correntes como excludentes, mas, senão como lógicas complementares e interdependentes, haja vista que a questão da “legitimidade” da jurisdição constitucional não passa pela discussão de “se” deve existir ou não esse controle, mas sim de “como” ele deve se dar³⁷⁷. Especialmente porque o próprio *discurso* sobre a “legitimidade” da jurisdição constitucional não ocorre no vácuo, isto é, não se caracteriza como uma defesa neutra de abstratos valores democráticos ou republicanos, mas está circunscrito historicamente e posicionado socialmente³⁷⁸. Entre o *dirigismo* e a *ductibilidade* constitucional, as diferentes teorias constitucionais contemporâneas fornecem subsídios à compreensão da “judicialização da política” na formatação do papel do controle de constitucionalidade no sistema democrático.

3.2 DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL E OS PERCURSOS PELA NORMATIVIDADE CONSTITUCIONAL NA EXPERIÊNCIA INSTITUCIONAL BRASILEIRA

3.2.1 A “expansão” dos *parâmetros, objetos e técnicas de controle de constitucionalidade, e a modulação dos efeitos da decisão na escalada da “judicialização da política”*

As *bases normativas* da “judicialização da política” são formatadas, sob o ponto de vista interno ao campo jurídico, principalmente, pela ação de *juristas* – na condição de guardiões da doutrina – e *juízes* – na condição de intérpretes oficiais das normas jurídicas³⁷⁹; sob o viés externo, as alterações legislativas introduzidas no ordenamento constitucional pelo

³⁷⁷Cf. HENNING LEAL, Mônia Clarissa. **Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática**. RJ: Lumen Juris, 2007, p. 201-9.

³⁷⁸Nesse sentido, a *importação* de modelos para discutir o caso brasileiro deve ser vista com ressalvas. O lugar-comum da crítica à jurisdição constitucional é de cunho francês, com seu perfil *rousseauiano*; mas são as vertentes alemã *habermasiana* e norte-americana que têm servido de fonte para a discussão teórica no Brasil. Circunscrita historicamente e posicionada socialmente, a bipolaridade defesa/crítica da jurisdição constitucional revela certa contradição: no passado, a crítica nos EUA era feita por juristas conservadores, que acionavam este arsenal discursivo como reação contra a jurisprudência progressista da *Corte Warren*; no cenário atual, a crítica mais contundente é dos *liberais* (no sentido norte-americano de esquerda) como resposta ao conservadorismo da *Corte Renquist*. Para uma defesa do populismo constitucional vide: TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away the Courts**. Princeton University Press, 1999. Para um “inventário” da questão da legitimidade da jurisdição constitucional, por todos: SOUZA BRITO, José de *et alii*. **Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1995.

³⁷⁹Os *guardiões da doutrina*, em um sistema legal avançado, são responsáveis pela sistematização da doutrina, a qual contém respostas oficiais pra questões legais, função que pode ser desempenhada por notáveis (honorários de Weber), acadêmicos (a tradição continental), ou juízes (o modelo dos EUA). Os *aplicadores da lei* são as posições oficialmente estabelecidas para realizarem interpretações autorizadas de normas legais em situações concretas, incluindo juízes, árbitros e funcionários administrativos. Cf. DEZALAY, Ives, TRUBECK, David. **A Reestruturação Global e o Direito. A internacionalização dos campos jurídicos e a criação de espaços transnacionais**. SP: Malheiros, 1996, p. 36-37.

Parlamento servem de fonte para a ação daqueles agentes. Nessa perspectiva, a dogmática constitucional pode atuar como fator de *impulso* ou de *refluxo* da “judicialização da política”, a partir da construção e (re)configuração dos institutos típicos do direito constitucional, os quais serão agora tratados, com ênfase para a experiência brasileira.

A inconstitucionalidade das leis exprime uma relação de conformidade/desconformidade entre a lei (ou outra espécie normativa de similar hierarquia) e a Constituição, no qual a *lei-objeto* será confrontada, em seus aspectos formais e materiais, com a *Constituição-parâmetro*, para aferir sua adequação ou não a esta, que lhe é superior (supremacia e rigidez constitucionais). A *legitimação/expansão* de novos *parâmetros de constitucionalidade*³⁸⁰ e a *incorporação* de novos *objetos* ao controle de constitucionalidade modificam o campo da revisão judicial. A natureza dos tratados internacionais de direitos humanos é exemplo típico.

Em face da *abertura material* constante do artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988³⁸¹, parte significativa da teoria constitucional brasileira defende a atribuição da natureza de norma constitucional³⁸² aos tratados internacionais de direitos humanos, o que significaria a sua integração ao *parâmetro* de constitucionalidade. Neste prisma, os tratados internacionais de direitos humanos têm posição privilegiada em relação aos demais tratados internacionais, bem como em relação ao direito interno, em que pese o histórico posicionamento contrário do STF³⁸³. A controvérsia foi “resolvida” com a introdução do § 3º ao artigo 5º da Constituição pela Emenda nº. 45/04, pela qual os tratados internacionais de direitos humanos que forem aprovados pelo rito procedimental das emendas constitucionais equivalerão a estas. A incorporação dessa regra constitucional, não obstante albergar a tradicional posição do STF, cria uma *dualidade* de tratados internacionais de direitos humanos (os que teriam *status constitucional* e os que teriam *status* de lei ordinária), paradoxo apontado por Bolzan de Moraes (2005): a) aqueles tratados que forem incorporados à ordem interna com base nos procedimentos agora previstos pelo novel § 3º do art. 5º da Constituição seriam tidos como

³⁸⁰ A discussão sobre se todos os dispositivos da Constituição *formal* integram o *cânon* de constitucionalidade é questão superada desde o clássico estudo de Lúcio Bitencourt, no qual este infirma a distinção entre cláusulas mandatórias e diretórias. Todos os dispositivos constantes da Constituição participam da natureza da *lei constitucional*, dispondo, indistintamente, da mesma força, que provém, não de sua matéria, mas do caráter do instrumento a que aderem, não sendo possível distingui-las, para o efeito de sua observância, em substanciais (imperativas/mandatórias) e acessórias (de mera conveniência/diretórias). Cf. BITENCOURT, C. A. Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. RJ: Forense, 1968, 2ª Ed., p. 56-60.

³⁸¹ Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

³⁸² Os opositores da tese advogam que isto significaria uma alteração da Constituição sem o exercício do poder constituinte derivado, tendo em vista que a incorporação/internalização dos tratados internacionais no sistema constitucional brasileiro adota a teoria dualista moderada, segundo a qual a competência para firmar tratados é do Presidente da República (art. 84, VIII, da Constituição), sujeito a referendo do Congresso Nacional (art. 49, I, da Constituição), sem observância das regras qualificadas das emendas constitucionais.

³⁸³ Como bem demonstra o Habeas Corpus nº. 77.942-1/RJ.

material e formalmente constitucionais; b) aqueles tratados não internalizados conforme tal procedimento, embora pudessem ser tidos por incorporados com base na “abertura” presente no § 2º, seriam “apenas” materialmente constitucionais em razão da matéria humanitária que veiculam³⁸⁴. Conseqüentemente, nesta segunda hipótese, os tratados continuam a não integrar o *parâmetro/cânon* de constitucionalidade.

A integração dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade ao *parâmetro* de constitucionalidade constitui a incorporação de um *cânon invisível*, na expressão de Sampaio (2002:185). Cuida-se de aferir o vício de inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso do Poder Legislativo, procedendo-se ao controle sobre a *adequação*, a *necessidade* e a *proporcionalidade stricto sensu*³⁸⁵ do ato legislativo. O excesso de Poder Legislativo como manifestação de inconstitucionalidade configura afirmação da censura judicial no âmbito da discricionariedade legislativa ou, como assente na doutrina alemã, na esfera de liberdade de conformação do legislador. A jurisprudência da Corte Constitucional alemã aceita que o fundamento do princípio da proporcionalidade/razoabilidade, integrado ao *parâmetro* desde suas primeiras decisões, reside tanto nos direitos fundamentais quanto no contexto do Estado de Direito. Nos EUA deu-se um grande desenvolvimento do princípio com a interpretação que a Suprema Corte fez da cláusula do devido processo legal em sentido substantivo³⁸⁶. Na França, o Conselho Constitucional desenvolveu, nos anos 70, a técnica do *erreur manifeste d’appréciation* do Parlamento; na Itália, a Corte Constitucional emprega a “fiscalização de razoabilidade” nos juízos de adequação, pertinência, congruência e proporcionalidade;.

Outros princípios não-escritos no texto constitucional também podem integrar o *cânon*, como defende Streck (2004:527), para quem os princípios, mesmo não inscritos textualmente na Constituição, servem como referência (*parâmetro*) para a conformação dos textos

³⁸⁴Cf. BOLZAN DE MORAES, José Luis. **Direitos Humanos e Constituição: o “Novo” da EC 45/04**. In: Direitos Sociais & Políticas Públicas. Desafios Contemporâneos. Tomo 5. (Orgs.) Rogério Gesta Leal e Jorge Renato Reis. Santa Cruz do Sul: Unisc, 2005, p. 1458-1462. Na Europa tem ocorrido a expansão do *controle de convencionalidade*, pelo qual os Tribunais Constitucionais e juízes ordinários tem utilizado como cânon a Convenção Européia dos Direitos Humanos e os tratados da União Européia, em que pese, via de regra, o alegado monopólio da Corte Européia de Justiça e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos para sua aplicação.

³⁸⁵Para uma leitura destes princípios no âmbito dos direitos fundamentais e sua integração ao *cânon* de constitucionalidade veja-se: BARROS, Suzana Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

³⁸⁶A partir de 1890, incorporou-se à cláusula do *due process of law*, já com a vigência da 14ª Emenda à Constituição americana, o sentido de proteção substantiva dos direitos e liberdades civis a partir de critérios de razoabilidade. A doutrina do *substantive due process of law*, usada na *Era Lochner*, renasceu a partir da decisão em *Griswold v. Connecticut*, de 1965, na qual o *direito à privacidade* foi reconhecido a partir do argumento de que várias normas constitucionais proíbem a invasão de domicílio sem ordem judicial ou garantem o direito à não-incriminação, criando *zonas de privacidade* imunes às intervenções do poder público, que deveriam ser estendidas para proteger as decisões no seio da relação matrimonial. Entendendo que a maior parte do direito constitucional americano gira em torno da interpretação da XIV Emenda, vide: BERGER, Raoul. **Government by Judiciary. The Transformation of the Fourteenth Amendment**. Harvard University Press, 1977, p. 407.

normativos infraconstitucionais, pois o princípio funciona como um elemento operativo no âmbito de uma co-originariedade, constituindo o núcleo da materialidade da Constituição, não havendo como separá-los da Constituição, o que não significa aceitar-se a incorporação de um hipotético direito *suprapositivo* ao *parâmetro* de constitucionalidade. A *dignidade humana* é entendida por Segado (2006) como o valor supremo do ordenamento jurídico espanhol e fonte de todos os direitos, sendo um valor jurídico fundamental do constitucionalismo do pós-Segunda Guerra Mundial, esteja ou não expressamente previsto no texto constitucional³⁸⁷.

A forma mais comum de extensão do *parâmetro* corresponde ao reconhecimento das chamadas *normas interpostas*, isto é, à legitimidade da superioridade formal do conjunto normativo a que a Constituição confere caráter condicionante ao legislador e demais poderes. Contempla as hipóteses de desconformidade entre um ato normativo e um outro de valor formal superior (mas de valor formal não constitucional) exigido pela Constituição como condição de validade (formal ou substancial) do primeiro: a *parametricidade* da Constituição é indireta. Esta é a situação dos atos de delegação legislativa voltados à produção da lei delegada e, em alguns países, dos regimentos legislativos³⁸⁸. No Brasil, a EC 45/04 incluiu as chamadas *normas gerais*³⁸⁹ ao *parâmetro* com o deslocamento de competência jurisdicional para a resolução do conflito entre leis locais e leis federais do Superior Tribunal de Justiça para o Supremo Tribunal Federal (Art. 102, inciso III, alínea “d”, da Constituição).

A definição dos *preceitos fundamentais*, como *parâmetro* para a interposição da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), é outro problema ligado à questão da extensão do *cânon* de constitucionalidade. Tavares (2001) entende que a tarefa de identificar, topicamente, todos os preceitos constitucionais fundamentais caberá ao STF, na condição de órgão que dita a última palavra em questões constitucionais³⁹⁰, posição criticada por Streck (2004:832), na medida em que transfere para o STF o direito exclusivo de *dizer o direito*, arvorando a tarefa de identificar e atribuir sentido aos *preceitos fundamentais*, como parâmetro para a ADPF, à comunidade científica.

³⁸⁷Cf. SEGADO, Francis co Fernández. **La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos**. In: Sarlet, Ingo W. (Org.). *Jurisdição e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Do Advogado, 2006, p. 99-128.

³⁸⁸Peculiar é o controle desenvolvido pelo Tribunal Constitucional espanhol em face dos Estatutos de Autonomia – leis hierarquicamente superiores às demais, destinadas a disciplinar a repartição de atribuições entre as Comunidades Autônomas e o poder central –, os quais, sem integrar o texto da Constituição, compõem o conjunto normativo que serve de parâmetro para o controle dos atos oriundos de ambas as esferas de poder. São *normas constitucionais secundárias* ou *normas* de nível *subconstitucional* (Acosta Sanchez, 1998:98).

³⁸⁹O campo das *normas gerais* de direito tributário (art. 146, CF) e das demais *normas gerais* no âmbito da competência legislativa concorrente (art. 24, CF) são propícias ao tema.

³⁹⁰Cf. TAVARES, André Ramos. **Tratado da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. SP: Saraiva, 2001, p. 115 e segs.

Mendes (2001), por exemplo, entende que seriam *preceitos fundamentais* os direitos e garantias individuais, as cláusulas pétreas e os chamados princípios sensíveis³⁹¹; Binbenojm (2001) defende que *preceitos fundamentais* seriam os princípios fundamentais, os direitos e garantias fundamentais, os direitos sociais, a repartição de poderes e a federação e os princípios gerais da ordem econômica³⁹². A teoria constitucional e a atividade jurisprudencial, assim, conduzem à ampliação ou à *usurpação do parâmetro* de constitucionalidade (o *corpus* constitucional), legitimando ou não novos *conjuntos normativos de referência* para o exercício da revisão judicial, o que modifica a intensidade da “judicialização da política”³⁹³.

A ampliação/supressão do *objeto de constitucionalidade* é o segundo ponto de análise. A inclusão das *omissões do legislador* como objeto de controle é o exemplo mais contundente de amplificação do campo jurisdicional das Cortes Constitucionais. A difusão das *normas programáticas* – que estipulam fins e diretrizes aos órgãos estatais – no constitucionalismo contemporâneo introduziu a idéia de que inconstitucionalidade pode também resultar do não-cumprimento, sobretudo por parte do legislador, de determinada e específica *imposição constitucional* de realizar determinada conduta positiva³⁹⁴. Não obstante, o STF esvaziou o conteúdo do mandado de injunção, equiparando-o à ação direta de inconstitucionalidade por Omissão no *leading case* MI 107-3/DF; portanto, o titular do direito cujo exercício está obstado pela falta da norma regulamentadora restou órfão de outro instrumento eficaz de controle das *omissões totais* (aquelas em que há a ausência completa da lei de regulamentação), em razão do perfil do instituto modulado pelo STF³⁹⁵.

A regulamentação da ADPF pela Lei 9.882/99 teve como principal objetivo incorporar as *leis municipais, os atos de efeito concreto e o direito pré-constitucional* como objetos do

³⁹¹Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: Parâmetro de Controle e Objeto**. In: Tavares, André R., Rothenburg, Walter C. (Orgs.). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: análises à luz da Lei nº 9882/99*. São Paulo, Atlas, 2001, p. 128.

³⁹²Cf. BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira – legitimidade democrática e instrumentos de realização**. RJ: Renovar, 2001, p. 189.

³⁹³O exemplo mais rico de extensão do parâmetro é o da doutrina francesa do *bloc de constitutionalité*; uma concepção de Constituição material também permite a ampliação do *cânon* de constitucionalidade, enquanto uma concepção puramente formal leva à direção oposta, como mostra a extensão do parâmetro na Itália, movida pela teoria da “Constituição material” dominante naquele país.

³⁹⁴Incorre em *inconstitucionalidade por omissão* o órgão ou poder que trata de não fazer aquilo que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado. Cf. CANOTILHO, J.J.G., 1994, op. cit., p. 331. O Brasil adotou mecanismos de controle da omissão do legislador por inspiração da Constituição portuguesa de 1976; há países, no entanto, que acolheram a noção de inconstitucionalidade por omissão por obra de sua jurisprudência constitucional, como Espanha, Itália e Alemanha.

³⁹⁵O controle das *omissões parciais* e suas espécies (a *omissão relativa*, quando a lei exclui do seu âmbito de incidência determinada categoria que nele deveria estar abrigada, privando-a de um benefício, em violação ao princípio da igualdade; a *omissão parcial propriamente dita*, quando o legislador, sem afetar o princípio da igualdade, atua de modo deficiente em relação à obrigação que lhe era imposta) também não obteve o dimensionamento devido; as omissões totais ou parciais poderiam ser “corrigidas/colmatadas” pela aplicação da técnica da *interpretação conforme a Constituição*. Cf. STRECK, Lênio Luis, 2004, op. cit., p. 790-795.

controle abstrato de constitucionalidade, o que não se resolveu totalmente, tendo em vista que o confronto entre estes objetos não se dá em relação a todo o texto constitucional, mas tão somente em relação aos *preceitos fundamentais*, cuja definição é carente de determinação. O direito municipal, os atos de efeitos concretos e o direito pré-constitucional só alcançam a *parametricidade* integral da Constituição pela via do controle difuso.

A *political questions doctrine* desenvolvida na Suprema Corte dos EUA, representada pela *não-judiciabilidade* das questões políticas, é um dos *objetos* mais comumente suprimidos do controle de constitucionalidade. O debate sobre os limites da interferência judicial nos EUA foi fixado a partir da consideração de que existem decisões que devem ser tomadas por agências específicas do Governo ou mesmo pelo próprio eleitorado e não pelos juízes³⁹⁶. No contexto brasileiro, Rui Barbosa, imerso na lógica do liberalismo-individualista, somente admitia como esfera inteiramente fora das *questões políticas* os direitos individuais³⁹⁷. Bonavides (2004) sustenta que, *questões políticas*, sob o ponto de vista técnico, para efeito de excluí-las do controle de constitucionalidade, são as que, preferencialmente, se alojam na *faculdade discricionária* reservada aos poderes políticos e que podem compor o substrato de uma política, cujo teor controverso não será nunca objeto legítimo de apreciação judicial³⁹⁸.

A subtração das *questões políticas*, não obstante a ausência de um estatuto jurídico para sua definição, como objeto de controle da constitucionalidade, traduz um equívoco de pré-compreensão da Constituição sob o influxo do Estado Democrático de Direito, na medida em que a inclusão das *políticas públicas* como *objeto* de controle de constitucionalidade (quer através de Ações Civas Públicas no controle difuso, quer através do controle abstrato de constitucionalidade) é uma exigência para o cumprimento do *programa normativo* do Estado Social e um meio eficaz para a amplificação de pretensões políticas de grupos que hoje estão à margem do debate travado nas instâncias formais da democracia representativa. O controle da *execução das políticas públicas* constitucionalizadas afasta a *political question doctrines*.

³⁹⁶Tribe (1998) anota que existem pelo menos três concepções diversas sobre os limites definidos pela *political questions doctrine*: numa *concepção rígida*, toda e qualquer questão pode ser analisada pelo Judiciário, por conta de seu poder de interpretação da Constituição; uma *concepção prudencial*, que autoriza a intervenção judicial sempre que o julgamento de mérito force a corte a adotar um compromisso com um princípio constitucional; uma *concepção funcional*, na qual os juízes devem considerar as dificuldades de acesso às informações técnicas essenciais, bem como as responsabilidades com outras políticas de governo, na determinação de quais os casos irão interferir. Cf. TRIBE, Laurence, 1998, op. cit., p. 96.

³⁹⁷Rui fez extenso catálogo de temas incluídos nas *questões políticas*, fora do alcance do controle de constitucionalidade, dentre elas: 1) a declaração de guerra e a celebração da paz; 2) as relações diplomáticas; 3) a celebração/rescisão de tratados; 4) o comércio internacional; 5) o comando e a disposição das forças militares; 6) o regime tributário; 7) a distribuição orçamentária da despesa. Cf. BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 320.

³⁹⁸Para citar, e.g., medidas de política econômica, declarar a guerra, negociar a paz, estabelecer o regime tributário, decretar a intervenção nos preços e na moeda, regular as relações internacionais, promover o desenvolvimento, Cf. BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 323.

A rigor, os *usos sociais* da *political questions doctrine* representa a tentativa de acionar um *mito bem fundamentado* para *imunizar* as instâncias do poder político contra a irradiação dos efeitos da Constituição e de seu núcleo material³⁹⁹. Em um desdobramento dessa doutrina, integrantes do Congresso Nacional, tentaram bloquear atos parlamentares, sob a designação de *atos interna corporis*, do controle da jurisdição constitucional em recentes episódios das Comissões Parlamentares de Inquérito. O controle judicial de programas sociais previstos na Constituição ou em lei, a proteção de direitos fundamentais sociais, o controle das concessões de serviços públicos, o controle da destinação das receitas tributárias das contribuições sociais (como as contribuições sociais destinadas à seguridade social), o controle da execução de obra pública ou prestação de serviço na lei orçamentária anual, significam amplificação dos objetos de apreciação da fiscalização de constitucionalidade.

Ainda em relação ao tema da supressão de objetos do controle de constitucionalidade situa-se a questão das *súmulas* no direito brasileiro. A rigor, as súmulas representam o reino do *conceitualismo*, na qual os verbetes de jurisprudência *dominante* dos tribunais aprisionam o sentido dos textos jurídicos; os usos práticos das súmulas inserem-se no domínio do positivismo e sua lógica subsuntiva-dedutiva a partir de *significantes primordiais-fundantes* que escondem a singularidade dos casos particulares e sequestram a historicidade da norma⁴⁰⁰. Streck (2005:117) aduz que as *súmulas* são suscetíveis de *controle de constitucionalidade* (ao ter efeito vinculante adquiriu *status* de normatividade) em três dimensões: a) se violar um dispositivo infraconstitucional ou será inconstitucional, por violação direta à Constituição, ou poderá deixar de ser aplicada em face dos critérios de resolução de antonomias; b) a ADPF é remédio para suscitar a inconstitucionalidade de súmula; c) a aplicação da interpretação conforme e da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

Outro instituto que interfere na aceleração/desaceleração da “judicialização da política” – a *legimitação ativa* para a proposição das ações em sede de controle abstrato de constitucionalidade –, cujo modelo de positivação implantado com a Constituição de 1988 previu intermediação de uma *comunidade pluríma de intérpretes*, vem sendo bloqueado pela jurisprudência do STF em dois pontos: a) o bloqueio do acesso de cunho universalista com o

³⁹⁹Na República Velha, as sucessivas decretações do Estado de Sítio permaneceram imunes ao controle jurisdicional, como típica *questão política*. Cf. RODRIGUES, Ieda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal:1891-1898: defesa das liberdades civis**. RJ: Civilização Brasileira, 1991, vol. 1, 2ª Ed., p. 15-28.

⁴⁰⁰Streck aponta o caráter *prêt-a-porter* das súmulas, a tentativa de sua funcionalização metafísica generalizante e universalizante, e, com a súmula vinculante (que passa pelos procedimentos formais de aprovação instituídos pela EC 45/04), a *institucionalização de um monolítico “bloco de reificação lingüística”*, apto a ser manejado para a elaboração de deduções/subsunções, a operar como instância discursiva reguladora de outros discursos. Cf. STRECK, Lênio Luis. **Súmulas vinculantes: em busca de algumas projeções hermenêuticas**. In: Jurisdição e Direitos Fundamentais. (Org.) Ingo Sarlet. Vol. I, Tomo I. P. Alegre: Do Advogado, 2005, p.117.

requisito da *pertinência temática*⁴⁰¹ para as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional; b) na hipótese da *perda superveniente* da representação parlamentar dos *partidos políticos* no Congresso Nacional, a jurisprudência do STF tem se pautado pela desqualificação da legitimação ativa do partido e a ação não poderá prosseguir⁴⁰².

A *doutrina das virtudes passivas* é outro instrumento de *refluxo* da fiscalização de constitucionalidade; desenvolvida nos EUA, tem por característica singular a adoção de técnicas que evitem decisão de mérito em controvérsia constitucional, numa postura de *auto-contenção* judicial. A Suprema Corte controla a sua agenda principalmente por meio do *writ of certiorari*, decidindo, discricionariamente, quais casos que lhe chegam às mãos serão decididos no mérito⁴⁰³. Bickel (1986) argumenta que essa prerrogativa tem sido utilizada para evitar julgar certos casos em relação aos quais há um déficit de informação, de modo que é preferível deixar a decisão para um momento posterior, ou julgá-la de forma *minimalista*, isto é, não se aprofundando nos debates jurídicos além do necessário à resolução do caso.

No Brasil, o STF não possuía semelhante instrumento para controlar sua agenda antes da vigência da EC 45/04, que introduziu a cláusula de *repercussão geral*, pela qual o recorrente, em recurso extraordinário, deverá demonstrar a repercussão, para além do interesse subjetivo das partes, das questões constitucionais discutidas no caso, a fim de que o STF examine a admissão do recurso. O objetivo da cláusula de *repercussão geral* é a de *bloqueio* da jurisdição constitucional, pela transferência ao STF da discricionariedade do direito de decidir⁴⁰⁴. A mesma lógica da *efetividade quantitativa* envolta às súmulas reaparece sob outra modalidade: naquela enfraquece-se as instâncias inferiores; com a *repercussão geral* esvazia-se a própria efetividade da Constituição, atribuindo-se ao STF o direito de *decidir não-decidir*. Aliás, os dados empíricos colacionados nos dois primeiros capítulos, têm demonstrado uma prática constante do STF: a de não proferir decisões substantivas de mérito.

⁴⁰¹ Isto é, a relação de pertinência entre o objeto da ação de inconstitucionalidade e a natureza da representação de interesse, nos casos das confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional. O requisito da *pertinência temática* vem obstando a *esfera dos interesses* a participar de ações de inconstitucionalidade dotadas de cunho universalista. O esforço que o STF desenvolve para restringir o direito de propositura dessas entidades levou-o a reconhecer a legitimidade de determinada organização, para negá-la num segundo momento: A Federação Nacional das Associações dos Servidores da Justiça do Trabalho teve a sua legitimidade reconhecida na ADIn 37-3, para depois vê-la infirmada nas ADIns n.ºs. 433-6, 526-1 e 530-8.

⁴⁰² Cf. ADIN 1.063-DF, Rel. Min. Celso de Mello. Entendimento, todavia, que não é coerente com a natureza universal do controle abstrato de constitucionalidade, que não está ligado ao interesse particular daquele partido político específico e de sua representação parlamentar temporal.

⁴⁰³ Os critérios legais para concessão do *writ of certiorari* não vinculam a Suprema Corte, que não tem, portanto, qualquer obrigação legal explícita de coerência ao decidir pelo conhecimento ou não de uma causa. O juízo da Suprema Corte é discricionário e não necessita fundamentação. Não por acaso um juiz da Suprema Corte teria afirmado: *a coisa mais importante que fazemos é não-fazer*. Cf. BICKEL, Alexander, op. cit., p. 112..

⁴⁰⁴ O instituto tem antecedentes: a *arguição de relevância*, introduzida pela EC 07/77, e a *transcendência do recurso de revista* (Art.896-A da CLT), embora este último não tenha *status* constitucional.

Na ausência de mecanismos legais para controlar a própria agenda (anteriormente à EC 45/04), o STF desenvolveu meios próprios para evitar decisões de mérito em controvérsia constitucional, consubstanciado nas *questões prejudiciais de natureza processual*. Nesse particular, o tribunal tem utilizado a figura do *prequestionamento*, no âmbito do recurso extraordinário, sem que haja previsão no texto da Constituição ou de lei; trata-se de criação jurisprudencial que exige a veiculação expressa da questão constitucional no acórdão proferido nas instâncias inferiores. Preocupado em obstar o acesso à jurisdição constitucional, o tribunal tem editado diversas súmulas veiculando *obstáculos processuais*, sem previsão constitucional, para a admissão de recurso extraordinário⁴⁰⁵.

A criação e *difusão* das *técnicas* de controle de constitucionalidade pelos Tribunais Constitucionais têm se constituído em forte mecanismo de ampliação de sua jurisdição. A *interpretação conforme a Constituição* e a *inconstitucionalidade parcial sem redução de texto*, importados do direito constitucional alemão, e aplicados há algum tempo pelo STF, foram institucionalizados pela Lei 9.868/99. Apesar de possuírem diferenças qualitativas, as duas técnicas de decisão são espécies do gênero *decisões interpretativas*. Trata-se de institutos construídos visando à otimização dos textos jurídicos, mediante agregação de sentidos, não condizente com a reprodução, mas com a produção de sentido. Na *interpretação conforme* à Constituição o tribunal *elimina* as interpretações possíveis do ato normativo impugnado, que sejam incompatíveis com o parâmetro constitucional, declarando a constitucionalidade de uma *única* interpretação conforme/adequada à Constituição⁴⁰⁶; decorrência de tal processo decisório é a declaração de inconstitucionalidade das demais interpretações assimiláveis à literalidade do preceito normativo. Na *nulidade parcial sem redução de texto*, o tribunal declara determinadas *hipóteses de aplicação* como incompatíveis com a Constituição, isto é, declara inconstitucionais algumas *hipóteses de incidência* do ato impugnando, sem alterar-lhe o texto. Ao lado destes institutos, tem-se outra técnica, desenvolvida pelo Tribunal Constitucional alemão, que coloca em foco a relação do controle de constitucionalidade com a atividade legislativa, reforçando os *espaços de atuação* da Corte Constitucional.

⁴⁰⁵A Súmula 283 estabelece que é inadmissível o recurso extraordinário quando a decisão recorrida assenta-se em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles; a 284 exige que o recurso esteja adequadamente fundamentado, sendo ele inadmissível se a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia. Tais súmulas, não bastasse toda problemática da *objetificação essencialista*, foram editadas sem base constitucional ou legal: o STF se substitui ao legislador (constituinte e ordinário).

⁴⁰⁶Segundo Hesse, trata-se de atividade mais contundente do que a própria declaração de inconstitucionalidade, pois o órgão de jurisdição constitucional *conforma positivamente* a norma, enquanto no caso da declaração de inconstitucionalidade *a nova conformação segue sendo assunto do legislador*. Cf. HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 52-53. É um princípio de conservação da lei, isto é, uma tentativa de preservação do produto legislativo e, conseqüentemente, uma (presumida) postura de respeito para com o órgão representativo da *volonté générale*.

Trata-se da técnica do *apelo ao legislador*, pela qual se reconhece que uma lei “ainda é constitucional”, mas vai tornar-se inconstitucional em razão de determinados elementos espaciais ou temporais. Ao invés de declarar, desde logo, a nulidade da lei, o tribunal *apela ao legislador* para que “corrija” o seu conteúdo e a situação possa ser preservada⁴⁰⁷.

Diferentemente da técnica alemã da *interpretação conforme* e da técnica francesa da *interpretação neutralizante* (em que se separam duas ou mais interpretações do mesmo texto com o objetivo de expulsar uma delas do sistema jurídico, declarando no dispositivo da sentença a *interpretação conforme* a Constituição), na *sentença manipuladora* italiana a condenação da interpretação excluída figura no dispositivo da sentença. A defecção ou incompletude de determinado diploma legal suscita, segundo diversas experiências constitucionais, decisões com caráter de suplementação normativa. Em tais casos, o órgão de jurisdição constitucional declara a inconstitucionalidade da lei *na parte em que não* estabelece determinada medida – que constitucionalmente deveria estabelecer – e supre a omissão legislativa parcial, enunciando o critério normativo exigido. São as *sentenças normativas manipuladoras aditivas*, técnica que importa na criação de norma geral de caráter geral e vinculante, declarando inconstitucional certo dispositivo por ter deixado de dizer algo⁴⁰⁸.

Nas *sentenças (manipuladoras) aditivas de princípio*, também na experiência italiana, declara-se a inconstitucionalidade de um ato normativo até que o legislador ultime novo diploma legal que estabeleça medida exigida constitucionalmente, segundo os princípios enunciados pela corte, exortando o legislador à superação da omissão parcial⁴⁰⁹. No caso das *sentenças (manipuladoras) substitutivas* há um duplice aspecto: a lei é inconstitucional por aquilo que dispõe e também por aquilo que deveria dispor no lugar da lei inconstitucional⁴¹⁰.

⁴⁰⁷Cuida-se de uma técnica de *auto-contenção* judicial, pela qual se reduz a tensão entre o legislador e o Tribunal Constitucional. Para uma análise da *judicial self-restraint* na França e nos EUA como “remédio” ao *governo dos juízes* vide: PECH, Laurent. “**Le remède au gouvernement des juges: le judicial self-restraint?**”. In: *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Presses universitaires de la Sorbonne, 2001, p. 63-113.

⁴⁰⁸Por intermédio da interpretação, a regra em questão passa a ser aplicável a mais situações do que aquelas originariamente compreendidas pelo texto legal em abstrato. Constitui decisão dessa espécie a proferida pela Corte Constitucional italiana acerca do art. 304 do Código de Processo Penal daquele país, que assegura aos defensores das partes o direito de assistir às provas judiciais e às perícias, mas não aos interrogatórios; a corte julgou, em face do direito à ampla defesa e contraditório, inconstitucional o dispositivo legal na parte em que exclui o direito dos defensores a apreciar a realização dos demais atos instrutórios. O Tribunal Constitucional espanhol reconhece às relações de fato (*more uxório*) os mesmos direitos que a lei concede ao casamento.

⁴⁰⁹Também chamada de *sentença de delegação ou de habilitação*, a decisão declara inconstitucional a disciplina legislativa denunciada, enunciando a diretriz (conteúdo) da norma que deve ser introduzida em sua substituição, assinalando ao legislador, em prazo específico, a tarefa de aprovar a nova disciplina. Assimila-se à técnica alemã do *apelo ao legislador*, à diferença de que aqui é fixado o conteúdo preciso que a nova lei deve conter.

⁴¹⁰A decisão é *cassatória* do preceito inconstitucional, de um lado, e *substitutiva*, de outro: ela substitui o comando normativo contrário à Constituição por outro que observa a exigência constitucional. Para a análise das *decisões interpretativas*: BOFILL, Héctor L. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004; REVORIO, Francisco J. D. **Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional: significado, tipología, efecto y legitimidad**. Valladolid: Lex Nova, 2001.

As *decisões interpretativas*, em suas múltiplas espécies, são produto da tensão potencial que envolve a jurisdição constitucional no exercício do controle de constitucionalidade e o legislador, e, ao mesmo tempo, uma tentativa de conciliação a esta tensão. A virtuosidade dos diversos institutos e sentenças interpretativas tratadas liga-se ao contemporâneo paradigma hermenêutico, que aponta para a inevitável atributividade de sentido a ser feita pelo intérprete. Resultam da assunção, doutrinária e jurisprudencial contemporânea, de que há uma distinção entre *texto normativo*, enquanto produto da atividade legislativa, de um lado, e *norma jurídica*, como atribuição de sentido ao texto normativo pela atividade judicial⁴¹¹.

Bercovici (2003:112) aduz que a atual tendência de valorização da hermenêutica na teoria constitucional é consentânea à crescente “normativização” da Constituição e da consolidação dos tribunais constitucionais, os quais favorecem a proposta de *métodos e princípios próprios* de interpretação constitucional, que alteram o perfil da “judicialização da política”. Assim, a doutrina e jurisprudência constitucional brasileira têm importado, com frequência, os *princípios* de interpretação constitucional aduzidos por Konrad Hesse em seu manual de direito constitucional; no caso dos *métodos*, a referência baseia-se no famoso artigo de Ernst-Wolfgang Bockenförde⁴¹². Não obstante, o modelo interpretativo paradigmático tem sido a *técnica da ponderação de bens*, pela qual se presume que há sempre um conflito entre bens constitucionais: a valoração feita por uma autoridade precedente (legislador/lei; juiz/sentença; administrador/ato administrativo) pode ser eliminada ou suspensa por uma valoração sucessiva do juiz constitucional, apoiado em um exercício de racionalidade⁴¹³. A rigor, os usos teóricos da interpretação constitucional para fins políticos não é novo, como demonstra a disputa *originalismo/não-originalismo* na teoria constitucional americana⁴¹⁴.

⁴¹¹A *declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto*, v.g., atinge a norma e não o texto (dispositivo/preceito). A diferença *ontológica* entre texto/norma, o que não significa a “separação” entre texto e norma, é tratada, magistralmente, por STRECK, Lênio, 2004, op. cit., capítulo V, p. 197-288.

⁴¹²Cf. HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998, p. 65-68; BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 13-35. O método *concretizador* de Müller e sua distinção entre *programa da norma/âmbito da norma* tem tido forte influência no panorama brasileiro. Cf. MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. RJ: Renovar, 3ª Ed., 2003. Este conjunto de métodos/princípios de interpretação transfere a objetivação do texto para a objetivação da regra e do método interpretativo, como bem criticado por Streck (2004).

⁴¹³A *ponderação* supõe impor uma carga de argumentação que justifique a suspensão circunstancial de um princípio válido (pela enunciação de preferência de outro princípio). É uma operação racional que se efetua sem “rede normativa”, visto que a Constituição não estabelece nenhuma ordem hierárquica de valores/direitos. Cf. PRIETO SANCHIS, Luiz. **Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico**. In: Doxa n. 23, p. 177 e segs.

⁴¹⁴O *originalismo* pode ser sucintamente definido como o método de interpretação constitucional que atribui autoridade vinculante ao texto da Constituição, tal como era entendido no momento em que foi adotada, ou às intenções daqueles que a adotaram. Outro modo de defini-lo consiste em considerá-lo uma abordagem *interpretativista* da Constituição, no sentido de que se atém apenas às normas explicitamente contidas no texto constitucional. Cf. BRITO, Miguel Nogueira de. **Originalismo e Interpretação Constitucional**. In: SILVA, Virgílio Afonso (Org.). *Interpretação Constitucional*. SP: Malheiros, 2005, p. 55-56.

Por fim, refira-se à *modulação dos efeitos temporais* da decisão como mecanismo de alteração do perfil da “judicialização da política”. Com efeito, a defesa da Constituição por meio do controle jurisdicional de constitucionalidade não seria eficaz se as violações das normas constitucionais captadas em sede de fiscalização judicial não fossem acompanhadas de *sanções* específicas. A construção clássica da inconstitucionalidade é de que à lei inconstitucional é atribuída a *sanção da nulidade*: ato inconstitucional é ato nulo de pleno direito, com efeitos retroativos ou de eficácia *ex tunc*, doutrina proclamada no Federalista n. 78 e acolhida por Marshall, em *Marbury v. Madison*, cujo corolário natural é que a decisão de inconstitucionalidade tem efeito declaratório e não constitutivo, limitando-se a reconhecer uma situação pré-existente. Para Kelsen, todavia, a inconstitucionalidade não geraria uma nulidade, mas tão-somente a *anulabilidade* do ato; como consequência, a decisão que a reconhece teria natureza *constitutiva negativa* e produziria efeitos prospectivos ou de eficácia *ex nunc*, ou seja, o efeito da invalidade só começa a partir do momento de sua declaração⁴¹⁵.

No Brasil, o controle de constitucionalidade sempre se norteou, tradicionalmente, pela concepção de que a lei inconstitucional era nula *ab initio*. No entanto, a Lei n. 9.868/99 instituiu preceito autorizativo (art. 27) a que o STF, no controle concentrado⁴¹⁶, por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, por maioria de dois terços de seus membros, a exemplo de Portugal e Áustria, venha a *restringir* os efeitos da declaração da inconstitucionalidade ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. A prerrogativa para modular/restringir os efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade configura poderoso instrumento de atuação da jurisdição constitucional, que, em conjunto, com outras *armas*, como as técnicas de decisão, a ampliação do parâmetro e da legitimação ativa, a incorporação de novos objetos de controle, pode conferir contornos expansivos ou restritivos à “judicialização da política”.

3.2.2 Centralização de poder do STF via controle concentrado: ampliação dos efeitos vinculantes e a abstrativização/objetificação do controle difuso

O processo contínuo de acúmulo de poder do Supremo Tribunal Federal, iniciado com as competências conferidas pela Constituição de 1988, tem ganhado contornos abrangentes nos últimos anos, com a prevalência do controle concentrado e o ocaso do controle difuso.

⁴¹⁵A eficácia *ex nunc* é própria do sistema concentrado, enquanto que a eficácia *ex tunc* é própria do sistema da *judicial review*, embora ambos admitam mitigações.

⁴¹⁶No controle difuso, a resolução do Senado Federal (art. 52, X, da Constituição) que suspende a execução da lei declarada inconstitucional, em decisão definitiva pelo STF, tem eficácia *ex nunc*.

O modelo de fiscalização de constitucionalidade *híbrido* adotado no texto original da Constituição de 1988, além de manter o controle difuso, previu a *ação de descumprimento de preceito fundamental*, a *ação direta de inconstitucionalidade por omissão*, a *ação direta de inconstitucionalidade* e a *representação interventiva*, como instrumentos do controle concentrado, a que veio somar-se a *ação declaratória de constitucionalidade*, introduzida pela EC 03/93; a partir deste marco legislativo, o ciclo de acúmulo de poder do STF obedeceu a uma lógica ascendente num duplo movimento: ao lado da ampliação das competências do controle concentrado dá-se uma verdadeira *abstrativização/objetivação* do controle difuso.

A trajetória de centralização do poder de controle de constitucionalidade no STF foi moldada por inúmeras inovações legislativo-jurisprudenciais: a) a EC 03/93 criou o instituto do *efeito vinculante*⁴¹⁷, cujo objetivo primordial é o de evitar a reprodução material do vício de inconstitucionalidade em atos normativos futuros; b) a Lei 9.868/99 disciplinou a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, estendendo o *efeito vinculante* desta ação àquela, permitindo a modulação dos efeitos temporais da decisão e introduzindo a figura do *amicus curie*⁴¹⁸; c) a Lei 9.882/99 criou a *ADPF incidental* (Art. 1º, inciso I, da Lei 9.882/99), pela qual há uma *cisão funcional vertical* entre órgãos distintos, com o julgamento da questão prejudicial (questão constitucional) pelo STF e o julgamento da questão principal pela instância ordinária⁴¹⁹; d) a EC 45/04 introduziu a *súmula vinculante*, regulamentada pela Lei 11.417/06, que traduz fórmula de generalização/atribuição de eficácia *erga omnes* da decisão proferida em sede de controle difuso sem a necessidade da edição de resolução pelo Senado (art. 52, X, da Constituição); e) a EC 45/04 criou a *repercussão geral*,

⁴¹⁷O *efeito vinculante* difere-se da *eficácia erga omnes*: este tem natureza de coisa julgada e obsta que a questão seja submetida uma vez mais ao STF; aquele obsta que o conteúdo material do ato normativo impugnado seja reproduzido em outro ato normativo. Ambos possuem limites objetivos: a *eficácia erga omnes* atinge a parte dispositiva da decisão; o *efeito vinculante*, em sua concepção originária como instituto do direito processual constitucional alemão, atinge a parte dispositiva da decisão e os fundamentos ou motivos determinantes da decisão (*ratio decidendi*). No controle abstrato de normas alemão, a transcendência dos motivos determinantes da decisão atinge *normas paralelas*, isto é, atos normativos que tenham identidade substancial com aquele declarado inconstitucional; declara-se a nulidade não apenas da lei questionada, mas também de todas as outras leis de conteúdo material similar, independentemente de terem estado perante o Tribunal. Não há limites subjetivos na *eficácia erga omnes* (produz eficácia geral e contra todos), mas há no *efeito vinculante*: atinge os demais órgãos do judiciário, a exceção do próprio STF, e os órgãos da Administração Pública direta/indireta, nas esferas estadual, federal e municipal (art. 102, § 2º, da Constituição; art. 28 da Lei 9.868/99).

⁴¹⁸O instituto do *amicus curiae* (art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99) é utilizado em larga escala no direito constitucional norte-americano (exemplo significativo é o do caso *Webster v. Reproductive Health Services*), conferindo caráter democrático e pluralista ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade. Por outro lado, resta indevido o *efeito vinculante* às hipóteses de *interpretação conforme* e *declaração de nulidade parcial sem redução de texto* (art. 28 da Lei 9.868/99), como bem anota Streck (2004:571), assim como à decisão de rejeição da ADIN e à decisão que declara a constitucionalidade em sede de ADC, pela similaridade existente entre elas.

⁴¹⁹O instituto se assemelha ao *sistema de reenvio* europeu. Diferencia-se da *cisão funcional horizontal* (reserva de plenário do art. 97 da Constituição), que se dá entre o plenário e o órgão fracionário de mesmo tribunal. Remanesce discussão sobre se a via incidental pode ser acionada *ex officio* pelo juiz (por avocação?) ou somente pelos mesmos legitimados para a ADPF autônoma/incidental.

regulamentada pela Lei 11.418/06, que permite ao STF controlar sua agenda, “filtrando” os recursos extraordinários que, ao seu entendimento, ultrapassarem os limites subjetivos das partes; f) a Lei 11.418/06 permite o *sobrestamento de recursos* nos tribunais inferiores (art. 543-B do CPC), até ulterior julgamento da controvérsia constitucional no STF⁴²⁰; g) o art. 321, § 5º, inciso I, do Regimento Interno do STF já admitia o *sobrestamento de recursos extraordinários* no âmbito dos Juizados Especiais Federais; h) a *decisão plenária do STF* produz os seguintes efeitos: 1) vincula as turmas do STF (art. 101 do Regimento Interno do STF); 2) dispensa a reserva de plenário nos tribunais inferiores (regra do *full bench*) do art. 97 da Constituição, em face do art. 481, § único, do CPC⁴²¹; 3) serve de parâmetro para arguição em embargos (art. 741, § único, do CPC); i) o esvaziamento do papel do Senado Federal pela tentativa de equiparação da decisão proferida em controle difuso àquela proferida em controle concentrado⁴²²; j) a EC 45/04 *estendeu a reclamação* para preservar a autoridade de decisão do STF às *súmulas vinculantes* e a jurisprudência daquela corte tem entendido que também é cabível a reclamação para assegurar a cautelar proferida em sede de controle concentrado⁴²³.

Este sugestivo catálogo de inovações legais/jurisprudenciais é revelador da tendência crescente de acumulação/centralização do poder de fiscalização de constitucionalidade no STF, enfraquecendo a revisão constitucional difusa e mudando a configuração do sistema (*cada vez menos misto*) de controle de constitucionalidade brasileiro. Esse aspecto normativo tem importância decisiva na consolidação do processo de “judicialização da política”.

⁴²⁰Pelo mecanismo do *sobrestamento de recursos* em sede de *repercussão geral*, o STF pode, agora, determinar a interpretação de uma norma constitucional e impô-la a todos os processos em sede de controle difuso. Isto é mais do que uma *súmula vinculante*: é uma decisão “única” (na *súmula vinculante* exige-se reiteradas decisões e quorum de oito votos) tomada por seis ministros (maioria absoluta). A exigência de quorum qualificado (oito votos) é apenas para o juízo de admissibilidade da *repercussão geral* (de rejeição desta, mais propriamente dito) e não para a votação do mérito. É um poder jamais visto no Brasil nas mãos do STF como alerta SCAFF, Fernando Faccury. **Novas Dimensões do Controle de Constitucionalidade no Brasil: Prevalência do Concentrado e Ocaso do Difuso**. In: Revista Dialética de Direito Processual, n. 50, S. Paulo, 2007, p. 20 e segs.

⁴²¹A Súmula Vinculante nº 10 reforça a centralização decisória dos plenários dos tribunais inferiores (*full bench*).

⁴²²Na Reclamação n. 4335-5 o Ministro Gilmar Mendes propôs a “equiparação” da decisão proferida em sede de controle difuso àquela proferida no controle concentrado, afirmando a dispensa da atuação do Senado Federal na edição da *resolução suspensiva* da lei (art. 52, X, da Constituição) pela sua obsolescência. Todavia, esta posição não pode ser admitida, quer em razão de que o modelo de participação democrática no controle difuso também se dá, de forma indireta, pela atribuição constitucional do papel do Senado, quer porque a resolução suspensiva do Senado gera efeitos *ex nunc*, equiparáveis à revogação da lei (seus efeitos pretéritos remanescem), enquanto a decisão no controle concentrado tem eficácia *ex tunc* (nulifica a lei). Cf. STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica e Aplicação do Direito: os limites da modulação dos efeitos em controle difuso de constitucionalidade – o caso das leis dos crimes hediondos**. In: Anuário do PPGD/Unisinos, 2006, p. 107 e segs.

⁴²³O elevado aumento do número de reclamações julgadas pelo STF (de 59 em 1994 para 400 em 2003) mostra que os mecanismos técnicos não são suficientes para resolver o problema da harmonização da jurisprudência constitucional e os problemas de articulação entre o sistema difuso e concentrado, mas demanda também a legitimidade do tribunal constitucional. Cf. SCAFF, Fernando Faccury, MAUÉS, Antonio G. M. **Justiça Constitucional e Tributação**. SP: Dialética, 2005, p. 70. Em Portugal, que possui sistema misto como o Brasil, há o “processo de generalização”, pelo qual, após três decisões em que se declara a inconstitucionalidade da lei, com efeitos *inter partes*, o Ministério Público deve ingressar com uma ação pedindo a declaração de inconstitucionalidade com eficácia *erga omnes*.

4 UM ASPECTO AINDA INEXPLORADO: A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA EM ÂMBITO LOCAL: O CASO DE PORTO ALEGRE

Os pioneiros estudos de Werneck Vianna *et alii* (1999), e, anteriormente, de Castro (1997), sobre a “judicialização da política” no Brasil, antes de serem pontos de chegada do fenômeno, revelam-se como pontos de partida para novos enfoques, como demonstram as pesquisas de Cittadino (2000; 2002), Carvalho (2004; 2006) e Oliveira (2005), exemplos de caminhos abertos a partir daqueles primeiros trabalhos. O presente capítulo procura contribuir sobre um aspecto ainda inexplorado do fenômeno: a “judicialização da política” em âmbito local. Werneck Vianna *et alii* (1999) lançaram as bases deste enfoque em curtos comentários sobre a “judicialização da política” municipal no Estado do Rio de Janeiro. A análise das Adins propostas perante o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro nos anos de 1997 e 1998 reiterou o que acontecia no plano federal com os governadores: os *prefeitos* foram os maiores responsáveis pelas Adins postuladas no período (em 1997, houve o acolhimento de 51,3% delas, em sede liminar ou no julgamento do mérito, pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro). Tal como ocorre no plano federal, o exercício do papel de *checks and balances* pelo Judiciário também se manifesta quanto às estruturas municipais de poder⁴²⁴.

Tomando como base os referenciais teóricos desenvolvidos nos capítulos anteriores para o panorama brasileiro, apresenta-se um estudo de caso sobre a “judicialização da política” municipal, a partir da análise das ações declaratórias de inconstitucionalidade propostas diante do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul contra leis municipais de Porto Alegre, a partir da promulgação da Constituição Estadual gaúcha de 1989.

4.1 A CONSTITUIÇÃO DO RS DE 1989 E O DESENHO INSTITUCIONAL DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL

Nos Estados federais como o brasileiro, os Estados-membros detêm uma parcela de *poder constituinte* para a elaboração de sua própria Constituição, o que se tornou lugar-comum no pensamento constitucional brasileiro denominar de *poder constituinte decorrente*. Assim, o *poder constituinte derivado* comportaria duas espécies: o *poder constituinte de reforma* e o *poder constituinte decorrente*, atribuível aos Estados-membros integrantes de um Estado federal. Assinale-se, porém, que ambos não poderiam ser adjetivados propriamente de

⁴²⁴Cf. WERNECK VIANNA, Luiz, *et alii*, 1999, op. cit., p. 80-81.

constituintes, pois se trata, a rigor, de poderes constituídos, submetidos a limitações (e, como tal, apresenta os caracteres da derivação, da subordinação e do condicionamento). Essas limitações são de duas ordens: as Constituições estaduais não podem contrariar a Constituição Federal (*limitação negativa*) e devem concretizar, no âmbito territorial de sua vigência, os preceitos e os fins da Constituição Federal (*limitação positiva*)⁴²⁵.

A forma federativa de Estado é indissociável da idéia de *autonomia* dos Estados-membros e, em consequência, da atribuição de determinadas competências a esses entes federativos; contudo, assim como recebem parcela de poder para ser exercido no âmbito de seu território, os Estados-membros são destinatários de uma série de limites previstos na Constituição Federal, materializados nas chamadas *normas de observância obrigatória*. Não por outro motivo Horta (1964) conclui que o ordenamento autônomo do Estado-membro é misto: *parcialmente originário* em relação às normas que produz com base na competência que lhe é atribuída pela Constituição Federal sem a previsão de limites materiais (não se trata de originariedade stricto sensu); e, *parcialmente derivado*, em razão do conjunto de limitações e determinantes jurídicas extrínsecas, que é heterônomo, extraídos da própria Constituição Federal, representadas pelas *normas de observância obrigatória* para os Estados⁴²⁶.

A doutrina constitucional brasileira tem se esforçado para classificar essas *normas de observância obrigatória* que integram, necessariamente, o direito constitucional estadual. Na conhecida classificação de Silva (2005), esses postulados são denominados de *princípios constitucionais sensíveis* e *estabelecidos*. Os princípios constitucionais *sensíveis* são aqueles cuja observância é obrigatória, sob pena de intervenção federal, descritos no art. 34, inciso VII, da Constituição Federal⁴²⁷; os princípios constitucionais *estabelecidos* são aqueles que limitam a autonomia organizatória dos Estados-membros, consubstanciadas em regras *vedatórias*, que proíbem certas práticas ou procedimentos (v.g., vedações federativas gerais – artigos 19 e 35; vedações do poder de tributar – artigos 150, I, II, III, IV, V; 155, § 2º, g; 152; vedações financeiras – art. 167), e *mandatórias*, que estabelecem princípios de organização do Estado (v.g., art. 28 § 1º e 2º).

⁴²⁵O *poder constituinte decorrente* dos Estados-membros nasce, vive e atua com fundamento na Constituição Federal que lhe dá supedâneo; é um poder, portanto, sujeito à limites jurídicos impostos pela Constituição Federal. Cf. CUNHA FERRAZ, Anna Cândida. **Poder constituinte do Estado-membro**. SP: RT, 1979, p. 130.

⁴²⁶O autor chama-as, com base em Kelsen, de *normas centrais*. Cf. HORTA, Raul Machado. **A autonomia do estado-membro no direito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: UFMG, Tese, 1964, p. 63.

⁴²⁷a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta; e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. Está-se diante de *princípios constitucionais de intervenção*, uma vez que, violados pelos Estados-membros ensejam, como nenhum outro, o desencadeamento da intervenção federal a cargo da União.

São normas de preordenação institucional que, definem, antecipadamente, na Constituição Federal, a estrutura dos órgãos estaduais e reclamam pesquisa no texto da Constituição para sua identificação (v.g., CF, art. 29, artigos 37 a 41)⁴²⁸.

Para além dos variados esquemas classificatórios expendidos pela doutrina, ressalte-se que as *normas de observância obrigatória* para os Estados são *normas de reprodução*, pois o poder constituinte decorrente limita-se a transpor as normas da Constituição Federal sobre dada matéria, de modo a torná-las normas constitucionais estaduais idênticas àquelas. Integradas ao ordenamento constitucional do Estado-membro, as *normas de reprodução* refletem a expansividade do modelo federal e decorrem do caráter compulsório da norma constitucional superior. Note-se que, ainda que não se transcrevessem essas normas para o texto da Constituição Estadual, teriam elas validade em todo o território do Estado-membro e vinculariam os poderes públicos locais, independentemente de sua absorção pelo ordenamento jurídico constitucional local, visto que se enquadram naquela categoria de normas diretamente aplicáveis aos entes federativos componentes da Federação como um todo.

De outra parte, não se pode considerar que a totalidade das normas constitucionais federais é de observância obrigatória para os Estados-membros; ao lado dessa categoria de normas, que se projeta no ordenamento estadual por meio das *normas de reprodução*, há um conjunto de disposições da Constituição Federal que não se apresenta como de observância compulsória para os diversos entes federativos estaduais. Em relação às matérias disciplinadas em tais normas não obrigatórias, o Estado-membro exerce sua autonomia de forma plena, podendo oferecer disciplina normativa destoante daquela encontrada na Constituição Federal.

A atitude inovadora do *poder constituinte decorrente* implica, assim, a adoção, pelo Estado-membro, de normas constitucionais estaduais autônomas, as chamadas *normas originais de auto-organização*, que exprimem esforço de criação constitucional e representam a fuga a uma tarefa de simples reprodução ou imitação das normas federais⁴²⁹. A despeito disso, é possível encontrar situações em que, embora a Constituição Federal não discipline determinada matéria de forma vinculativa para os Estados, estes, no exercício de sua autonomia constitucional e de forma deliberada, acabam por adotar em suas Constituições, normas idênticas àquelas existentes no parâmetro constitucional federal, sem que o façam, ressalte-se, por uma imposição do constituinte federal: trata-se das *normas de imitação*.⁴³⁰ Insertas na Constituição Estadual, as normas dessa natureza exprimem a cópia de técnicas ou

⁴²⁸Cf. SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**. SP: Malheiros, 2005, p. 612-616.

⁴²⁹Cf. HORTA, Raul Machado, op. cit., p. 231.

⁴³⁰Idem, op. cit., p. 193.

institutos por influência da sugestão exercida pelo modelo superior. O processo de imitação de normas constitucionais federais decorre, assim, do livre exercício do poder de autonomia, materializado na capacidade de auto-organização do Estado-membro, que transplanta para a Constituição local normas da Constituição Federal, às quais não se encontrava originariamente vinculado. As *normas de imitação* traduzem a “adesão voluntária” do constituinte estadual a uma determinada disposição constitucional federal⁴³¹. Se na tarefa de transplantação para a Constituição do Estado-membro das normas centrais de observância obrigatória constantes da Constituição Federal, o constituinte estadual exerce atividade passiva, de mera recepção, o mesmo não ocorre em relação às *normas autônomas de imitação*.

A discussão em torno da tipologia *normas de reprodução* e *normas de imitação* tem relevância na medida em que está intrinsecamente ligada à questão do modelo de controle de constitucionalidade estadual no direito brasileiro. Impõe-se saber se o constituinte estadual, ao disciplinar os instrumentos de defesa da Constituição do Estado-membro, encontra, na Constituição Federal, um modelo de controle previamente definido ou se, ao contrário, está livre para criar o seu próprio modelo, disciplinando originariamente os elementos do controle abstrato de normas estaduais, tais como os sujeitos legitimados, o objeto de controle, o parâmetro normativo e os efeitos da decisão. Nesse sentido, a Constituição de 1988 consubstanciou a possibilidade de os Estados adotarem instrumentos próprios de aferição da legitimidade de normas locais em face da Constituição Estadual, ao estabelecer que “*cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão*” (art. 125, § 2º, da Constituição da República).

O questionamento dá-se ao redor de como se deve configurar a jurisdição de defesa abstrata do direito constitucional estadual, isto é, como deve se dar a *moldagem institucional* do sistema de controle de constitucionalidade estadual, dado prévio para o presente estudo de caso da “judicialização da política”. O primeiro elemento a ser analisado é quanto aos *sujeitos legitimados* para o exercício da jurisdição constitucional estadual abstrata; ao vedar a atribuição da legitimação para agir a um único órgão, a Constituição de 1988 vedou a instituição do monopólio para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade estadual. De outra parte, afigura-se *desnecessária a simetria* com o modelo federal no que concerne ao rol de legitimados do art. 103 da Constituição, o qual deve servir apenas como pauta de

⁴³¹Cf. HORTA, Raul Machado, op. cit., p. 193. São normas autônomas que traduzem trabalho de imitação e de cópia de texto da Constituição Federal, que é assim inscrito na Constituição Estadual pela atração exercida por técnica federal que disciplina determinado instituto constitucional.

orientação indicativa para o constituinte estadual⁴³². Assim, não estando obrigados a seguir um *paralelismo* com o modelo federal, os constituintes estaduais podem estabelecer distintos sujeitos legitimados para atuação na jurisdição constitucional abstrata estadual⁴³³. O segundo elemento dos sistemas de controle de constitucionalidade estadual diz respeito ao *objeto* de controle e não oferece maior polêmica: está restrito aos *atos normativos estaduais* e aos *atos normativos municipais*, na dicção do art. 125, § 2º. Desse modo, submetem-se ao controle abstrato estadual: a) emendas à Constituição Estadual; b) lei orgânica municipal; c) lei complementar estadual ou municipal; d) lei ordinária estadual ou municipal; e) medida provisória estadual e municipal⁴³⁴; f) decreto legislativo estadual ou municipal; g) resolução de órgão legislativo estadual ou municipal; h) resolução de órgão judiciário estadual.

No processo de controle abstrato de normas no âmbito local o *parâmetro* normativo de aferição da legitimidade de leis e atos normativos estaduais e municipais perante os Tribunais de Justiça é, exclusivamente, a Constituição do respectivo Estado-membro. Problema surge quando há *concorrência de parâmetros* de controle estadual e federal idênticos, possibilitando sejam instaurados processos simultâneos perante o Tribunal de Justiça estadual e perante o Supremo Tribunal Federal para questionar ato normativo *estadual*⁴³⁵, o que não é extensível para questionar, paralelamente, ato normativo *municipal*⁴³⁶.

O derradeiro elemento/instituto dos sistemas de jurisdição constitucional estadual refere-se aos *efeitos* das decisões prolatadas pelos Tribunais de Justiça, que podem ser restritas a três hipóteses: a) decisão de procedência/improcedência da ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal ou estadual, que tenha como parâmetro *norma de reprodução obrigatória* pelos Estados-membros: a decisão é impugnável por recurso extraordinário ao STF⁴³⁷; b) decisão de

⁴³²Cf. LEONCY, Léo Ferreira. **Controle de Constitucionalidade Estadual. As normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro**. SP: Saraiva, 2007, p. 55 e segs.

⁴³³No julgamento da **ADIn-MC n. 558-9**, o STF entendeu que a atribuição da legitimação ativa aos Deputados Estaduais, às Comissões das Assembléias Legislativas, aos Procuradores-Gerais do Estado e às Defensorias Públicas guarda conformidade com o art. 125, § 2º, da Constituição. A ação impugnou o art. 159 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e seu modelo de legitimação ativa para a propositura de Adins no âmbito estadual.

⁴³⁴O STF apreciou a questão pela primeira vez na **ADIn-MC n. 812**, em que foi admitida a possibilidade dos Estados-membros editarem medidas provisórias, o que foi referendado na **ADIn n. 425** e na **ADIn-MC n. 2.391**.

⁴³⁵Nessa hipótese, o STF tem entendido que, em caso de propositura de ADIn perante o STF e perante o TJ local contra uma dada lei estadual, com base em direito constitucional de reprodução obrigatória pelos Estados-membros, há de se suspender o processo no âmbito da Justiça Estadual até a deliberação definitiva do STF. É o que resulta da orientação manifestada na **ADIn-MC n. 1.423**.

⁴³⁶Não é possível, no modelo federal de fiscalização de constitucionalidade concentrado/abstrato, a impugnação de atos normativos municipais perante o STF através de ADIn (o que tentou-se corrigir pela via da ADPF que não tem a amplitude daquela, pois não tem como parâmetro todo o texto da Constituição Federal). Os atos normativos municipais chegam até o STF apenas pela via do controle difuso.

⁴³⁷Orientação sufragada pelo STF na **Reclamação n. 383**: impugnar-se-á a interpretação dada pelo Tribunal de Justiça ao *preceito de reprodução* existente na Constituição Estadual por ser ela (a interpretação) violadora da norma reproduzida. Em outros termos, a interpretação dada à norma de reprodução obrigatória não pode ser diversa da interpretação que o STF firmou (ou firmará) à norma reproduzida da Constituição Federal.

improcedência da ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal ou estadual *sem* a interposição de recurso extraordinário ao STF: é possível o reexame da questão pelo STF em sede de controle difuso ou até mesmo em sede de controle concentrado, em se tratando de lei estadual, inclusive com base nos mesmos parâmetros que serviram para a reprodução; c) decisão de *procedência* da ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal ou estadual *sem* a interposição de recurso extraordinário ao STF: tal decisão implica a retirada do texto normativo impugnado do ordenamento estadual ou municipal, com efeitos *ex tunc* e *erga omnes*, no âmbito do Estado-membro. Neste caso, a matéria não poderá ser reapreciada pelo STF, quer no controle difuso, quer no concentrado (no caso de lei estadual), afigurando a *autonomia dos parâmetros* de controle e a *autonomia* das decisões prolatadas no âmbito da jurisdição constitucional estadual em relação à federal⁴³⁸.

Não se buscou, aqui, esgotar a ampla problemática da jurisdição constitucional estadual. Todavia, foi imprescindível, ainda que de forma tangente, abordar os tópicos que servem de base para discutir o desenho institucional da jurisdição constitucional no Rio Grande do Sul.

A Constituição gaúcha, promulgada em 03 de outubro de 1989, atribuiu, em seu art. 95, inciso XII, alínea “d”, a competência ao Tribunal de Justiça para “*processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual perante esta Constituição, e de municipal perante esta, inclusive por omissão*”⁴³⁹. Ressalte-se, como primeiro aspecto relevante, a possibilidade do controle da omissão legislativa municipal e estadual tendo como parâmetro normativo a Constituição estadual, em que pese o constituinte federal não ter previsto, expressamente, esta possibilidade no dispositivo do art. 125, § 2º.

No art. 95, § 1º, o constituinte estadual definiu quem tem legitimidade ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo “*estadual*”, ou por omissão: *o Governador do Estado; a Mesa da Assembléia Legislativa; o Procurador-Geral de Justiça; o Defensor Público-Geral do Estado*⁴⁴⁰; *o Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação na Assembléia Legislativa; entidade sindical ou de classe de âmbito nacional ou estadual; as entidades de defesa do meio ambiente, dos direitos humanos e dos consumidores, de âmbito nacional ou estadual, legalmente constituídas; o Prefeito Municipal; a Mesa da Câmara Municipal.*

⁴³⁸A razão desse aparente paradoxo deve-se ao fato de que, em sendo a ação julgada procedente, a lei é expungida do sistema, não podendo ser revigorada depois de transitada em julgado a decisão. Cf. STRECK, Lênio Luiz, 2004, op., cit., p. 733-4.

⁴³⁹A redação originária da alínea “d”, inciso XII, do art. 95, incluía a Constituição Federal como parâmetro de controle dos atos normativos municipais, na seguinte redação: *d) a ação direta da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual perante esta Constituição, e de municipal perante esta e a Constituição Federal, inclusive por omissão*. O trecho em negrito foi declarado inconstitucional pelo STF na **ADin n. 409-3**.

⁴⁴⁰Redação dada pela Emenda Constitucional nº. 5005. A redação anterior era: o Titular da Defensoria Pública.

Já no seu art. 95, § 2º, a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul dispôs acerca de quem tem legitimidade ativa para propor a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo “*municipal*”, ou por omissão: *I - o Governador do Estado; II - o Procurador-Geral de Justiça; III - o Prefeito Municipal; IV - a Mesa da Câmara Municipal; V - partido político com representação na Câmara de Vereadores; VI - entidade sindical; VII - o Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - o Defensor Público-Geral do Estado; IX - as entidades de defesa do meio ambiente, dos direitos humanos e dos consumidores legalmente constituídas; X - associações de bairro e entidades de defesa dos interesses comunitários, legalmente, constituídas há mais de um ano.*

Observa-se que a Constituição do Rio Grande do Sul de 1989 ampliou sobretudo a *legitimação ativa* para a proposição da ação direta de inconstitucionalidade (inclusive, por omissão), e este é um dos principais fatores de compreensão do fenômeno da “judicialização da política”. Da mesma forma que a Constituição de 1988 abandonou o modelo de monopólio de proposição da ação direta (restrito ao Procurador-Geral da República na Constituição de 1967/1969) para um modelo pluralístico, a Constituição gaúcha de 1989 também adotou a fórmula de uma ampla *comunidade plúrima de intérpretes* no sentido haberliano.

Adotando a classificação de Carvalho (2006) para os legitimados para a interposição das Adins contra *leis municipais* tem-se: a) *atores políticos*, como os que possuem cargo eletivo: o Governador do Estado; o Prefeito Municipal; a Mesa da Câmara Municipal; o partido político com representação na Câmara de Vereadores; b) *atores jurídicos*, como os que possuem cargo de relevância na burocracia jurídica ou que ocupam cargo de liderança classista no meio jurídico: Procurador-Geral de Justiça, o Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil; o Defensor Público-Geral do Estado; a entidade sindical de profissões ligadas ao aparelho judicial; c) *atores sociais*, como os que exercem função de liderança classista em âmbito regional/municipal ou que atuam em entidades da sociedade civil na defesa de direitos: entidades sindicais; as entidades de defesa do meio ambiente, dos direitos humanos e dos consumidores legalmente constituídas; as associações de bairro e entidades de defesa dos interesses comunitários, legalmente, constituídas há mais de um ano⁴⁴¹.

Nesta tipologia, o modelo de fiscalização abstrata de constitucionalidade federal *concentra* a legitimização ativa (nove legitimados ao total, conforme art. 103 da Constituição) nos *atores políticos* – são seis ao todo –, enquanto os atores jurídicos são dois (três se incluirmos as entidades sindicais ligadas à burocracia judiciária) e apenas um ator social⁴⁴².

⁴⁴¹Cf. CARVALHO, Ernani, op. cit., p. 29.

⁴⁴²Privilegiou-se, claramente, a atuação dos agentes institucionais estatais.

Esta fórmula não foi seguida pelo constituinte estadual gaúcho, na medida em que a Constituição Estadual de 1989 contempla uma legitimação ativa mais *equilibrada entre agentes institucionais estatais e agentes da sociedade civil*⁴⁴³ na defesa abstrata da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul: são quatro atores políticos, três atores jurídicos e três atores sociais. Todavia, para além da literalidade do elenco numérico de dez legitimados contido no art. 95, § 2º, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, é possível desdobrarmos os incisos IX e X deste parágrafo⁴⁴⁴ em: 1) entidades de defesa do meio ambiente; 2) entidades de defesa dos direitos humanos; 3) entidades de defesa dos consumidores; 4) associações de bairro; 5) entidades de defesa dos interesses comunitários.

Reunidos às entidades sindicais – sexto ator social previsto no texto do § 2º, do art. 95, da Constituição Estadual —, tem-se que o modelo estadual gaúcho de fiscalização abstrata de constitucionalidade privilegia os *atores sociais* (num universo de treze legitimados possíveis, seis são atores sociais, isto é, ligados à sociedade civil, numa capilaridade societária ímpar se comparada ao paradigma federal). Além das entidades de defesa de típicos direitos difusos e coletivos (meio ambiente e consumidores), o constituinte sul-riograndense elegeu, como legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade, as entidades de defesa dos direitos humanos *lato sensu*, o que constitui uma espécie de cláusula aberta (não-enumerada) de legitimados para a defesa de inúmeros direitos de natureza distinta (inclusive direitos individuais e sociais). Em consonância com este direcionamento, o constituinte estadual acentuou a importância do *associativismo comunitário*, autorizando que associações de bairro e entidades de defesa de interesses comunitários possam acionar a jurisdição constitucional estadual. Por fim, houve a preocupação, em paralelismo com o modelo federal, de autorizar o acesso do *mundo dos interesses* à jurisdição abstrata estadual, que se dá por meio das entidades sindicais (o que inclui os interesses de trabalhadores e empresários).

Trata-se da construção de um espaço institucional que torna possível a configuração do que Blancher (1999) qualifica como *sociedade de direitos*, ou seja, a instrumentalização dos mecanismos/conteúdos de diferentes níveis do Direito (nacional, infra-nacional, internacional)

⁴⁴³Por *agentes institucionais estatais* referimo-nos àqueles que possuem cargos/funções no aparelho do Estado, sejam funções eletivas (atores políticos), sejam cargos cujo acesso dá-se através de concurso público (atores jurídicos). Por *agentes da sociedade civil* referimo-nos àqueles que não possuem relação direta com funções e/ou cargos no aparelho estatal, tais como os sindicatos, associações e entidades de classe (atores sociais). Nessa *classificação binária*, a Constituição gaúcha prima, em seu modelo de legitimação ativa para a proposição de ADins contra leis municipais, por um equilíbrio entre a *representação funcional* (no sentido que Rosanvalon dá a este termo, conforme retro visto), a *representação eleitoral*, ambas apanágio dos *agentes institucionais estatais*, e a *representação corporativa-societária*, apanágio dos *agentes da sociedade civil* organizada.

⁴⁴⁴Os incisos IX e X, do § 2º, do art. 95, da Constituição do RS de 1989 tem a seguinte redação: *IX - as entidades de defesa do meio ambiente, dos direitos humanos e dos consumidores legalmente constituídas; X - associações de bairro e entidades de defesa dos interesses comunitários, legalmente, constituídas há mais de um ano.*

por atores sociais, no quadro de estratégias jurídicas particulares de defesa de seus interesses. O ator social encontra-se na situação de poder efetuar escolhas racionais combinando as ferramentas jurídicas que estão a sua disposição⁴⁴⁵.

Sobreleva-se, entre os atores jurídicos, a inserção do Defensor-Geral Público do Estado para a defesa abstrata da Constituição estadual, numa antecipação da tendência de autonomia dessa instituição, cuja importância só recentemente é dimensionada no âmbito federal. Mais especificamente, refira-se à autonomia financeira das defensorias públicas, constante do § 2º do artigo 134 da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/04, que representa uma conquista funcional recente da instituição, assim como a Lei nº. 11.448/07, que ampliou o espaço de ação dos defensores, ao legitimar a instituição a propor ação civil pública para resguardar os direitos coletivos e individuais homogêneos.

Afigura-se importante, por fim, destacar que a Constituição Estadual de 1989 atribui⁴⁴⁶ ao *órgão especial* do Tribunal de Justiça a competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo estadual/municipal pela maioria absoluta de seus membros.

Delineados os principais traços da arquitetura da jurisdição constitucional abstrata no Rio Grande do Sul, passemos à análise dos elementos de configuração da “judicialização da política” de Porto Alegre.

4.2 AS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE PROPOSTAS CONTRA ATOS NORMATIVOS DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE

Nesse estudo de caso sobre a “judicialização da política” municipal de Porto Alegre, os trabalhos desenvolvidos sobre o tema no Brasil, em âmbito federal, serão utilizados como referenciais teóricos para identificação do perfil de judicialização encontrado na política porto-alegrense. Mais especificamente, testaremos as hipóteses formuladas por Werneck Vianna *et alii* (1999), Carvalho (2004; 2006) e Oliveira (2005), expostas no segundo capítulo retro, em consonância com as bases/fontes teóricas descritas pela literatura internacional⁴⁴⁷.

⁴⁴⁵BLANQUER, Jean-Michel. “Entre état de droit et société de droits: L’Amérique latine à la recherche d’un concept directeur”. In: Fórum Développement et Culture, BID, tomo 4, 1999. Em Blanquer, a *sociedade de direitos* refere-se à confluência de vários tipos de direitos que são mobilizados pelos grupos sociais em função de seus interesses e que transferem ao ator jurídico um papel de arbitragem, mediação e regulação.

⁴⁴⁶A competência lhe é outorgada pelo art. 95, inciso XII, alínea “d”, da Constituição sul-riograndense em se tratando de controle concentrado, e pelo art. 93, inciso IX, no caso de controle difuso (na hipótese de cisão horizontal do julgamento no incidente de argüição de inconstitucionalidade regulada pelo art. 480 do CPC em observância à regra do *full bench* do art. 97 da Constituição da República). A competência do *órgão especial* do Tribunal de Justiça para julgar a ação direta de inconstitucionalidade de ato normativo estadual e municipal está prevista no art. 8º, inciso V, alínea “j” do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

⁴⁴⁷Estas hipóteses estão descritas no capítulo primeiro desta dissertação.

Já se pôde visualizar, no tópico anterior deste capítulo, a presença de uma *comunidade plúrima de intérpretes* na Constituição Estadual de 1989, apta a acionar a jurisdição constitucional abstrata estadual para questionar a legislação produzida nos municípios do estado do Rio Grande do Sul; este é um elemento indispensável para ter-se uma política judicializada, conforme descreve Cittadino (2000; 2002). Levando-se em consideração que a “judicialização da política” estadual/municipal está relacionada ao acionamento da jurisdição constitucional abstrata para impugnar a legislação produzida por um órgão parlamentar, procuraremos estabelecer qual o padrão de “judicialização da política” é encontrado em Porto Alegre a partir das seguintes inferências: a) *quem são os autores das Adins municipais*, isto é, quem são os agentes, dentre os legitimados ativos para sua interposição, que têm mais buscado a revisão judicial; b) *qual a classe temática envolvida nas Adins*; c) *qual o resultado do julgamento das Adins* propostas contra a legislação do município de Porto Alegre/RS (sem análise da concessão das liminares); d) *qual o tipo de inconstitucionalidade é encontrado nos julgamentos* (formal, material, orgânica)⁴⁴⁸. O Quadro I, a seguir, mostra a evolução das ações diretas de inconstitucionalidade propostas contra a legislação municipal de Porto Alegre/RS a partir da promulgação da Constituição Estadual do Rio Grande do Sul, em 03/10/1989.

QUADRO I						
Ano de distribuição	Número de Ações	PROPONENTE				
		Prefeito Municipal	Procurador-Geral de Justiça	Partido Político	Associação ou Entidade	Outros
1990	09	08	01	-	-	-
1991	02	01	-	-	01	-
1992	06	03	-	02	01	-
1993	05	04	-	01	-	-
1994	02	01	01	-	-	-
1995	14	14	-	-	-	-
1996	10	09	01	-	-	-
1997	04	04	-	-	-	-
1998	05	04	01	-	-	-
1999	08	06	01	-	01	-
2000	08	01	02	-	05	-
2001	03	02	01	-	-	-
2002	13	08	01	-	04	-
2003	12	03	03	-	06	-
2004	04	03	-	01	-	-
2005	00	-	-	-	-	-
2006	02	-	01	-	-	01
2007	03	-	03	-	-	-
2008	01	-	01	-	-	-
Total	111	71	17	04	18	01
	100%	63,96%	15,32%	3,60%	16,22%	0,9%

⁴⁴⁸Esta variável não é trabalhada nos citados estudos desenvolvidos pelos autores brasileiros para o caso federal. Incluí-mo-la neste trabalho, por se tratar de uma importante distinção da dogmática constitucional a qual pode servir de variável para diferenciar os padrões normativos (*dimensão normativa*) da “judicialização da política”.

A primeira observação relevante é quanto ao número de Adins ajuizadas contra a legislação produzida pelo município de Porto Alegre/RS pós-Constituição Estadual de 1989. Com efeito, o número é relativamente baixo (111 Adins⁴⁴⁹) comparado ao padrão identificado nas pesquisas citadas nesta dissertação sobre a “judicialização da política” nacional. Mas o dado mais importante é quanto aos agentes que utilizam a *revisão judicial* como arma política para mudar a legislação produzida no município: o mais importante ator é o *Prefeito Municipal*, com **63,96%** de todas as Adins ajuizadas no período. Em segundo lugar, têm-se as *entidades e associações da sociedade civil*, com **16,22%** das Adins propostas, seguidas, pelo Ministério Público Estadual (o *Procurador Geral de Justiça* foi o responsável por **15,32%** das Adins ajuizadas). Ressalte-se que os *partidos políticos* tiveram exígua participação no total de ações diretas de inconstitucionalidade propostas: apenas **3,60%**.

Embora não seja possível, pelos limites do objeto deste trabalho, adentrar as razões de fundo que expliquem o porquê do *Prefeito Municipal* ser o principal ator político a utilizar a fiscalização abstrata de constitucionalidade estadual para impugnar a legislação municipal de Porto Alegre, os motivos podem estar na conjunção da longa hegemonia política de uma única sigla (o PT – Partido dos Trabalhadores) no comando do Poder Executivo da capital gaúcha⁴⁵⁰ com a ausência de controle político sobre a agenda parlamentar da Câmara de Vereadores no mesmo período. As *maiorias parlamentares* no período estudado eram de vereadores que integravam partidos de oposição aos sucessivos governos petistas.

Os dados disponíveis no site do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul mostram que havia uma *maioria de oposição* entre os vereadores na Câmara Municipal de Porto Alegre no período entre 1993/2004: a) nas eleições municipais de 1992 (legislatura entre os anos 1993/1996) foram eleitos 22 vereadores de partidos de oposição ao governo petista e 11 vereadores da “situação”; b) nas eleições municipais de 1996 (legislatura entre os anos 1997/2000) foram eleitos 18 vereadores de partidos oposicionistas e 15 vereadores de partidos situacionistas; c) nas eleições de 2000 (legislatura entre os anos 2001/2004) os vereadores de partidos de oposição eleitos foram 21 e os da “situação” somaram 12⁴⁵¹.

⁴⁴⁹Foram utilizados, como fonte de consulta, tão somente os dados disponíveis no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul na internet, em razão da inexistência de um cadastro físico das Adins.

⁴⁵⁰O PT – Partido dos Trabalhadores governou, normalmente em coalizão com o PSB – Partido Socialista Brasileiro e o PCdoB – Partido Comunista do Brasil, a cidade de Porto Alegre/RS entre 1989 e 2004 (16 anos). Os prefeitos eleitos neste interregno de tempo foram os seguintes: Olívio Dutra (01/01/1989-01/01/1993); Tarso Genro (01/01/1993-01/01/1997); Raul Pont (01/01/1997-01/01/2001); Tarso Genro (01/01/2001-04/04/2002); renunciou para concorrer ao governo do Estado; João Verle (04/04/2002-01/01/2005). A partir de 01/01/2005, José Fogaça, do PPS – Partido Popular Socialista, assumiu a prefeitura da capital gaúcha.

⁴⁵¹Embora não existirem dados disponíveis no site do TRE-RS sobre as eleições de 1988, este é o momento das primeiras vitórias eleitorais do PT no país, partido então não dominante no campo político brasileiro, o que leva a ilação de que não teria como este ter formado maioria parlamentar na primeira legislatura (1989/1992).

Essa hipótese fica mais plausível ao verificarmos que, das 71 Adins propostas pelo *Prefeito Municipal* no período entre 1989-2008, nenhuma delas foi ajuizada a partir de 2005 (ano em que o PPS – Partido Popular Socialista assume a chefia do Executivo Municipal de Porto Alegre, quebrando a hegemonia política do PT e seus aliados). Nas eleições municipais de 2004 (legislatura entre 2005/2008) foram eleitos 11 vereadores de partidos da nova oposição (do PT ou de seus aliados) e 26 vereadores de partidos governistas ou de partidos que não são opositores sistemáticos ou históricos ao novo governo⁴⁵².

Em relação às Adins interpostas pelas *entidades/associações da sociedade civil*⁴⁵³ para questionar a constitucionalidade da legislação porto-alegrense, sobressai a forte presença de *agentes representativos de interesses* corporativos e de trabalhadores. Das 18 Adins propostas por esses atores sociais, 16 delas foram ajuizadas por sindicatos, associações ou federações de empresários, 01 delas foi ajuizada por um sindicato de empregados e 01 por um sindicato de profissionais liberais (médicos). Não houve qualquer Adin proposta por outros atores sociais, em que pese a pródiga lista de legitimados ativos da sociedade civil prevista no texto da Constituição Estadual do Rio Grande do Sul de 1989⁴⁵⁴.

Apesar de sua baixíssima incidência, as Adins dos *partidos políticos* contra a legislação municipal de Porto Alegre/RS revelam um padrão mais próximo do tradicional perfil da “judicialização da política”: a utilização da jurisdição constitucional pelas oposições políticas. As 04 ações interpostas no período estudado tiveram como proponentes partidos políticos de oposição ao governo petista lotado no executivo municipal: em 1992, as duas Adins de partidos políticos foram interpostas pelo PL – Partido Liberal e pelo então PDS – Partido Democrático Social (atual PP – Partido Progressista), o mesmo que ajuizou uma ação em 1993 (ainda como PDS) e outra em 2004 (já como PP). Ressalte-se, de outra parte, que o baixíssimo índice de atuação dos partidos políticos na jurisdição constitucional estadual, em

⁴⁵²A polarização entre situação/oposição no período estudado tem o PT como eixo no qual os partidos políticos se alinham: a) de um lado, PT, PSB e Pc do B; b) de outro, PPS, PP, PL, PTB, PMDB, PSDB, DEM, PDT, PSL.

⁴⁵³Os autores das Adins foram: Sindilojas – Sindicato dos Lojistas do Comércio de Porto Alegre (06); Sindicato dos Empregados no Comércio de Porto Alegre (01); Secovi/RS – Sindicato das Empresas de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis e dos Condomínios Residenciais no Rio Grande do Sul (03); Simers – Sindicato Médico do Rio Grande do Sul (01); AGAS – Associação Gaúcha de Supermercados (01); Fecomércio – Federação do Comércio de Bens e Serviços do Estado do Rio Grande do Sul (02); Sindióptica/RS – Sindicato do Comércio Varejista de Material Óptico, Fotográfico e Cinematográfico do Estado do Rio Grande do Sul (01); Fiergs – Federação das Indústrias do Estado do Rio Grande do Sul (02); Sindicato das Empresas de Transporte de Passageiros por Fretamento do Estado do Rio Grande do Sul (01).

⁴⁵⁴Este resultado pode dar ensejo a diferentes leituras explicativas: 1) o desconhecimento que estas entidades têm sobre sua própria competência para a interposição da Adin contra a legislação municipal; 2) a hipotética inércia (desinteresse voluntário) dessas entidades, supondo o pleno conhecimento que estas tenham da faculdade de impugnação da legislação municipal; 3) a inércia consentida, oriunda da utilização de outras estratégias políticas, que levam estas entidades a não optarem, conscientemente, pela arena jurídica; 4) pode significar, ainda, que a legislação do município de Porto Alegre/RS não afetou direitos que estas entidades objetivam defender.

relação à legislação produzida no município de Porto Alegre/RS, corrobora, implicitamente, que as oposições aos governos petistas da capital gaúcha ou não tiveram dificuldade para aprovar suas iniciativas legislativas ou corroboraram as iniciativas legislativas de prerrogativa do Prefeito Municipal. O dado irrefutável é que as oposições partidárias em Porto Alegre fizeram pouco uso do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul como arena para conformar seus interesses políticos locais.

Por fim, o estudo revela a relativa baixa atuação do Procurador-Geral de Justiça na fiscalização abstrata de constitucionalidade da legislação municipal porto-alegrense até o presente momento, no que constitui uma variável diferencial em relação ao padrão federal de “judicialização da política”. Todavia, pondera-se que este dado deve ser visto com ressalvas, já que o estudo se ateve apenas a um município do Estado do Rio Grande do Sul. Por isso: a) a atuação do Ministério Público Estadual do Rio Grande do Sul na jurisdição constitucional estadual pode ser mais intensa em relação à legislação de outros municípios gaúchos; b) a baixa proporção da atuação do Procurador Geral de Justiça, comparativamente à do Prefeito Municipal, pode representar uma peculiaridade do caso municipal (o que a classe temática das Adins – próximo tópico a ser analisado – pode ajudar a compreender).

É lugar-comum no direito constitucional brasileiro que a repartição de competências entre as unidades federativas que integram o Estado federal deve observância a um princípio geral norteador, o da *predominância do interesse*, segundo o qual à União cabem aquelas matérias de *predominante interesse nacional*, aos Estados tocam as matérias de *predominante interesse regional*, e aos Municípios concernem as matérias de *predominante interesse local*. Em que pese a natural dificuldade em fixar qual matéria alude ou repercute em âmbito nacional, regional ou local, fato é que há competências específicas atribuídas aos Municípios pelo ordenamento constitucional brasileiro, o que influencia diretamente este trabalho.

A classificação das *áreas e/ou classes temáticas* sobre as quais houve “judicialização da política” municipal em Porto Alegre relaciona-se às matérias que a Constituição de 1988 atribui competência legislativa aos Municípios. O artigo 30, inciso I, da Constituição da República prescreve que compete aos Municípios *legislar sobre assuntos de interesse local* (competência legislativa privativa), enquanto o inciso II deste mesmo artigo 30 prescreve sua *competência para suplementar a legislação federal e a estadual no que couber* (competência legislativa concorrente). Já se percebe, pois, que muito da problemática das competências legislativas municipais gira em torno da conceituação do que seja esse *interesse local*. Esboçamos no Quadro II uma tipologia das classes temáticas consoante aos tópicos normativos impugnados nas Adins ajuizadas contra a legislação municipal de Porto Alegre.

QUADRO II							
Ano de distribuição	Nº. de Ações	CLASSE TEMÁTICA					
		Administração Pública	Administração Pública (Funcionalismo)	Política Tributária	Assuntos de interesse local	Matérias de Competência da União	Outros
1990	09	01	06	01	01	-	-
1991	02	-	-	01	-	01	-
1992	06	01	-	01	01	01	02
1993	05	01	02	01	-	-	01
1994	02	-	01	-	-	-	01
1995	14	03	05	04	01	01	-
1996	10	03	01	02	03	-	01
1997	04	03	-	-	01	-	-
1998	05	-	-	03	01	-	01
1999	08	04	02	-	02	-	-
2000	08	-	-	02	02	04	-
2001	03	-	02	-	-	01	-
2002	13	02	02	01	06	02	-
2003	12	01	01	03	03	04	-
2004	04	-	-	01	03	-	-
2005	00	-	-	-	-	-	-
2006	02	01	01	-	-	-	-
2007	03	02	-	01	-	-	-
2008	01	-	-	-	-	-	01
Total	111	22	23	21	24	14	07
	100%	19,82%	20,72%	18,92%	21,63%	12,61%	6,30%

A classificação ora proposta tem como fundamento a incidência periódica dos principais tópicos normativos questionados nas Adins municipais ao longo do período estudado. Com a intenção de classificar os diplomas contestados, tendo-se em vista o objeto da norma, foram produzidas seis categorias, abrangendo diferentes competências legislativas municipais.

O tópico *Administração Pública* reuniu a legislação que trata dos diversos temas ligados ao direito administrativo, como princípios da Administração Pública (02 Adins), bens públicos do município (04 Adins), organização e estrutura dos poderes municipais (07 Adins), serviços públicos municipais (03 Adins); poder de polícia municipal (01 Adin), licitação pública (01 Adin), concurso público no âmbito municipal (01 Adin), responsabilidade civil do município (02 Adins), limitações ao direito de propriedade (01 Adin)⁴⁵⁵.

⁴⁵⁵ Analiticamente, os diplomas normativos objeto das Adins regularam os seguintes conteúdos: a) *princípios da administração pública* (princípio da impessoalidade; princípio da moralidade administrativa em relação aos atos da publicidade oficial); b) *bens públicos* (permuta de imóveis municipais; doação de bens públicos a entidade particular; uso de bem público e exploração através de propaganda); c) *estrutura e organização dos poderes municipais* (criação de conselhos municipais; alteração de estrutura e organização de secretarias municipais; criação de órgãos da administração pública; participação de integrantes do Ministério Público em órgãos municipais); d) *serviços públicos municipais* (criação de serviço de verificação de óbito; fixação de tarifas de abastecimento de água e esgoto); e) *poder de polícia municipal* (poder de política na construção urbana); f) *licitação pública no âmbito do município*; g) *concurso público em âmbito municipal*; h) *responsabilidade civil do município* (sanção administrativa por ato da administração; indenização por atos ilícitos praticados por agentes públicos municipais); i) *limitações ao direito de propriedade* (normas relacionadas a direito urbanístico).

O tópico *Administração Pública (funcionalismo)* reuniu a legislação que versa sobre carreiras, remuneração e organização do serviço público municipal (servidores públicos) nos poderes executivo e legislativo; sua análise em separado da categoria *Administração Pública lato sensu* deveu-se à ampla incidência de Adins tendo como objeto esta área temática. Com efeito, isoladamente, o tema do *funcionalismo público municipal* é o mais recorrente dentre todos os que foram impugnados na jurisdição constitucional abstrata estadual gaúcha pós-Constituição Estadual de 1989, o que justifica o seu tratamento/estudo em separado⁴⁵⁶.

A categoria *política tributária* reuniu as normas que tratam da definição da base de arrecadação, da alíquota dos tributos e da concessão de incentivos fiscais, também tendo sido aqui classificadas as normas referentes ao orçamento público municipal⁴⁵⁷. No total, foram 04 Adins questionando taxas, 06 Adins impugnando impostos (IPTU – Imposto de Propriedade Territorial Urbana, ISS – Imposto sobre Serviços, ITBI – Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis), 05 Adins sobre incentivos fiscais e outras 06 Adins sobre matéria orçamentária.

A categoria *assuntos de interesse local* reuniu as normas relativas à regulação de inúmeros assuntos de interesse predominantemente local que afetam a vida social⁴⁵⁸. O tópico *matérias de competência da União* reuniu as normas municipais que regularam matérias de competência exclusiva e/ou privativa da União (em nítida invasão de competência), tais como direito do trabalho, direito do consumidor e direito civil⁴⁵⁹. Por fim, a categoria *outros* reuniu

⁴⁵⁶Figuraram nesta categoria as normas que trataram de: a) reajuste de servidores públicos municipais e política salarial (09 Adins); b) licença-prêmio e outras vantagens para servidores (07 Adins); c) prazo para pagamento dos servidores (01 Adin); d) alteração do estatuto do funcionalismo (01 Adin); e) estruturação do quadro de servidores e sistema de classificação de cargos (02 Adins); f) regime previdenciário dos servidores (03 Adins).

⁴⁵⁷As normas impugnadas neste tópico disseram respeito aos seguintes temas tributários: a) taxa de socorros públicos; b) taxa de fiscalização e funcionamento; c) concessão de benefícios fiscais (IPTU); d) progressividade do IPTU; e) fixação do valor venal dos imóveis p/ fins de IPTU; f) isenção de IPTU/ISS; g) anistia de IPTU/taxa de lixo para moradores de vila específica; h) taxa de iluminação pública; i) alteração de alíquota de ITBI; j) isenção da taxa de lixo; k) base de cálculo do ISS; l) tributação do ISS na atividade notarial. E aos seguintes temas orçamentários: a) criação de fundo de proteção ao consumidor; b) lei orçamentária; c) criação de fundo municipal de crédito educativo; d) aumento de despesa pública; e) plano plurianual.

⁴⁵⁸Entraram nessa categoria: a) competência para construção de casa própria (01 Adin); b) abertura do comércio aos domingos e feriados (05 Adins); c) regulamentação das paradas de ônibus (01 Adin); d) proteção a artistas plásticos (01 Adin); e) transporte escolar (01 Adin); f) implantação de ciclovias (01 Adin); g) permissão de uso de poços artesianos (01 Adin); h) tráfego nas vias públicas municipais (01 Adin); i) circulação de veículos de tração animal (02 Adins); j) plano diretor (01 Adin); k) auto-organização municipal (01 Adin); l) isenção de tarifa em estacionamento rotativo (03 Adins); m) transporte coletivo turístico (01 Adin); n) feira de artesanato em local tombado (01 Adin); o) substituição eventual do prefeito municipal (01 Adin); p) colocação de equipamentos para identificar bairros (01 Adin); q) instalação de controladores eletrônicos de velocidade (01 Adin).

⁴⁵⁹Os assuntos tratados nos diplomas contestados foram: a) *direito do trabalho* – 04 Adins (obrigação das empresas fornecerem café da manhã aos empregados; vinculação de abertura do comércio à convenção coletiva; exigência de certidão negativa trabalhista para concessão de habite-se; medicina do trabalho); b) *direito civil* – 02 Adins (proibição de o proprietário repassar IPTU ao locatário); c) *direito do consumidor* – 04 Adins (dever dos estabelecimentos que utilizam códigos de barras fixar etiqueta com o preço do produto; regras sobre como devem ser escritas receitas médicas; obrigatoriedade de fabricantes de aparelho celular afixarem taxa de absorção específica; direito de privacidade dos usuários de serviços de telemarketing); d) *direito sanitário* - 01 Adin (comercialização de transgênicos); e) feriado em homenagem ao dia da consciência negra (03 Adins).

assuntos que não se enquadraram nas classes temáticas anteriores, e que, pela baixa incidência, não mereciam uma classificação autônoma, tais como direitos fundamentais, processo legislativo e parâmetro de controle de constitucionalidade⁴⁶⁰.

Os resultados dos dados demonstram que há simetria entre o padrão federal e o perfil municipal de “judicialização da política” de Porto Alegre/RS, quanto ao campo material temático. Com efeito, a agenda da jurisdição constitucional abstrata do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quando se trata de impugnação da legislação da capital gaúcha, está concentrada, principalmente, no tema da *Administração Pública* (**40,54%** do total das Adins). A matéria relativa aos *assuntos de interesse local* (21,63% das Adins), que, em tese, dizem respeito mais direta e propriamente aos interesses do dia-a-dia do cidadão, ocupa o segundo lugar; em terceiro lugar está a *política tributária* (18,92% do total das Adins), seguido de matérias de *competência privativa da União* (12,61% das Adins), a revelar que não raras vezes o município invade a competência desta, e dos *outros* temas (6,30% das Adins).

O Quadro III abaixo demonstra o cruzamento dos dados entre a classe temática e os proponentes para avaliar os pontos de contato entre os interesses dos atores e as áreas por eles judicializada no espectro da política municipal de Porto Alegre/RS.

QUADRO III							
PROPONENTE	Nº. de Ações	CLASSE TEMÁTICA					
		Administração Pública	Administração Pública (Funcionalismo)	Política Tributária	Assuntos de interesse local	Matérias de Competência da União	Outros
Prefeito Municipal	71	18 (25,35%)	21 (29,58%)	15 (21,13%)	13 (18,31%)	01 (1,41%)	03 (4,22%)
Procurador-Geral de Justiça	17	02 (11,76%)	02 (11,76%)	03 (17,65%)	03 (17,65%)	04 (23,53%)	03 (17,65%)
Partido Político	04	-	-	01 (25%)	02 (50%)	-	01 (25%)
Associação ou Entidade	18	01 (5,55%)	-	02 (11,12%)	06 (33,33%)	09 (50%)	
Outros	01	01					
	111	22	23	21	24	14	07

A par de que o Prefeito Municipal é o principal agente promotor da “judicialização da política” municipal porto-alegrense, sua atuação não poderia discrepar das ilações esboçadas no Quadro II, isto é, o campo temático por ele judicializado é, fundamentalmente, o da *Administração Pública* (**54,93%** do total das Adins ajuizadas pelo Prefeito Municipal).

⁴⁶⁰Os seguintes temas foram abordados na legislação impugnada: a) direitos fundamentais: 03 Adins sobre direito à saúde (aborto em casos de estupro e SUS), direito da criança e adolescente (defesa dos direitos da criança e adolescente), e direito dos contribuintes (exigibilidade de depósito prévio para recebimento de recurso voluntário perante Conselho de Contribuintes); b) processo legislativo: 02 Adins (lei autorizativa; nova modalidade de processo legislativo); c) parâmetro de controle de constitucionalidade: 01 Adin sobre conflito de lei ordinária com lei orgânica municipal; 01 Adin não teve o assunto disponível.

A *política tributária* é a segunda principal área temática judicializada pelo chefe do executivo municipal, o que é algo esperado, haja vista a importância que possui as fontes de receitas tributárias para a consecução das políticas públicas.

No caso do Procurador-Geral de Justiça, não há predominância de nenhum assunto normativo específico nas Adins ajuizadas por ele em todo o período estudado, havendo uma distribuição equilibrada entre todo o conjunto dos diplomas normativos impugnados.

As entidades/associações, por sua vez, judicializam assuntos que possuem pertinência temática aos seus interesses/finalidades institucionais: a) a obrigatoriedade das empresas oferecerem café da manhã aos seus empregados; b) os dias de funcionamento do comércio; c) as limitações do direito de propriedade por normas de direito urbanístico; c) a proibição de o proprietário repassar IPTU ao inquilino; d) as regras sobre como devem ser escritas receitas médicas; e) o dever de afixar etiqueta com o preço do produto para os estabelecimentos que utilizam código de barras; f) as normas sobre medicina do trabalho; g) o transporte coletivo turístico; h) o feriado em homenagem ao dia da consciência negra⁴⁶¹. O Quadro IV, a seguir, demonstra o resultado dos julgamentos das Adins em estudo.

QUADRO IV								
Ano de distribuição	Nº. de Ações	RESULTADO DO JULGAMENTO				TIPO DE INCONSTITUCIONALIDADE		
		Procedente	Procedente em Parte	Improcedente	Sem análise de mérito	Formal	Orgânica	Material
1990	09	04	04	-	01	04	-	04
1991	02	02	-	-	-	-	01	01
1992	06	03	01	01	01	01	01	02
1993	04	03	-	01	-	03	-	-
1994	02	02	-	-	-	-	-	02
1995	14	11	-	03	-	08	01	02
1996	10	09	-	-	01	08	-	01
1997	04	03	-	01	-	02	-	01
1998	05	05	-	-	-	05	-	-
1999	08	06	-	-	02	05	01	-
2000	08	06	-	01	01	02	03	01
2001	03	03	-	-	-	01	01	01
2002	13	11	01	01	-	06	04	02
2003	12	09	01	01	01	02	04	04
2004	04	02	-	02	-	02	-	-
2005	00	-	-	-	-	-	-	-
2006	02	01	-	-	01	-	-	01
2007	03	02	-	-	01	-	-	02
2008	00	-	-	-	-	-	-	-
Total	109	82	07	11	09	49	16	24
	100%	75,23%	6,42%	10,09%	8,26%	55,05%	17,98%	26,97%

⁴⁶¹Chama a atenção o fato de que a lei municipal que instituiu o *feriado em homenagem ao dia da consciência negra* foi atacado por, nada menos, que 03 ADins, cujos proponentes foram as poderosas FIERGS – Federação das Indústrias do Estado do Rio Grande do Sul, FEDERASUL – Federação do Comércio de Bens e Serviços do Estado do Rio Grande do Sul, e SINDILOJAS – Sindicato dos Lojistas do Comércio de Porto Alegre.

Apresentamos neste Quadro IV dois conjuntos de variáveis: a) o resultado dos julgamentos das Adins, cuja classificação se deu em *procedência* (quando o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul acatou os pedidos formulados na Adin em sua integralidade); *procedência parcial* (o Tribunal acatou apenas parte dos pedidos da Adin proposta); *improcedência* (o Tribunal rejeitou a Adin com análise do seu mérito); *sem análise de mérito* (o Tribunal rejeitou a Adin, mas sem adentrar a análise de seu mérito⁴⁶²); b) o tipo de inconstitucionalidade que serviu de fundamento para as decisões do Tribunal de Justiça nas ações em que houve a declaração da inconstitucionalidade do diploma normativo impugnado, o qual classificamos em três espécies: *inconstitucionalidade formal, orgânica e material*.

A rigor, a inconstitucionalidade orgânica é uma espécie de inconstitucionalidade formal, mas resolvemos aqui separá-las para melhor dimensionar como os agentes “jogam” com os recursos jurídicos na “judicialização da política” municipal.

A *inconstitucionalidade formal* ocorrerá quando um ato legislativo ordinário tenha sido produzido em desconformidade com as regras constitucionais de competência para a edição do ato (*inconstitucionalidade orgânica*), ou em desconformidade com o processo legislativo próprio para sua edição (*inconstitucionalidade formal propriamente dita*). As regras de competência legislativa estão previstas na Constituição Federal: o art. 22 trata da competência privativa da União; o art. 24 cuida da competência concorrente entre União, Estados e Municípios; o art. 25 dispõe sobre a competência dos Estados e o art. 30 da competência dos Municípios. As regras sobre o processo legislativo (iniciativa, deliberação, votação, sanção ou veto, promulgação e publicação) estão dispostas no art. 59 e seguintes da Constituição Federal. A *inconstitucionalidade material* ocorrerá quando o conteúdo do ato legislativo ordinário estiver em contrariedade com alguma norma substantiva prevista na Constituição.

Os resultados do Quadro IV demonstram uma singular diferença entre os padrões de “judicialização da política” federal e municipal (no caso de Porto Alegre/RS). Primeiramente, não é adequado falar-se em um *ciclo da judicialização* como quer Oliveira (2005), haja vista que, de um total de 111 Adins, 109 foram julgadas⁴⁶³, isto é, não houve a utilização do *tempo* (através da postergação da análise do mérito da Adin) como ferramenta de controle da agenda constitucional pelo Tribunal de Justiça. Este não hesitou em interferir ou não na política

⁴⁶²Foram incluídas nessa categoria: a) prejudicialidade processual do julgamento; b) não conhecimento da ação; c) impossibilidade jurídica do pedido; d) ilegitimidade ativa pela ausência do requisito da pertinência temática; e) impossibilidade de impugnação no controle abstrato de normas secundárias (decretos). Nota-se que a jurisdição constitucional no RS “copia”, em alguns pontos, os padrões de julgamento do STF.

⁴⁶³Em 1993 há uma Adin sem qualquer informação disponível, inclusive quanto ao julgamento; a Adin ajuizada em 2008 está pendente de julgamento, mas com liminar deferida sob fundamento material (violação ao direito do contribuinte). Por isso, foram levadas em consideração 109 Adins e não as 111 como nos três quadros anteriores.

legislativa, sempre proferindo decisões terminativas sobre a (in)constitucionalidade de determinado ato normativo questionado no controle abstrato de normas municipais⁴⁶⁴.

De todas as ações julgadas pelo órgão da jurisdição constitucional abstrata estadual, surpreendentes **81,65%** das Adins tiveram decisão de procedência (75,23% delas totalmente procedentes e 6,42% de parcial procedência), contra apenas 10,09% de Adins julgadas improcedentes e de 8,26% de ações que não prosseguiram no julgamento, não tendo o seu mérito analisado. Do total de ações julgadas procedentes, **73,48%** delas tiveram a declaração de *inconstitucionalidade formal* do ato atacado (55,05% assentou-se em *inconstitucionalidade formal propriamente dita* e 17,98% em *inconstitucionalidade orgânica*), enquanto tão somente 26,97% das Adins tiveram a declaração de *inconstitucionalidade material*.

Todas as 49 ações julgadas procedentes pelo vício de *inconstitucionalidade formal propriamente dita* tiveram um único fundamento: o *vício de iniciativa legislativa*. A iniciativa legislativa, por disposição constitucional, pode ser *comum* aos órgãos ou agentes políticos ou *privativa* de alguns deles; nesta última, somente o titular da competência reservada poderá deflagrar o processo legislativo naquela matéria. No caso em estudo, os atos normativos impugnados nas Adins foram declarados inconstitucionais porque o Poder Legislativo Municipal (Câmara de Vereadores de Porto Alegre) deu início ao processo legislativo, através da apresentação de projeto de lei (posteriormente votada e aprovada), em matérias cuja iniciativa era privativa do Chefe do Executivo de Porto Alegre (Prefeito Municipal). Em outras palavras, o *vício de iniciativa legislativa* significou a usurpação, pela Câmara de Vereadores de Porto Alegre, da prerrogativa do Prefeito Municipal dar início ao processo legislativo (introduzir determinado ato legislativo no ordenamento jurídico)⁴⁶⁵.

Todas as 16 Adins julgadas procedentes pelo vício de *inconstitucionalidade orgânica* tiveram um único fundamento: *a incompetência do Município para legislar sobre matéria de competência privativa da União*⁴⁶⁶. O Tribunal de Justiça decidiu nestas ações que houve invasão de competência legislativa do Município de Porto Alegre em matérias que somente a União poderia legislar (casos de direito civil, direito do trabalho, direito do consumidor).

⁴⁶⁴Infelizmente, não foi possível a análise dos dados sobre as *liminares* concedidas ou não nas Adins, em razão desta informação não estar disponível no site do Tribunal de Justiça na internet. Esta omissão, de certa forma, prejudica as conclusões quanto ao uso do elemento *tempo* na “judicialização da política” de Porto Alegre.

⁴⁶⁵Ressalte-se que, do total de 110 (um deles não tinha informação disponível) atos normativos do Município de Porto Alegre impugnados em sede de controle abstrato de constitucionalidade estadual entre 1989-2008, os tipos de espécies normativas submetidas à fiscalização do Tribunal de Justiça foram: a) lei orgânica municipal (07 vezes); b) leis complementares municipais (24 vezes); b) leis ordinárias municipais (72 vezes); c) resolução (03 vezes); d) decreto legislativo (01 vez); e) decreto executivo (03 vezes).

⁴⁶⁶Em uma única ação entendeu-se que a competência para legislar sobre a matéria era concorrente entre União e Estados: o caso da comercialização dos transgênicos.

Nota-se, assim, a peculiaridade distintiva da “judicialização da política” municipal de Porto Alegre: apesar do órgão da jurisdição constitucional estadual ter interferido na produção legislativa de forma veemente, declarando nulas mais de 80% de toda a legislação municipal impugnada no período, esta intervenção não se deu com caráter de enfrentamento ao soberano instalado na Câmara de Vereadores. Com efeito, o Tribunal de Justiça atuou mais como um *árbitro federativo* (no contencioso federativo sobre a competência legislativa entre a União e o Município, nos casos da inconstitucionalidade orgânica) e como um *árbitro entre poderes* (no contencioso do vício de iniciativa legislativa entre o Prefeito e a Câmara de Vereadores) do que como um poder em busca de substituir-se aos demais.

Assim, o *duplo caráter*⁴⁶⁷ da “judicialização da política”, identificado por Werneck Vianna *et alii* (1999) em âmbito nacional, não se reproduziu na esfera local porto-alegrense, haja vista a baixíssima atuação dos partidos políticos como protagonistas de ações diretas de constitucionalidade. Portanto, o papel clássico atribuído à “judicialização da política” por Tate & Vallinder (1995), isto é, os usos dos tribunais pela oposição política partidária na tentativa de mudança dos resultados legislativos perdidos no parlamento, não se repetiu no exemplo da capital gaúcha, cujas razões foram hipoteticamente referidas, anteriormente, nesta seção. O Quadro V, a seguir, faz a conexão entre a *taxa de aprovação* das ações (como mostrou o quadro anterior, foram 89 Adins julgadas procedentes, total ou parcialmente) em função do proponente e da classe temática impugnada.

QUADRO V							
PROPONENTE	Nº. de Ações	CLASSE TEMÁTICA					
		Administração Pública	Administração Pública (Funcionalismo)	Política Tributária	Assuntos de interesse local	Matérias de Competência da União	Outros
Prefeito Municipal	60 (67,42%)	17	17	13	10	01	02
Procurador-Geral de Justiça	14 (15,73%)	02	01	03	02	04	02
Partido Político	00	-	-	-	-	-	-
Associação ou Entidade	15 (16,85%)			01	06	08	
Outros	-	-	-	-	-	-	-
	89	19	18	17	18	13	04

O Prefeito Municipal, em razão de ser o maior participante ativo da jurisdição constitucional estadual na impugnação de leis de Porto Alegre, é o que obtém o maior número de Adins julgadas procedentes (**67,42%** em relação ao total de 89 Adins procedentes). Se considerarmos a taxa de aprovação em razão do número de ações propostas por cada

⁴⁶⁷ Os usos sociais da jurisdição constitucional por Governadores e Procurador-Geral da República para assuntos relacionados à administração pública (fazendo o STF atuar como uma espécie de Conselho de Estado à moda francesa), e por partidos políticos de oposição para revisão do embate legislativo perdido no parlamento.

proponente, constata-se o mesmo resultado: o Prefeito Municipal interpôs 71 ações e teve 60 aprovadas (*taxa de aprovação* de 84,51%), enquanto o Procurador-Geral de Justiça interpôs 17 ações e teve 14 aprovadas (*taxa de aprovação* de 82,36%), e as entidades/associações propuseram 18 ações e tiveram 15 aprovadas (*taxa de aprovação* de 83,34%).

As hipóteses de Carvalho (2006) sobre a *lógica de seletividade e especificidade*⁴⁶⁸ nos julgamentos do STF são, de certa forma, constatáveis no caso de Porto Alegre, mas com outras características. Aqui o principal *parceiro* da Corte Estadual de jurisdição constitucional é o Prefeito Municipal e a área temática na qual o Tribunal de Justiça está mais propenso a interferir é o da Administração Pública. Contudo, os dados demonstram que não é possível inferir que o Chefe do Executivo Municipal de Porto Alegre é um *parceiro* preferencial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul por escolha própria deste, mas porque aquele é o ator político que mais, quantitativamente, aciona a jurisdição constitucional abstrata estadual. Isso é facilmente observável pela *taxa de aprovação* similar que obtiveram os dois outros atores que usam a jurisdição constitucional do Tribunal de Justiça. Por fim, nota-se que os partidos políticos não tiveram qualquer ação por eles proposta aprovada.

Com a reunião de todas as variáveis expostas, é possível constatar, assim, qual o *padrão* da “judicialização da política” de Porto Alegre: um fenômeno que tem no *Prefeito Municipal* o seu principal ator, o qual aciona a jurisdição constitucional estadual, fundamentalmente, em relação ao tema da *Administração Pública*; o resultado da política judicializada é uma elevada taxa de procedência das Adins interpostas, com a revisão judicial dos atos normativos aprovados pela Câmara de Vereadores, tendo como principal fundamento para a aprovação a *inconstitucionalidade formal*. Dessa forma, não seria exagero aduzir que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem operado, no exercício da jurisdição constitucional abstrata, como se fosse uma espécie de “*segunda câmara legislativa*” em assuntos relativos à *Administração Pública* porto-alegrense.

Por fim, refira-se que o padrão da “judicialização da política” de Porto Alegre traçado neste capítulo poderá ser melhor compreendido se comparado ao perfil de judicialização encontrado em outras capitais brasileiras de mesmo porte, e também pela comparação com a judicialização ocorrida no período anterior à Constituição de 1989. Todavia, isso é tarefa para outro(s) trabalho(s).

⁴⁶⁸A estratégia do STF obedeceu à *lógica de seletividade e especificidade*: foi *seletiva* na escolha do “parceiro” (Procurador-Geral da República) e *específica* no tema que estava disposta a interferir: a administração judicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo pôde constatar que a “judicialização da política” não é uma categoria analítica uniforme, mas que deve ser identificada nas suas diversas manifestações histórico-concretas, como mostram os resultados do estudo de caso aqui esboçado.

A par das múltiplas especificidades em torno do fenômeno, a presente dissertação abordou a revisão/fiscalização abstrata de constitucionalidade como principal aspecto da “judicialização da política” e núcleo comum de quase todas as teorias que tratam do tema. Trata-se de pensar o fenômeno mais como um *tipo-ideal* weberiano, isto é, como conjunto de generalizações abstratas, cujos contornos específicos demandarão esforços contínuos de pesquisa.

No primeiro capítulo, preocupamo-nos em especificar as *bases institucionais* da “judicialização da política”, ou seja, o conjunto das pré-condições, causas, condicionantes e arranjos institucionais necessários para que a política seja judicializada. O segundo capítulo cuidou das *bases sociais* do fenômeno, relacionadas aos usos sociais dos sistemas de controle de constitucionalidade pelos agentes sociais; ao final deste segundo capítulo, elaboramos uma síntese desse conjunto de variáveis institucionais e sociais. No terceiro capítulo, foram analisadas as *bases normativas* da “judicialização da política” e sua importância para a ocorrência, aceleração e retração do fenômeno. Aqui, vimos que a expansão da jurisdição constitucional no século XX (com a proeminência atual da revisão abstrata de constitucionalidade), a constitucionalização do direito, o surgimento do paradigma do *neoconstitucionalismo*, a crescente tendência à *jurisprudencialização* da Constituição, a expansão dos mecanismos dogmáticos da jurisdição constitucional (técnicas, parâmetros, objeto e efeitos do controle), e, no caso brasileiro, a concentração de poderes no STF, são elementos normativos integrantes do *tipo-ideal* em análise.

À luz das reflexões elaboradas nestes três capítulos, aplicamos os referenciais teóricos neles abordados para uma análise da “judicialização da política” no município de Porto Alegre/RS, cujos resultados mostram que: 1) o principal agente da judicialização é o *Prefeito Municipal*; 2) a classe temática abordada com maior intensidade é a *Administração Pública*; 3) o órgão da jurisdição constitucional abstrata no Rio Grande do Sul anulou mais de 80% de toda a legislação municipal impugnada no período; 4) em que pese este viés intervencionista, trata-se de uma judicialização específica: o Tribunal de Justiça tem interferido principalmente no direito constitucional organizatório (controle da distribuição das competências constitucionais e controle das regras do processo legislativo); 5) constata-se uma relevância

da *função arbitral* (árbitro do contencioso federativo e árbitro do conflito entre poderes); 6) ao papel ativo na jurisdição contenciosa de conflito entre poderes verifica-se um papel reduzido na jurisdição constitucional dos direitos fundamentais; 7) à positivação na Constituição Estadual de inúmeros agentes legitimados ao exercício do controle de constitucionalidade tem-se uma total inércia das entidades de defesa de direitos nos usos da jurisdição constitucional abstrata (o que revela um paradoxo, haja vista que a sociedade civil gaúcha é considerada a de maior cultura cívica do Brasil).

A conexão entre os aportes teóricos desenvolvidos ao longo do trabalho demonstra que muitas das idéias-chave aqui trabalhadas não se confirmaram no caso da “judicialização da política” municipal, ou, quando confirmadas, se deram parcialmente ou com outras nuances.

No caso das hipóteses de Tate & Vallinder (1995), vê-se que quase não ocorre o *uso* do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul *pelos oposições políticas* partidárias para obstruir políticas governamentais (revelado pela quase inexistente participação dos partidos políticos na propositura de Adins pós-Constituição Estadual de 1989), mas há o *uso* relevante do tribunal estadual *pelos grupos de interesses*, que buscam limitar a compreensão de direitos formalmente previstos no texto constitucional. Este *uso dos tribunais pelos grupos de interesses* confirma a hipótese de Epp (1998), na medida em que a *litigação constitucional* junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul demonstrou ser dependente de uma *estrutura de suporte para a mobilização legal*, consistente em fontes de financiamento, suportados, no caso porto-alegrense, por poderosos e tradicionais sindicatos, federações e associações empresariais, que fizeram forte uso do Tribunal de Justiça estadual, no período estudado, para uma nítida *litigação de negócios*.

Ainda em relação às idéias de Tate & Vallinder (1995), não é possível afirmar que o Tribunal de Justiça estadual tenha desejado participar do processo decisório que poderia ser deixado às outras instituições: ao contrário, ele exerceu o papel que lhe foi atribuído pelas Constituições Federal e Estadual; também não é possível inferir que ele tenha tentado substituir soluções políticas derivadas de outras instituições, pois o tribunal estadual, aplicando a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, operou mais como *árbitro* entre poderes do que como um poder usurpador.

Por outro lado, as idéias de Stone Sweet (2004) são constatáveis no caso de Porto Alegre em uma leitura adaptada: o controle judicial de constitucionalidade é acionado para modificar os resultados do processo legislativo, o que coloca o tribunal constitucional na posição de árbitro final dos conflitos políticos – a etapa da *politização da Justiça Constitucional* –; mas este conflito não ocorre através de uma luta direta entre a maioria parlamentar e a oposição,

mas, fundamentalmente, entre a maioria parlamentar e o Chefe do Executivo Municipal, levando este último a interagir diretamente com o juiz constitucional estadual. O Prefeito Municipal utilizou o Tribunal Constitucional estadual de forma sistemática para modificar o processo legislativo que ele não pôde controlar na arena legislativa. Seguramente, pode-se dizer, com Stone Sweet (2004), que o Tribunal de Justiça agiu como uma espécie de “câmara legislativa especializada”, e o controle judicial de constitucionalidade como o último estágio no processo de elaboração das leis. Não analisamos a segunda etapa de sua teoria – a *judicialização do processo legislativo* –, pois isto demandaria a pesquisa sobre a recepção do discurso constitucional no parlamento municipal.

As idéias de *democracia inacabada* e *contra-democracia*, de Rosanvallon (2000; 2006), e de *democracia constitucional*, de Dominique Rousseau (2001), encontram pouco espaço em uma agenda presa às questões da divisão de competências institucionais entre os poderes públicos. Da mesma forma, a defesa de uma jurisdição constitucional que atue como *regente republicano das liberdades positivas*, apanágio do constitucionalismo democrático na visão exposta por Cittadino (2002), também não resta comprovada no caso porto-alegrense, principalmente, porque não houve sequer uma Adin que tivesse por objeto a omissão legislativa da Câmara de Vereadores. De outra parte, viu-se que o *círculo dos intérpretes da Constituição*, como propugnado por Cittadino (2002), em que pese sua maior amplitude no modelo estadual de controle de constitucionalidade comparado ao modelo federal, ainda não foi devidamente acionado pelos *agentes da sociedade civil*, que pouco uso fizeram da Justiça Constitucional estadual para a democratização do processo interpretativo.

Já a teoria do *veto-point* é fortemente assimilável à “judicialização da política” porto-alegrense, reforçando o papel *consensual* do sistema político: o *consocialismo* (denominação análoga do modelo de democracia consensual) representa um arranjo institucional cuja *rationale* é da mesma natureza do constitucionalismo (em sua faceta liberal). A *dispersão do poder* esteve no centro da agenda da jurisdição constitucional abstrata estadual gaúcha, na medida em que as decisões sobre os vícios de iniciativa legislativa dizem respeito à *dispersão horizontal do poder* (entre Executivo e Legislativo), enquanto as decisões que declararam a inconstitucionalidade orgânica por invasão de competência legislativa dizem respeito à *dispersão vertical do poder* (entre União e Município).

No que diz respeito à *dimensão normativa* da “judicialização da política”, é observável que a atividade da Corte Estadual, no exercício da jurisdição constitucional estadual abstrata, parece não estar em consonância com os fenômenos contemporâneos da *constitucionalização* do direito, do paradigma *neoconstitucionalista* e da *jurisprudencialização* da Constituição.

É demonstrativo disso o fato de que as inúmeras inovações técnicas do controle de constitucionalidade, analisadas no capítulo relativo à *dimensão normativa*, não foram constatadas na prática jurisprudencial da jurisdição constitucional abstrata estadual nas decisões das Adins que impugnam a legislação de Porto Alegre. Do total de 111 ações, apenas 01 delas utilizou a técnica da *interpretação conforme a Constituição*. Em nenhum julgado houve a *modulação temporal dos efeitos da decisão*, a prolação de *sentenças aditivas*, ou a *ampliação do parâmetro* de constitucionalidade, como a utilização dos princípios da proporcionalidade e/ou da razoabilidade. Os fundamentos das decisões das Adins permitem inferir que, tanto a *constitucionalização* do direito quanto o paradigma *neoconstitucionalista*, não ganharam espaço na atuação prática da Corte Estadual de Justiça Constitucional, ainda afeita a um modelo de jurisdição típica do paradigma positivista. Excertos dessa ilação são encontrados em decisões que, tomando como referência a jurisprudência do STF, exigem o requisito da pertinência temática para alguns dos legitimados à interposição das Adins, ou subtraem objetos (decretos executivos) da fiscalização abstrata de constitucionalidade.

A presente dissertação procurou mostrar, assim, que a *gramática* da “judicialização da política” resulta da conjugação/interação entre as três dimensões estudadas: a) a *institucional*, que tem na presença de um sistema de fiscalização judicial abstrata de constitucionalidade das leis sua variável central; b) a *social*, que se expressa nas diversas formas pelas quais os atores sociais fazem uso dessa arquitetura institucional para a defesa, via de regra, de seus concretos interesses (e não, necessariamente, de valores da ordem constitucional); c) a *normativa*, que fornece as condições de aceleração/retração do fenômeno a partir da dogmática do direito constitucional positivo. Sem a dimensão institucional, a “judicialização da política” não é possível, pois ela é pré-requisito necessário para que o fenômeno se manifeste empiricamente; mas não suficiente, já que é indispensável haver o uso *instrumental* da revisão judicial por agentes sociais *interessados* (dimensão social), o que se faz, em maior ou menor medida, nos limites impulsionados ou restringidos pela dogmática constitucional (dimensão normativa).

Vista sob este prisma, a “judicialização da política”, como processo de democratização da interpretação da Constituição pela incorporação de agentes da sociedade civil, e como fenômeno de afirmação de direitos, ainda mostra-se incipiente no Brasil (e no mundo). As promessas contidas na filosofia democrática da Constituição de 1988 restam, assim, ainda pendentes de realização, não apenas no plano federal, mas também no âmbito local. A *baixa constitucionalidade* da *jurisdição dos direitos fundamentais* no âmbito local, pelo menos no caso porto-alegrense, traduz a necessidade do aprofundamento da concretização do projeto constitucional e da difusão do *sentimento de Constituição* no dia-a-dia das pessoas.

BIBLIOGRAFIA

- ACKERMANN, Bruce. **We the People: Foundations**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991.
- _____, Bruce, ROSENKRANTZ, Carlos. In: “**Três Concepções de la Democracia Constitucional**”. Cuadernos y Debates 29, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- ADEODATO, João Maurício. **Jurisdição Constitucional à Brasileira: Situação e Limites**. In: Neoconstitucionalismo. Ontem os Códigos. Hoje as Constituições. Porto Alegre: IHJ, 2004, p. 169-188.
- ALIVIZATOS, Nicos C. **Judges as Veto Players**. In: Parliaments and majority rules in Western Europe. H. Doring (Dir.). Nova York: St. Martins Press, 1995.
- AMARAL, Ana Lúcia. **O Procurador-Geral da República e as Ações Diretas de Inconstitucionalidade**. Dissertação de Mestrado, Departamento de Ciência Política da USP, São Paulo, 2004.
- AMIRANTE, Carlo. **Principles, Values, Rights, Duties, Social Needs and the Interpretation of the Constitution. The hegemony of multi-level governance and the crisis of constitutionalism in a globalised world**. In: NERGELIUS, Joakim et alli. Challenges of Multi-Level Constitutionalism. 21 World Congress “Law and Politics in Search of Balance. Sweden. 12-18 august, 2003.
- ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário: entre a Justiça e a Política**. In: Sistema Político Brasileiro: uma introdução. (Org.) Lúcia Avelar e Antônio Octavio Cintra. SP: Unesp, 2007.
- ARATO, Andrew. **Representação, soberania popular e accountability**. Lua Nova n. 55-56, 2002, p. 85-103.
- BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Tradução de J.M. M. Cardoso da Costa. Lisboa: Almedina, 1994.
- BARACHO, J.A.Oliveira. **Justiça Constitucional: Garantia ou Déficit da Rigidez Constitucional?** In: Crises e Desafios da Constituição. (Org.) J.A.L.Sampaio. BH: Mandamentos, 2003.
- BARQUERO ESTEVAN, J. M. **La función del tributo en el Estado social y democrático de Derecho**. Madrid: CEPC, 2002.
- BARROSO, Luiz Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. SP: Saraiva, 2004.
- _____, Luis Roberto. **O novo direito constitucional e a constitucionalização do direito**. In: Temas de Direito Constitucional. RJ: Renovar, 2005.
- BARROS, Suzana Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
- BAUM, Laurence. **A Suprema Corte americana**. RJ: Forense Universitária, 1987.
- BERCOVICI, Gilberto. **A Constituição de 1988 e a Teoria da Constituição**. In: Constituição Federal. 15 Anos. Mutação e Evolução – comentários e perspectivas. (Org.) André R. Tavares *et alii*. SP: Método, 1998.
- _____, Gilberto. **A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição**. In: Teoria da Constituição. Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. RJ: Lumen Juris, 2003.
- BERGER, Raoul. **Government by Judiciary. The Transformation of the Fourteenth Amendment**. Harvard University Press, 1977.
- BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics**. New Haven and London: Yale University Press, 1986.
- BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira – legitimidade democrática e instrumentos de realização**. RJ: Renovar, 2001.

BITENCOURT, C. A. Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. RJ: Forense, 1968, 2ª Ed.

BLANQUER, Jean-Michel. “**Entre état de droit et société de droits: L’Amérique latine à la recherche d’un concept directeur**”. In: Fórum Développement et Culture, BID, tomo 4, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. RJ: Campus, 1992.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

_____, E. W. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Madrid: Trotta, 2000.

BOECHAT, Lêda Rodrigues. **História do Supremo Tribunal Federal: 1891-1898: defesa das liberdades civis**. RJ: Civilização Brasileira, 1991.

_____, Lêda Rodrigues. **História do Supremo Tribunal Federal: 1910-1926: doutrina brasileira do habeas corpus**. RJ: Civilização Brasileira, 2ª Ed., 1991.

_____, Lêda Rodrigues. **A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano**. RJ: Civilização Brasileira, 2ª Ed., 1992.

BOFILL, Héctor L. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidade de la ley**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Do Advogado, 2002.

_____, José Luis *et alii*. **A Jurisprudencialização da Constituição. A construção jurisdicional do Estado Democrático de Direito**. São Leopoldo: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito, 2002, p. 297-349.

_____, José Luis, AGRA, Walber de Moura. **A Jurisprudencialização da Constituição e a Densificação da Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. In: Neoconstitucionalismo. Ontem os Códigos. Hoje as Constituições. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.

_____, José Luis. **Direitos Humanos e Constituição: o “Novo” da EC 45/04**. In: Direitos Sociais & Políticas Públicas. Desafios Contemporâneos. Tomo 5. (Orgs.) Rogério Gesta Leal e Jorge Renato Reis. Santa Cruz do Sul: Unisc, 2005.

_____, José Luis, STRECK, Lênio Luis. **Ciência Política & Teoria do Estado**. Porto Alegre: Do Advogado, 2006, 5ª Ed.

_____, José Luiz. **Crise do Estado, Constituição e Democracia Política: a “realização” da ordem constitucional! E o povo...** In: Anuário do PPGDireito/Unisinos 2006, p. 101.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. SP: Malheiros, 2004

BOURDIEU, Pierre. **A força do direito. Elementos para uma sociologia do campo jurídico**. RJ: Bertrand Brasil, 2004, 7ª Ed.

BOURETZ, Pierre. **La Force du Droit. Panorama des débats contemporains**. Paris: Éditions Esprit, 1991.

BRITO, Miguel Nogueira de. **Originalismo e Interpretação Constitucional**. In: SILVA, Virgílio Afonso (Org.). **Interpretação Constitucional**. SP: Malheiros, 2005.

BURDEAU, G. **Traité de science politique**. Paris: L.G.D.J., 1969.

CALSAMIGLIA, Albert. **Postpositivismo**. In: Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 21, volume I, 1998, p. 209-220.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. Coimbra: Coimbra, 1994.

_____, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, 7ª Ed.

_____, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006.

CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil. O longo caminho**. RJ: Civilização Brasileira, 2003.

CARVALHO, Ernani Rodrigues. **Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem**. In: Revista de Sociologia e Política. Curitiba, vol. 23, nov. 2004, p. 115-126.

_____, Ernani Rodrigues. **Revisão Judicial e Judicialização da Política no Brasil: Seletividade e Especificidade**. *Paper* apresentado no 5º Encontro da ABCP – Associação Brasileira de Ciência Política. Belo Horizonte/MG, 2006 (mimeo).

_____, Hernán Rodrigues. **Revisão Judicial e Judicialização da Política no Directo Occidental: Aspectos Relevantes de sua Gênese e Desenvolvimento**. In: Revista de Sociología e Política. Curitiba, vol. 26, nov. 2006, p. 13-31.

_____, Ernani Rodrigues. **Trajectoria da Revisão Judicial no Desenho Institucional Brasileiro: Tutela, Autonomia e Judicialização**. Artigo submetido à Revista Sociologias (Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFRGS), 2006 (no prelo).

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto Proibido. Uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado**. Porto Alegre: Do Advogado, 2002.

CAPPELETTI, Mauro. **Juizes Legisladores?** P. Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1999.

_____, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999, 2ª Ed.

CASTRO, Marcus Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política**. In: Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 12, nº. 34, junho 1997, p. 147-156.

CHEVALLIER, J. **L'État de droit**. Paris: Montchrestien, 2003.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea** RJ: Lúmen Júris, 2ª Ed., 2000.

_____, Gisele. **Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes**. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. RJ: Iuperj/Faperj, 2002.

_____, Gisele. **Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia**. In: Alceu, vol. 5, n. 9, jul./dez. 2004, p. 105-113.

COMELLA, Victor Ferrer. **Una defensa de la rigidez constitucional**, In: Doxa : Cuadernos de Filosofia del Derecho, n. 23, 2000, p. 29-47.

COUTO, Cláudio Gonçalves, ARANTES, Rogério Bastos. **“Constitución o políticas públicas? Una evaluación de los años FHC”**. In: Palermo, Vicente. *Política brasileña contemporânea: de Collor a Lula en años de transformación*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2003.

CUNHA MELO, Manuel Palácios. **A Suprema Corte dos EUA e a Judicialização da Política. Notas sobre um itinerário difícil**. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. RJ: Iuperj/Faperj, 2002.

CUNHA FERAZ, Anna Cândida. **Poder constituinte do Estado-membro**. SP: RT, 1979.

_____, Ana Cândida da. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

DAHL, Robert. **Poliarquia: participação e oposição**. SP: Edusp, 1997.

DA ROS, Luciano. **Supremo Tribunal Federal como veto player? Judicialização da Política e restrições à edição de medidas provisórias no Brasil pós-1988**. Paper apresentado na XIV Jornadas de Jovens Pesquisadores da AUGM. Unicamp, 2006.

DEZALAY, Ives. “**La production doctrinale comme objet et terrain de luttes politiques et professionnelles**”, in: Poirmeur, Yves *et alii*, *La doctrine juridique*. Paris, PUF, 1993.

_____, Ives, TRUBECK, David. A Reestruturação Global e o Direito. **A internacionalização dos campos jurídicos e a criação de espaços transnacionais**. SP: Malheiros, 1996.

DI FEDERICO, Giuseppe. **Italy: A Peculiar Case**. In: *The Global Expansion of Judicial Power*. Edited by C. Neal Tate and Torbjörn Vallinder. New York: New York University Press, 1995.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. SP: Martins Fontes, 2001.

_____, Ronald. **O Império do Direito**. SP: Martins Fontes: 2003.

ELY, Jonh Hart. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**². Cambridge: Harvard University Press, 1980.

ELSTER, Jon. **Ulisses and the Sirens**. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

EPP, Charles R. **The Rigths Revolution. Lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective**. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1998.

ESTÉVEZ ARAÚJO, José Antonio. **La Constitución como proceso y la desobediencia civil**. Madrid: Trotta, 1994.

EWALD, François. **L'État Providence**. Paris: Bernard Grasset, 1986.

_____, François. **Foucault, a norma e o direito**. Lisboa: Vega, 1993.

FAVOREAU, Louis, RUBIO LLORENTE, Francisco. **El Bloque de la Constitucionalidad**. Madrid: Civitas, 1991.

_____, Louis. “**La constitutionnalisation du droit**” in: *La constitutionnalisation des branches du droit*. Paris: Economica, 1998

_____, Louis *et alii*. **Droit Constitutionnel**. Paris: Dalloz, 2002.

_____, Louis. **As Cortes Constitucionais**. SP: Landy, 2004.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. **La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progressiva convergência de los sistemas americano y europeu-kelseniano**. México: Unam, 2004.

_____, Francisco. **La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos**. In: Sarlet, Ingo W. (Org.). *Jurisdição e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Do Advogado, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantias. La ley del más débil**. Madrid: Trotta, 1999.

_____, Luigi. **Pasado y futuro del Estado de Derecho**. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. (Org.) Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A Constituição de 1988 e a Judicialização da Política**. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 12, 1996, p.189-197.

FERRERES COMELLA, Victor. **Justicia constitucional y democracia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

FIGUEROA, Alfonso García. **La Teoría del Derecho en Tiempos de Constitucionalismo**. In: Neoconstitucionalismo(s). (Org.) Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003.

FRANÇOIS, Bastien. **“Justice Constitutionnelle et “democratie constitutionnelle”. Critique du discours constitutionnaliste européen”**. In: Chevallier, Jacques *et alii*, *Droit et politique*. Paris, Presses Universitaires de France, 1992

_____, Bastien. **“Le droit saisi par la politique”**, In: Lagroye, J., *La Politisation*. Paris: Belin, 2003.

FRIEDMAN, Lawrence M. In: **Jurisdição. Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito**. Org. André Jean-Arnaud. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FROMMONT, Michel. **Le juge constitutionnel**. In: *Pouvoirs*, n. 22, 1982.

_____, Michel. **La Justice constitutionnelle dans le monde**. Paris: Dalloz, 1996.

GALANTER, Marc. **Direito em Abundância. A actividade legislativa no Atlântico Norte**. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º. 36, fevereiro de 1993, p. 103-145.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia. O guardião das promessas**. RJ: Revan, 2001.

GARCIA, Pedro de Vega. **La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente**. Madrid: Tecnos, 1991.

_____, Pedro de Vega. **El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional**. Teoría y realidad constitucional n. 1, Madrid: Centro de Estudios Ramon Areces, 1998

_____, Pedro de Vega. **Apuntes para una Historia de las Doctrinas Constitucionales del Siglo XX**. In: *Teoría de la Constitución*. Madrid: Trotta, 2000.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 1985.

GARCIA-PELAYO, Manuel. **Las Transformaciones del Estado Contemporáneo**. Madrid: Alianza, 1996, 4ª Ed.

GARRAUD, Philippe. **La politique à l'épreuve du jugement judiciaire. La pénalisation croissante du politique comme “effet induit” du processus d'autonomisation de l'institution judiciaire**. In: *Le Pouvoir de Juger*. Jean-Louis Briquet, Philippe Garraud (Dir.). Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2002.

GRAGLIA, Lino A. **“How the Constitution disappeared”**. In: STEVEN ANZOVIN Ed. *The U.S. Constitution and the Supreme Court*, H.W. Wilson, New York, 1988.

GREY, Thomas C. **“Do we have an unwritten Constitution?”** In: *Stanford Law Review*, volume 27, n. 3, fev/1975, p. 703-718.

GUARNIERI, Carlo. **Judicial Independence and Policy-Making in Italy**. In: *The Global Expansion of Judicial Power*. Edited by C. Neal Tate and Torbjörn Vallinder. New York: New York University Press, 1995.

_____, Carlo, MAGALHÃES, Pedro C. **Democratic Consolidation, Judicial Reform, and the Judicialization of Politics in Southern of Europe**. In: ICS da Universidade de Lisboa, working paper 1, 2001.

GUASTINI, Ricardo. **La “Constitucionalización” del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano**. In: Neoconstitucionalismo(s). Edición de Miguel Carbonell. Madrid, Trotta, 2003.

GUÉNAIRE, Michel. **La Constitution ou la fin de la politique**. In: *Le Débat*, n.º. 64, 1991, p. 149-157.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997.

_____, Peter. **Liberdad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional.** Madrid: Trotta, 1998.

_____, Peter. **El Estado Constitucional.** Trad. Hector Fix-Fierro. México: UNAM, 2003.

_____, Peter. **Novos Horizontes e Novos Desafios do Constitucionalismo.** In: Revista de Direito Público, nº. 13, 2006, p. 99-120.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria e la acción comunicativa complementos y estudios previos.** Trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid: Catedra, 1994.

_____, Jürgen. **Direito e Democracia. Entre facticidade e validade.** RJ: Tempo Brasileiro, 2003, Volume II, 2ª Edição.

HENNING LEAL, Mônia Clarissa. **Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática** RJ: Lumen Juris, 2007.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

_____, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

_____, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism** Harvard University Press, 2004.

HÖFFE, Otfried. **República Mundial.** SP: Martins Fontes, 2005.

HOLMES, Stephen. **El precompromiso y la paradoja de la democracia.** In: ELSTER, Jon, SLAGSTAD, Rune. **Constitucionalismo y Democracia.** México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

HORTA, Raul Machado. **A autonomia do estado-membro no direito constitucional brasileiro.** Belo Horizonte: UFMG, Tese, 1964.

_____, Raul Machado. **Permanência, mutações e mudança constitucional.** In: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, 2002.

IBAÑEZ, Perfecto A. **Democracia com Juízes.** In: Rev. do M. Público, Lisboa, ano 24, nº. 94, 2003, p. 31-47.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constituição.** SP: Martins Fontes, 2003.

_____, Hans. **Teoria Pura do Direito.** SP: Martins Fontes, 2003

KOERNER, Andrei. **O poder judiciário no sistema político da primeira República.** In: Revista USP nº. 21, 1994, p. 58-69.

KOOMERS, Donald P. **The Federal Constitutional Court in the German Political System.** In: Comparative Political Studies, 1994, p. 470-490.

LACROIX, Bernard. **“Le politiste et l’analyse des institutions: Comment parler de la Présidence de la République”.** In: LACROIX, B. & LAGROYE, J. **Le President de la République: Usages et genèses d’une institution.** Paris: Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 1992.

- LANDFRIED, Christine. **Germany**. In: *The Global Expansion of Judicial Power*. Edited by C. Neal Tate and Torbjörn Vallinder. New York: New York University Press, 1995.
- LAMBERT, Edouard. **Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis: l'expérience américaine du contrôle de la constitutionnalité des lois**. Paris: Dalloz, 2004.
- LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. RJ: Lumen Juris, 5ª Ed., 2000.
- LEBECK, Carl. **From governmental self-limitation to political accountability: an essay on modern constitutionalism**. In: *Revue Interdisciplinaire D'Etudes Juridiques* n. 55, 2005, p. 233-269.
- LEONCY, Léo Ferreira. **Controle de Constitucionalidade Estadual. As normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro**. SP: Saraiva, 2007.
- LIJHPART, Arend. **Modelos de Democracia. Desempenho e Padrões de Governo em 36 Países**. RJ: Civilização Brasileira, 2003.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Ariel, 1970.
- LOPES Jr., Eduardo Monteiro. **A Judicialização da Política no Brasil e o TCU**. RJ: FGV, 2007.
- LLORENTE, Rubio. **Tendencias Actuales de la Jurisdicción constitucional en Europa**. In: *Estudios sobre Jurisdicción Constitucional*. Madrid: McGraw-Hill, 1998.
- LUTZ, Donald. **"Toward a theory of constitutional amendment"**. In: *Responding to Imperfection. The Theory and Practice of Constitutional Amendment*. Princeton: Princeton University Press, 1995.
- MC ILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism – Ancient and Modern**. N.York: Cornell University Press, 1974.
- MADISON, James, HAMILTON, Alexander, e JAY, John. **Os artigos federalistas, 1787-1788**. RJ: Nova Fronteira, 1993.
- MARSCHALL, T. H. **Cidadania, Classe social e Status**. RJ: Zahar, 1967.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva & MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. SP: Saraiva, 2001.
- MATTEUCCI, Nicola. **Organización del Poder y Libertad. Historia del Constitucionalismo Moderno**. Madrid: Trotta, 1998.
- MAUÉS, Antonio Moreira, FADEL, Alexandre Pinto. **Circuitos Interrompidos: As Adins dos Partidos Políticos no Supremo Tribunal Federal (1999-2004)**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et alii. *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. RJ: Lumen Juris, 2007.
- MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade**. In: *Novos Estudos*, CEBRAP, 2000, p. 183-202.
- MELO, Marcus C. **Constitucionalismo e Ação Racional**. In: *Lua Nova* n°. 44, 1998, p. 55-79.
- MELLO, Marcelo Pereira. **Reversões institucionais entre os Poderes: quando o Judiciário legisla**. *Paper* apresentado no Encontro da ABCP. BH/MG, 2006.
- MENAUT, Antonio-Carlos P. **Rule of Law o Estado de Derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental: Parâmetro de Controle e Objeto**. In: TAVARES, André R., ROTHENBURG, Walter C. (Orgs.). *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: análises à luz da Lei n°. 9882/99*. São Paulo, Atlas, 2001.
- MICHEL, Hélène. **Une reconfiguration du jeu politique par le droit. Défense du droit de propriété et saisine du Conseil constitutionnel**. In: ISRAËL, Liora et alii. *Sur la portée sociale du droit*. Paris: PUF, 2005.

- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2000, 3ª Ed., tomo IV.
- MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Apontamentos sobre a Reforma Administrativa**. RJ: Renovar, 1999.
- MORTATI, Costantino. **La Costituzione in senso materiale**. Milano: Giuffrè, 1998.
- MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. RJ: Renovar, 3ª Ed., 2003.
- O'DONNELL, Guillermo. **Accountability horizontal: la institucionalización legal de la desconfianza política**. In: Revista Española de Ciencia Política, n.º. 11, 2004, p. 11-31.
- OLIVEIRA, Vanessa Elias. **Judiciário e Privatizações no Brasil: Existe uma Judicialização da Política?** In: DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 48, n.º. 3, 2005, p. 559-587.
- OST, François. **O Tempo do Direito**. Lisboa: Piaget, 1999.
- PECH, Laurent. **“Le remède au gouvernement des juges: le *judicial self-restraint*?”**. In: Gouvernement des juges et démocratie, Paris, Presses universitaires de la Sorbonne, 2001.
- PEDERZOLI, Patrícia. **The Power of Judges. A Comparative Study of Courts and Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- PEGORARO, Lucio. **A circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional**. In: Revista de Informação Legislativa n.º. 165, 2005, p. 59-76.
- PIOVESAN, Flávia. **Constitucionalização do Direito Internacional: Um Estudo Comparativo dos Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira *et alii*, 2007.
- POIRMEUR, Yves. **Themes et Debats autour du Constitutionnalisme**. In: Chevallier, Jacques *et alii*, *Droit et politique*. Paris, Presses Universitaires de France, 1992.
- POLANYI, Karl. **A Grande Transformação. As origens da nossa época**. RJ: Campus, 2000.
- POZZOLO, Susana. **Un Constitucionalismo Ambiguo**. In: Neoconstitucionalismo(s). (Org.) Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003.
- PRIETO SANCHIS, Luis. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003.
- _____, Luiz. **Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico**. In: Doxa : Cuadernos de Filosofia del Derecho, n. 23, p. 161-195.
- REVORIO, Francisco J. D. **Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional: significado, tipología, efecto y legitimidad**. Valladolid: Lex Nova, 2001.
- ROSANVALLON, Pierre. **A Crise do Estado-providência**. Brasília: Editora da UNB, 1997.
- _____, Pierre. **La Démocratie Inachevée. Histoire de la Souveraineté du Peuple en France**. Éditions Gallimard, 2000.
- _____, P. **La contre démocratie : la politique à l'âge de la défiance**. Paris: Seuil, 2006.
- ROSENFELD, Michel. **“Modern Constitutionalism as Interplay Between Identity and Diversity”**. In: Constitutionalism, Identity, Diference, and Legitimacy. Theoretical Perspectives. Durham and London: Duke University Press, 1994.
- _____, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. BH: Mandamentos, 2003.
- ROUSSEAU, Dominique. **“Une résurrection: la notion de Constitution”**. In: Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Étranger, n.º. 1, Paris: LGDJ, 1991, p. 15-18.

_____, Dominique. **Les Constitutionnalistes, les politistes, et le “renouveau” de l’idée de Constitution**. In: Droit et Politique. Paris: PUF, 1993

_____, Dominique. **Sur le Conseil Constitutionnel: La Doctrine Badinter et la Démocratie**. Paris, Descartes e Cie, 1997.

_____, Dominique. **La justice constitutionnelle en Europe**. Paris: Montchrestien, 1998, 3^a Ed.

_____, Dominique. **Droit du contentieux constitutionnel**. Paris: Montchrestien, 2001.

ROUSSEL, Violaine. **La judicialisation du politique, réalités et faux semblants**. In: Mouvements, n^o. 29, septembr-octobre 2003, p. 13-18.

ROYO, Javier Perez.. **Tribunal constitucional y division de poderes**. Madrid: Tecnos, 1988.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. BH: Del Rey, 2002.

_____, José Adércio Leite. **Teorias Constitucionais em perspectiva. Em busca de uma Constituição Pluridimensional**. In: Crises e Desafios da Constituição. B. Horizonte: Mandamentos, 1994.

SÁNCHEZ, José Acosta. Transformaciones de la Constitución en el Siglo XX. **Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)**, Madrid, n. 100, 1998, p. 57-100.

SANTOS, Wanderlei G. **Cidadania e Justiça. A política social na ordem brasileira**. RJ: Campus, 1979.

SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Do Advogado, 2003.

SCAFF, Fernando Faccury, MAUÉS, Antonio G. M. **Justiça Constitucional e Tributação**. SP: Dialética, 2005.

_____, Fernando Faccury. **Novas Dimensões do Controle de Constitucionalidade no Brasil: Prevalência do Concentrado e Ocaso do Difuso**. In: Revista Dialética de Direito Processual, n. 50, S. Paulo, 2007, p. 20-41.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. SP: RT, 2002.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**. SP: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso. **A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. SP: Malheiros, 2005.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **A Constituição aberta e a atualidade dos direitos fundamentais do homem**. RJ: Forense, 1995.

SMEND, Rudolf. **Constitución y Derecho Constitucional**. Trad. José Maria Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SORJ, Bernard. **Novas tendências do conflito social: entre a juridificação e a judicialização**. In: A Nova Sociedade Brasileira. RJ: Campus, 2001.

SOUZA BRITO, José de *et alii*. **Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1995.

SOUZA SANTOS, Boavantura. **Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas**. In: Revista Brasileira de Ciências Sociais, n. 30, 1996, p. 29-62.

SPADARO, Antonino. **Contributo per una teoria della Costituzione**. Milão, Giuffré, 1994.

STIEFELMANN LEAL, Roger. **A convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais.** In: Rev. de Direito Constitucional e Internacional n°. 57, 2007, p. 62-81.

STONE SWEET, Alec. **Constitutional Politics in France and Germany.** In: **On Law, Politics and Judicialization.** Martin Shapiro & Alec Stone Sweet (Org.). Oxford University Press, 2002.

_____, Alec. **Governing with judges. Constitutional Politics in Europe.** Oxford U Press, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. **A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo.** In: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, P. Alegre: Do Advogado, 2004, p. 153-186.

_____, Lênio Luis. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito.** RJ: Forense, 2004, 2ª Ed.

_____, Lênio Luis. **Súmulas vinculantes: em busca de algumas projeções hermenêuticas.** In: Jurisdição e Direitos Fundamentais. (Org.) Ingo Sarlet. Vol. I, Tomo I. P. Alegre: Do Advogado, 2005, p 107-130.

_____, Lênio Luis. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas.** RJ: Lumens Júris, 2006.

_____, Lênio Luiz. **Hermenêutica e Aplicação do Direito: os limites da modulação dos efeitos em controle difuso de constitucionalidade – o caso das leis dos crimes hediondos.** In: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, 2006, p. 107-128.

TATE, C. Neal. **“Why the Expansion of Judicial Power?”.** In: The Global Expansion of Judicial Power. Edited by C. Neal Tate and Torbjörn Vallinder. New York: New York University Press, 1995.

TAVARES, André Ramos. **Tratado da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.** SP: Saraiva, 2001.

TAYLOR, Matthey M., **O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil.** In: DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 50, n°. 2, 2007, p. 229-257.

TREMPS, Pablo Perez. **La Justicia Constitucional en la Actualidad. Especial referencia a América Latina.** In: Revista Brasileira de Direito Constitucional n°. 01, jan./jun. 2003, p. 29-40.

TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law.** New York: The Foundation Press Inc., 1998.

TROPER, Michel, JAUME, Lucien. **1789 et l’invention de la Constitution.** Paris: LGDJ-Bruylant, 1994.

TSEBELIS, George. **Processo decisório em sistemas políticos: veto players no presidencialismo, parlamentarismo e pluripartidarismo.** In: Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 34, 1995, p. 89-117.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away the Courts.** Princeton University Press, 1999.

UPRIMNY, Rodrigo, GARCÍA-VILLEGAS, Maurício **Tribunal Constitucional e emancipação social na Colômbia** In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). Democratizar a democracia. Reinventar a emancipação social: para novos manifestos. RJ: Civilização Brasileira, 2002.

VALLINDER, T. **The judicialization of politics – A world-wide phenomenon: Introduction.** International Political Science Review, Volume 15, n. 2, 1994, p. 91-99.

_____, **“When the Courts Go Marching In”.** In: The Global Expansion of Judicial Power. Edited by C. Neal Tate and Torbjörn Vallinder. New York: New York University Press, 1995.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política.** SP: RT, 1994.

_____, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua Reserva de Justiça. Um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma.** SP: Malheiros, 1999.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976.**

VIEIRA, José Ribas et alii. **Teoria da Mudança Constitucional. Sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa.** RJ: Renovar, 2005.

VILLALÓN, Pedro Cruz. **La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939).** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

VOLCANSEK, Mary L. **Political Power and Judicial Review in Italy.** In: Comparative Political Studies, 1994, p. 492-509.

WERNECK VIANNA, Luiz. **Poder Judiciário, Positivização do Direito Natural e Política.** In: Estudos Históricos nº.18, 1996, p. 263-282.

_____, Luiz *et alii*. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____, Luiz, BURGOS, Marcelo. **Revolução Processual do Direito e Democracia Progressiva.** In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A Democracia e os Três Poderes no Brasil.** RJ: Iuperj/Faperj, 2002.

WEILER, J. H.H., **A Quiet Revolution. The European Court of Justice and Its Interlocutors.** In: Comparative Politics Studies, 1994, p. 510-534.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil.** Madrid: Editorial Trotta, 2002.

ZOLO, Danilo. **Teoria e Crítica do Estado de Direito.** In: **O Estado de Direito. História, teoria e crítica.** COSTA, Pietro, ZOLO, Danilo (Orgs.). SP: Martins Fontes, 2006.