

## A Judicialização do Brasil sob abordagem institucional

ERNANI CARVALHO

LEON VICTOR DE QUEIROZ BARBOSA

### RESUMO

■ Na conformação do último desenho constitucional brasileiro, as figuras coloniais do Bacharel, do Padre e do Militar continuaram conjugadas na manutenção de uma burocracia cartorial que ainda é a base do Estado brasileiro. Em que pesem os esforços de popularizar o juízo arbitral, a imensa maioria dos conflitos ainda está sob a tutela dos juízes estatais, que se tornaram agentes centrais na nova distribuição dos três poderes.

De poder “menos perigoso” como nos ensinou Montesquieu, o Judiciário passou a figurar como um das instituições mais confiáveis pelo cidadão comum, ao lado da Igreja e das Forças Armadas. Essa posição não foi galgada aleatoriamente, mas com estratégias bem implementadas ainda nos debates da Comissão Afonso Arinos, na Assembleia Constituinte de 1986-88. O ano de 1988 foi a consagração de uma trajetória institucional que já se desenhava na República Velha. Essa deve ser a agenda das Ciências Sociais, entender com mais clareza como se deu esse empreendimento institucional.

Mas para efeito deste trabalho vamos focar no período pós-constituente, mostrando como nos últimos anos a sociedade passou a ser extremamente marcada pelos operadores do direito, com a proliferação dos cursos jurídicos, que já superaram o somatório de todos os cursos de direito das democracias consolidadas. Nosso argumento é que o controle direto de constitucionalidade foi crucial para essa nova conformação do processo decisório brasileiro, tendo como auge as minirreformas eleitorais implementadas pelo Poder Judiciário.

## ABSTRACT

■ *In the formation of the latest Brazilian constitutional design, the colonial figures of the Baccalaureate, the Priest and the Military continued to be combined in order to maintain a bureaucracy that is still the basis of the Brazilian State. In spite of efforts to promote arbitration, the vast majority of conflicts are still under the instruction of State judges, who became central agents in the new distribution of the three branches of Government. Once considered “the less dangerous” branch, as said by Montesquieu, the Judiciary became one of the most trusted institutions by the common citizen, alongside the Church and the Armed Forces. This position was not reached randomly, but through well-implemented strategies during the debates of the Afonso Arinos Commission in the Constitutional Assembly of 1987-1988. The year of 1988 was the consecration of an institutional trajectory that was already being designed back back in the Old Republic years (1889-1930). This should be the agenda of Social Sciences, in order to clearly understand how this institutional enterprise came to be.*

*But for the purpose of this paper we will focus on the post-constituent period, showing how in recent years, society has become extremely marked by legal operators, with the proliferation of law courses, which already surpass the sum of all law courses in countries with consolidated democracies. Our argument is that direct control of constitutionality was crucial for this new conformation of the Brazilian decision-making process, having as a peak the electoral mini-reforms implemented by the Judiciary.*

## INTRODUÇÃO

■ A formação do Estado e da nação brasileira está fortemente influenciada pela conjugação de três ofícios: o Padre, o Bacharel e o Militar. A difusão do catolicismo lusitano, a conquista de novos territórios e a manutenção destes por uma burocracia cartorial são bases deste Estado colonial<sup>1</sup>.

Essas raízes estão presentes até o nossos dias. A medição de confiança dos brasileiros nas instituições apontam para uma estabilidade no topo das preferências, onde se encontram as Forças Armadas, a Igreja e o Judiciário. Mas a grande novidade do Brasil contemporâneo seria o *empowerment* do chamado “poder menos perigoso” no dizer de Montesquieu, o Poder Judiciário.

1 Neste sentido podemos citar as obras de José Murilo de Carvalho: *A Formação das Almas: Imaginário da República no Brasil*, Companhia das Letras, 2002; e *Construção da Ordem / Teatro das Sombras*, Civilização Brasileira, 2011.

A Constituição de 1988 consagrou a trajetória desta pujança do Judiciário. Existe uma tarefa por fazer nas Ciências Sociais que é desvendar com mais clareza a formação deste empreendimento institucional no Brasil colonial e nos primeiros anos da “República Velha”<sup>2</sup>.

Mas para efeito deste trabalho vamos nos ater aos desdobramentos pós-constituição de 1988, são aproximadamente 30 anos que reformularam o modo de operar da sociedade brasileira. Uma Sociedade extremamente marcada pela presença dos operadores do direito.

Alguns dados são contundentes para expressar o tamanho dessa influência. Segundo dados da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)<sup>3</sup> existem em atividade mais de um milhão de advogados, este número só não é maior pelo controle exercido pela OAB através do exame de ingresso. O número de Faculdades de Direito no período pós-Constituição de 1988 também sofreu um aumento assustador, mais de 800%. Eram 165 em 1995. Em 2001, 505 faculdades já formavam bacharéis e em 2014 os cursos de direito estavam presentes em 1240 estabelecimentos de ensino.

Para se ter uma idéia da dimensão destes números, os Estados Unidos que possuem uma sociedade fortemente judicializada e uma população de 313 milhões de habitantes, possuem 232 faculdades em todo o seu território. Segundo a OAB: “O Brasil tem mais faculdades de Direito do que todos os países no mundo, juntos. Existem 1.240 cursos para a formação de advogados em território nacional enquanto no resto do planeta a soma chega a 1.100 universidades. Os números foram informados pelo representante do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) no Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o advogado catarinense Jefferson Kravchychyn. “Temos 1.240 faculdades de direito. No restante do mundo, incluindo China, Estados Unidos, Europa e África, temos 1.100 cursos, segundo os últimos dados que tivemos acesso”, disse o conselheiro do CNJ”<sup>4</sup>.

Esses números refletem diretamente no aumento da litigância judicial. Em 2016, por exemplo, havia 102 milhões de processos tramitando em todas as esferas do Judiciário brasileiro. Destes, quase 30 milhões foram demandas novas,

2 Neste sentido sugiro o instigante trabalho: RICCI, Paolo and ZULINI, Jaqueline Porto. Partidos, competição política e fraude eleitoral: a tônica das eleições na Primeira República. *Dados* [online]. 2014, vol.57, n.2, pp.443-479. ISSN 0011-5258. <http://dx.doi.org/10.1590/0011-5258201414>.

3 <http://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>

4 <http://www.oab.org.br/noticia/20734/brasil-sozinho-tem-mais-faculdades-de-direito-que-todos-os-paises>

surgiram naquele mesmo ano<sup>5</sup>. Essa explosão se deve à judicialização das relações de trabalho e das relações sociais, mas também está presente no processo decisório, nas políticas públicas e na criminalização dos políticos por atos de corrupção. Aqui vamos explorar algumas das principais razões deste cenário de litigância exacerbada e como a influência do Judiciário vem transformando a sociedade brasileira. Para tanto, iremos desenvolver nosso argumento na tentativa de demonstrar como o sistema político e como alguns instrumentos jurídicos, como a ação direta de inconstitucionalidade e o mandado de segurança, foram cruciais nessa nova conformação do processo decisório brasileiro.

## ○ SISTEMA POLÍTICO E O JUDICIÁRIO<sup>6</sup>

■ Depois de tantas disputas pelo poder, principalmente no período abolutista, onde se começou a delinear o que chamaríamos hoje de teoria dos três poderes, faria sentido o Legislativo e o Executivo limitarem seus poderes transferindo ao Judiciário a capacidade de resolver seus impasses? Essa pergunta é feita por Barbosa (2015) para introduzir *Ulisses Liberto*, de Jon Elster (2009), que cita uma passagem de *Odisseia*, de Homero, na qual Ulisses amarra o próprio corpo ao barco para não ceder ao canto das sereias. Ou seja, Elster faz uma análise baseada em pré-compromissos, restrições e racionalidades com a capacidade de evitar problemas (impasses) futuros (Barbosa, 2015). Além de Elster Barbosa cita a hipótese de Ginsburg (2003), segundo a qual o Judiciário seria um seguro ou uma garantia contra as incertezas geradas pelos poderes eleitos. Seja pela fragmentação e ou alta competição, “capazes de produzir incertezas sobre quem poderá estar no poder na próxima eleição, a legislatura vigente daria ao Judiciário mais poder para agir como um árbitro, assegurando direitos da atual maioria, possível futura minoria” (Barbosa, 2015, p. 16).

Dessa forma a fragmentação partidária tenderia a produzir incentivos para aumentar o poder institucional do Judiciário, seja pelas Constituições ou pelas emendas à Constituição. Desde a época do Império, o Poder Judiciário brasileiro vem acumulando mais poder,

5 Segundos dados do Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça (CNJ): <http://s.conjur.com.br/dl/justicaemnumeros-20161.pdf>

6 Essa sessão retoma os argumentos resumidos da Tese de Doutorado premiada pela Capes, O Silêncio dos Incumbentes, defendida por Leon Victor Queiroz Barbosa no Departamento de Ciência Política da UFPE em 2015.

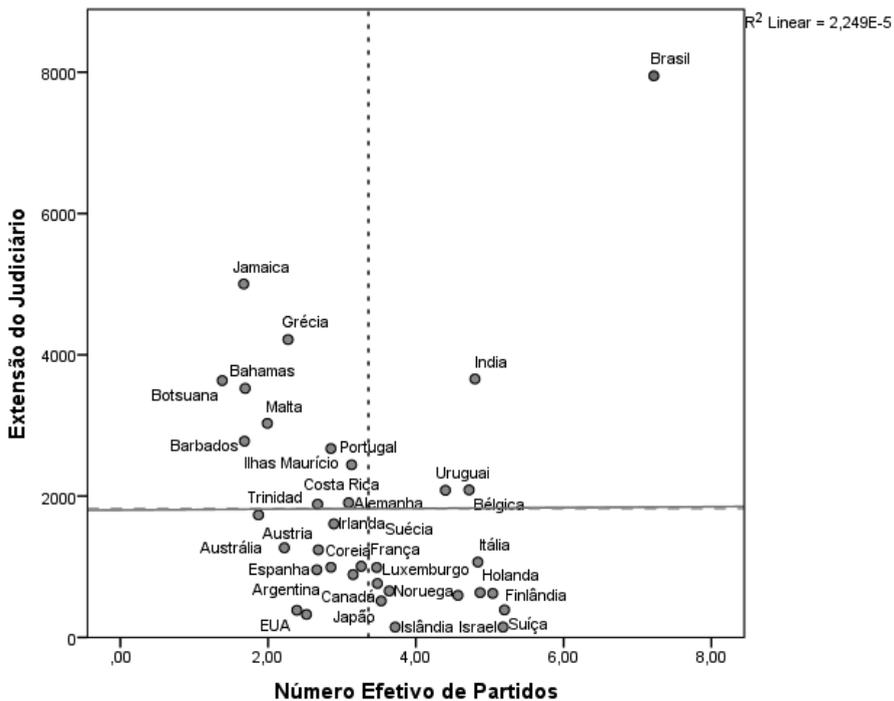
[...] tendo os anos de 1988, 1993, 2002 e 2004 momentos significativos. Nesse sentido, a pergunta central consiste em saber qual o impacto da fragmentação das forças políticas no poder institucional do Judiciário brasileiro. A hipótese é a de que a fragmentação partidária causa um impacto positivo no empoderamento do Judiciário. O termo “poderoso” é aqui tratado no plano institucional, ou seja, naquilo que a Constituição autoriza o Judiciário a fazer, a não fazer, a ser etc. Em outras palavras, é aquele cujo desenho institucional prescreve prerrogativas abrangentes, capazes de interferir nos demais poderes, permitindo que suas decisões revertam ou invalidem a legislação iniciada pelo Congresso Nacional ou pela Presidência da República. Um tribunal institucionalmente poderoso necessariamente tenderia a funcionar como um filtro, por conta de sua capacidade de veto, em relação a temas controversos da agenda legislativa do Executivo e do Legislativo, através do Controle de Constitucionalidade. Isso vem ocorrendo devido ao *empoderamento institucional constitucional* (materializado por mudanças constitucionais) que os incumbentes silenciosamente concederam ao Poder Judiciário, principalmente através de suas competências de controle sobre a produção normativa (Barbosa, 2015, p. 16).

Para testar essa hipótese, Barbosa (2015) escolheu como unidade de análise as mudanças constitucionais ocorridas no Brasil a partir da Constituição de 1891, mensurando dispositivos constitucionais bem como as respectivas emendas de cada Constituição da República que modificou (aumentando ou limitando) o Poder Judiciário. Segundo a Tese, para cada Constituição e emenda, foram calculados o empoderamento judicial e a fragmentação partidária. O empoderamento judicial foi medido pelo número de palavras constantes no capítulo do Judiciário e o seu grau de detalhamento com base em Elkins *et al* (2009). Para medir o empoderamento institucional do Supremo Tribunal Federal – STF, Barbosa (2015) se baseou em Shugart e Carey (1992), que criaram um indicador de poder legislativo-institucional do Executivo. Para medir a fragmentação partidária foi utilizado o clássico Número Efetivo de Partidos (NEP), o Índice de Fracionalização de Douglas Rae e o inovado Número Mínimo de Partidos, criado por Negretto (2013) como alternativa mais precisa que o NEP. Os resultados de Barbosa mostram haver forte correlação entre a fragmentação partidária e o empoderamento institucional do Judiciário utilizando três modelos estatísticos: Mínimos Quadrados Ordinários, Lineares Generalizados de Poisson e Binomial Negativo. Como forma de falsear a hipótese, Barbosa (2015) utilizou

[...] mais dois tipos de análise com dois bancos de dados diferentes. Uma referente ao Brasil em comparação com 34 países estudados por Lijphart (2012) e outra em relação ao estudo sobre o percentual de dispositivos constitucionais que tratam de *policy* (políticas públicas) dentro da Constituição, realizado por Arantes e Couto (2010) (Barbosa, 2015, p. 17).

Os dados da Tese, em perspectiva comparada entre Brasil e as democracias estudadas por Lijphart (2003) (excluídos Reino Unido e Nova Zelândia, por não terem Constituição formal) indicam que a fragmentação partidária tem impacto negativo no empoderamento judicial, como ilustra o gráfico a seguir. Logo, o Brasil pode estar inserido ou em um contexto único, ou em um contexto característico da América Latina (Barbosa, 2015).

GRÁFICO 1. Fragmentação e Extensão do Judiciário



Fonte: Barbosa 2015, p. 145.

Barbosa ainda encontra outra forte correlação usando as mensurações de Arantes e Couto (2010) para *policy* e *polity*, trazendo evidências de que Brasil e México têm significativa parcela de seu texto constitucional voltados para *policy* e que, quanto maior essa parcela, maior o tamanho do Judiciário.

Isso sugere que um alto percentual de dispositivos que tratam de *policies* no texto constitucional também está relacionado ao empoderamento judicial e isso pode ser uma característica da América Latina. Como os dados de Arantes e Couto estão disponíveis apenas para dez países, não se pode fazer uma análise mais sofisticada sobre o tema (Barbosa, 2015, p 17).

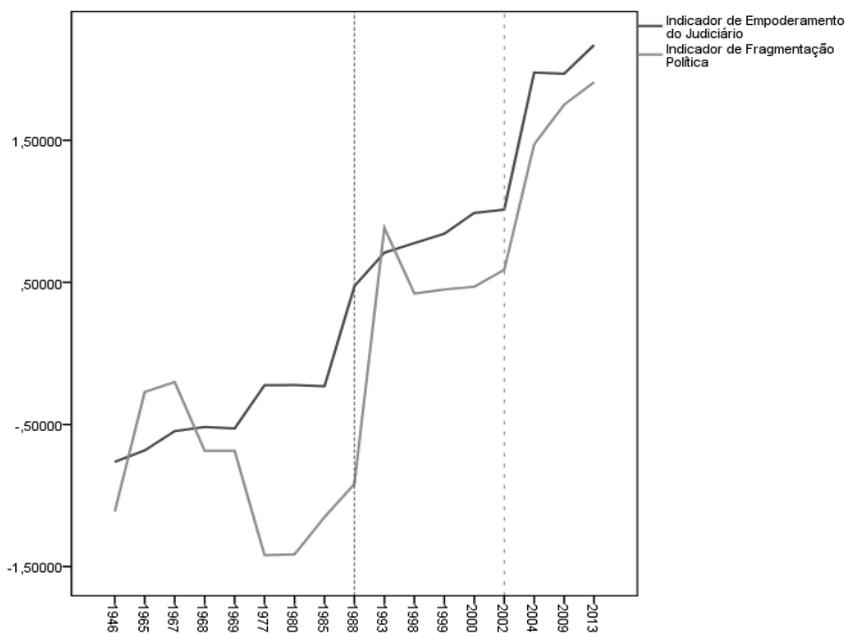
Podemos afirmar com grande margem de acerto que a fragmentação partidária é uma das causas do empoderamento judicial. Também mostram que a atuação do Poder Judiciário é retroalimentada, ou seja, o aumento no número de decisões gera mais oferta, que gera mais demanda e impõe mais poder de decidir e assim por diante.

E esse ciclo de retroalimentação só pode ser diminuído ou restringido pela própria Corte, através de uma autocontenção ou autorrestrição que até agora não foi feita, nem há o menor indício de que será feito. Além do mais, é importante ressaltar, esse processo de empoderamento sem limites e sem precedentes se deu com o apoio tanto do Legislativo quanto do Executivo – sem oposição significativa, ou seja, sob o silêncio dos incumbentes (Barbosa, 2015, p. 153).

O gráfico a seguir mostra o alinhamento gráfico dos dois indicadores citados. Em azul está o indicador fatorizado do judiciário (análise fatorial de fator único entre o número de palavras, o grau de detalhamento e o indicador de empoderamento institucional) e o indicador fatorizado com a mesma técnica fundindo o NEP, o F e o NMP.

Isso significa dizer que 1988 (linha vertical vermelha) é o ponto sem retorno do empoderamento judicial, no qual o próprio STF é quem dá a última palavra sobre qualquer tentativa de lhe retirar poder via emenda constitucional e até mesmo uma nova constituinte, visto que uma Ordem Constitucional Vigente não permite uma nova ordem constitucional, esta é fruto da ruptura daquela. A linha pontilhada cinza mostra o alinhamento desses dois indicadores, trazendo evidências de sua correlação.

GRÁFICO 2. Indicadores Alinhados: Empoderamento Judicial e Fragmentação Partidária



Fonte: Barbosa, 2015, p. 115

## AS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

■ A judicialização da política no Brasil é um fenômeno muito estudado. Grande parte destes estudos tem por foco o controle de constitucionalidade das leis, ou seja, os julgamentos das ações diretas de inconstitucionalidade. A relevância se explica por ser essa a última palavra sobre os litígios constitucionais e por as decisões do Supremo Tribunal Federal terem efeito imediato para todos<sup>7</sup>.

7 Sabemos que o controle difuso de constitucionalidade também tem efeitos gerais depois da introdução da regra da repercussão geral bem como do efeito vinculante, e também estamos cientes do mecanismo do art. 52, X da Constituição Federal que autoriza o Senado a suspender total ou parcialmente a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF. Mas as ações diretas de inconstitucionalidade atraem mais a atenção em função da rapidez processual em função da instância única e dos atores políticos e institucionais autorizados a propô-la. Essa arena restrita e exclusiva acaba por atrair as principais contendas relativas à judicialização da política.

O comportamento da Corte nas respostas às demandas de litígio é o principal objeto de análise dos trabalhos sobre o tema, especialmente porque a Constituição permitiu que um número considerável de agentes pudessem impetrar este tipo de ação. O aumento das entidades com legitimidade para proporem uma revisão judicial e a autonomia do poder judicial são variáveis determinantes para a compreensão do comportamento decisório dos atores envolvidos.

Ademais, o comportamento judicial no controle de constitucionalidade passou a fazer parte do cálculo estratégico na tomada de decisão dos Governos, principalmente do Presidente da República encarregado de por em marcha as políticas públicas de seu Governo.

Quase trinta anos depois a literatura que explorou o tema nos ensinou que os atores ou legitimados ativos envolvidos nesse processo racionalizaram sua atuação no teatro de operações dos litígios constitucionais. O Procurador-Geral da República (PGR) dedica grande parte da sua atenção à administração judicial. A OAB e as entidades de classe da burocracia jurídica estão divididas entre a administração pública civil e judicial. Os partidos políticos dirigem boa parte das suas ações para os temas relacionados com a administração civil e com a competição política. As confederações sindicais e as entidades de classe não apresentam uma concentração como os demais requerentes, fruto da sua composição numerosa e diversificada.

Os resultados dos julgamentos das ações diretas de inconstitucionalidade expressam um grau de diferenciação nas taxas de sucesso obtidas por esses atores nos pleitos no que tange às decisões liminares. Os Governadores de Estado e do Distrito Federal, por exemplo, obtiveram 19% de êxito, cuja boa parte dele está ligada à disputa com as Câmaras Legislativas estaduais sempre dispostas a aumentar os gastos públicos. A Ordem dos Advogados do Brasil, através do seu Conselho Federal, atingiu os 25%. O destaque fica para o Procurador-Geral da República, que, em termos proporcionais, é de longe o requerente que possui a maior taxa de sucesso na obtenção de uma liminar, atingindo os 58%. Em grande medida este sucesso do PGR está vinculado a uma participação intensa na regulação do funcionamento das carreiras jurídicas do Estado. O PGR e o STF se tornaram uma terceira câmara legislativa com grande ativismo judicial e se sobrepondo inclusive a preferências do Legislativo. No flanco oposto, ou seja, quem teve menos sucesso, estão atores políticos e sociais (Partidos Políticos, Entidades de Classe) que não ultrapassam os 11%, enquanto o desempenho dos atores jurídicos (PGR, OAB, Associações de classe Judiciárias) chega aos 44%.

No caso dos atores jurídicos é possível perceber que dentre as ações em que obtiveram a decisão liminar concedida totalmente, quase 90% eram ações que tiveram como requerente o Procurador-Geral da República. Curiosamente, os requerentes que mais solicitam a intervenção do tribunal (partidos políticos e confederação sindical e entidades de classe) são também os que possuem, em termos proporcionais, os piores desempenhos. Parece que a ideia de uma adjudicação compartilhada defendida por parte expressiva da literatura brasileira sobre o tema não foi absorvida pelo Supremo Tribunal Federal. Pelo contrário, o que temos é uma forte seletividade nas taxas de sucesso obtidas.

No geral, os resultados do comportamento decisório do STF via controle concentrado de constitucionalidade é positivo para o Executivo, Presidente e Governadores, pois não os implicam em derrotas sucessivas. Por outro lado, é expressiva a capacidade de algumas agências do mundo jurídico em obter sucesso em torno de demandas especializadas e de grande interesse de grupos da alta burocracia estatal, principalmente judiciária.

## REFORMA POLÍTICA SOB A ÓTICA JUDICIAL

■ Como se viu na seção um, o sistema político em geral e o sistema eleitoral em especial são peças que fazem parte de uma grande engrenagem institucional que busca dar equilíbrio e estabilidade a um poder decisório representativo, legítimo e resolutivo. Manter esse funcionamento em equilíbrio não é tarefa trivial e, muitas vezes seja por falta de consenso ou por decidir em causa própria, o Congresso não satisfaz os anseios da sociedade sobre uma reforma política capaz de evitar os percalços pelos quais o país vem passando ultimamente, cuja conjuntura dragou completamente a suprema corte para o centro da crise, desnudando e expondo de uma vez, o complexo processo decisório do plenário do STF, expondo divergências e discrepâncias de seus membros, aumentando o custo de decisões consensuais.

Yadav e Mukherjee (2014) mostraram que em jovens democracias em países em desenvolvimento, a independência judicial (condição necessária, porém insuficiente para um judiciário poderoso) é o resultado de interações estratégicas entre atores racionais na medida em que eles confrontam e buscam resolver uma série de desafios políticos para permanecer no poder. Um dos pontos fundamentais que estrutura o sistema político são as regras eleitorais, enquanto estruturadoras da competição eleitoral e organizadoras do processo decisório derivado das escolhas dos cidadãos.

Yadav e Mukherjee (2014) argumentam que sistemas eleitorais personalistas tendem a dar mais poder ao judiciário, seja aumentando sua independência, seja introduzindo mecanismos de controle constitucional, etc. Lijphart (2003) afirmou que se alguém é convocado para exercer determinado poder, o fará de alguma forma e com intento. Não parece ser coincidência a interferência do Judiciário brasileiro nas regras que estruturam o sistema eleitoral. No início da década de 1990 o NEP girava em torno de 8 partidos efetivos. Em 1995 o Congresso Nacional, preocupado com a proliferação de partidos e, principalmente, pela fragmentação partidária de suas casas (mas também em não dividir o bolo de recursos do fundo partidário) aprovou a cláusula de barreira, que só passaria a valer no pleito de 2006, dali a onze anos, portanto. Ao considerar inconstitucional, o STF usou o argumento da proteção às minorias, afirmando que os partidos menores seriam prejudicados. Intencional ou não, o efeito da decisão foi sentido 10 anos depois. Em 2016 eram quase 13 partidos efetivos na Câmara dos Deputados, um aumento de quase 62,5%.

Partidos políticos estão no Congresso na personificação de seus parlamentares, para tanto é preciso um mínimo de disciplina partidária para que, o já fragmentado sistema brasileiro continuasse a funcionar de forma minimamente equilibrada. Não foi essa a decisão do Judiciário, que entendeu não haver obrigatoriedade de fidelidade partidária para os cargos disputados pelo sistema majoritário (Prefeitos, Governadores, Presidente da República e Senadores). O texto original da Constituição de 1988 previa fidelidade partidária, mas deixava os partidos livres para dirimir sobre o que seria infidelidade partidária, principalmente aquela causada pela indisciplina do parlamentar. Essa falta de regras claras gera uma verdadeira dança das cadeiras, cujo troca-troca partidário foi analisado por Melo (2004).

O imbróglgio ficava por conta de o sistema proporcional de lista aberta ser um sistema de duas votações. Primeiro se vota no partido, para se determinar quantas cadeiras ele terá direito, e depois se vota no parlamentar, para ordenar a lista e empossar aqueles que estiverem posicionados dentro do número de cadeiras conquistadas. O STF se pronunciou sobre a fidelidade partidária em 1989, 2004 e em 2007, quando finalmente mudou o entendimento sobre a fidelidade do parlamentar em relação ao seu partido. A decisão deu aos partidos o direito de pleitear na justiça o mandato do parlamentar infiel que, sem justa causa, tenha trocado de partido. A decisão do STF solicitou que o TSE elaborasse uma resolução regulamentando o tema. A reação do Congresso veio em 2015 criando uma “janela partidária” (art. 22-A, III da Lei dos Partidos

Políticos). Ou sejam no ano da eleição os parlamentares poderão mudar de partido entre março e abril.

Verifica-se que, ao tentar de alguma forma equilibrar o sistema político, o judiciário pode desequilibrá-lo ao ignorar os efeitos não-intencionais da ação. Difícil crer que a mais alta corte do país esteja estrategicamente agindo para manter o sistema político-partidário mais fragmentado para assim ter mais influência nos processos decisórios do país. Pelo contrário, as recentes decisões televisivadas mostram um órgão dividido e extremamente refratário a formação de consensos. Se o Judiciário continuar a interferir no sistema político, como o fez quando proibiu doações de campanha por empresas, o efeito esperado poderá ser justamente o oposto. Talvez a judicialização das regras que estruturam a competição eleitoral e a formação de coalizões seja a etapa mais perigosa da judicialização da política.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

■ Quais seriam então as razões dessa excessiva judicialização da sociedade, em especial da política:

1) Podemos afirmar com grande margem de acerto que a fragmentação partidária é uma das causas do empoderamento judicial. A atuação do Poder Judiciário é retroalimentada, ou seja, quanto mais decide, mais gera demanda e ganha mais poder de decidir e assim por diante. E esse ciclo de retroalimentação só pode ser diminuído ou restringido pela própria Corte, através de uma autocontenção ou autorrestrrição que até agora não foi feita, nem há o menor indício de que será feito. Além do mais, é importante ressaltar, esse processo de empoderamento sem limites e sem precedentes se deu com o apoio tanto do Legislativo quanto do Executivo – sem oposição significativa, ou seja, sob o silêncio dos incumbentes.

2) A Constituição foi elaborada em um momento de transição de um regime autoritário para uma democracia. Após as eleições tínhamos o primeiro Presidente eleito diretamente em décadas. Havia muita expectativa sobre a possibilidade de um fracasso da democracia. Essa conjuntura forçou a construção de um desenho institucional fortemente garantidor das liberdades civis e individuais, onde o Judiciário aparece como principal beneficiado. A não preponderância de um partido majoritário naquele momento abriu dúvidas: quem venceria as eleições?

Portanto, havia uma incerteza em torno de quem governaria. A ausência de um ator político dominante no processo de feitura da Constituição e a incerteza generalizada sobre o futuro resultado das eleições aumentou os custos decisoriais. Apesar da ausência de um consenso eleitoral, era inevitável a necessidade de se chegar a um resultado concreto em torno das regras constitucionais, era preciso evitar o fracasso. Tal cenário fortaleceu as demandas do Judiciário que sai como um dos mais poderosos dentre as democracias ocidentais.

3) O resultado do quadro político acima foi um texto constitucional ambíguo, fluido, flexível, ambivalente, aberto e inacabado. Leis ambíguas e vagas o suficiente para acomodar todas as demandas e adiar decisões para o futuro. A Constituição de 1988 abriu espaço para barganhas de todo o tipo, é um texto que regula quase tudo e abre espaço para um grande leque de possibilidades de judicialização, fortalecendo ainda mais a posição do Judiciário perante os demais poderes. Nenhuma decisão importante passa sem a possibilidade de uma revisão por parte do STF, este quadro ampliou significativamente o peso estratégico do Judiciário na balança do processo decisório.

4) Por fim, a resiliência adaptativa crescente de Poder Judiciário. Boa parte das difíceis decisões políticas, que causam impacto negativo e geram elevados custos políticos, foram sendo ocupadas pelo STF. O vácuo decisório foi judicializado e as respostas dadas vieram de interpretações constitucionais, por vezes, abstrusas. A invariável repetição deste comportamento pode ser a chave explicativa para os exageros legislativos cometidos em certas decisões. Existe uma certa “normalização” do ativismo judicial que não está presente apenas no STF, passa também a contaminar as engrenagens subalternas da justiça brasileira. Inicialmente, a classe política enxergou esses movimentos como positivos, traziam segurança a sua posição, pois tomar decisões impopulares não é uma ação desejada. No entanto, certas mudanças nos códigos genéticos das decisões judiciárias foram se alastrando (competição eleitoral e criminalização dos políticos / delação premiada) e causando perplexidade à posição de conforto dos políticos.

Para onde vamos? Podemos ter um processo de maior moralização da política? Estamos fadados a subordinação das grandes questões nacionais ao crivo de uma elite de juízes não eleitos? Existe a possibilidade de uma futura e gradativa retração dos poderes destes juízes à medida que o tecido político vai se re-

gerando aos olhos da Sociedade? Questões teóricas importantes para pensar a Judicialização no futuro.

---

ERNANI CARVALHO · Professor Associado do Departamento de Ciência Política da UFPE e Pesquisador do CNPq.

LEON VICTOR DE QUEIROZ BARBOSA · Professor Adjunto da Unidade Acadêmica de Ciências Sociais da UFCG e Pesquisador do CNPq.

## REFERÊNCIAS

- ARANTES, Rogério Bastos, COUTO, Cláudio Gonçalves. Construção Democrática e Modelos de Constituição. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*. Vol. 53, nº 3. Rio de Janeiro, 2010, pp. 545 – 585.
- BARBOSA, Leon Víctor de Queiroz (2015). O Silêncio dos Incumbentes: Fragmentação partidária e empoderamento judicial no Brasil. *Tese de Doutorado*. Departamento de Ciência Política da UFPE.
- GINSBURG, Tom (2003). *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Edição Kindle. Cambridge: University Press.
- ELKINS, Zachary, GINSBURG, Tom, MELTON, James (2009). *The Endurance of National Constitutions*. Cambridge: University Press
- ELSTER, Jon (2009). *Ulisses Libertado – Estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. São Paulo: UNESP
- LIJPHART, Arend (2003). *Modelos de Democracia*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- NEGRETTO, Gabriel L. (2013). *Making Constitutions: Presidents, Parties and Institutional Choice in Latin America*. New York: Cambridge University Press
- MELO, Carlos Ranulfo (2004). *Retirando as Cadeiras do Lugar: Migração partidária na Câmara dos Deputados (1985-2002)*. Belo Horizonte, Editora UFMG.
- SHUGART, Matthew, CAREY, John (1992). *Presidents and Assemblies*. Cambridge: Cambridge University Press.
- YADAV, Vineeta, MUKHERJEE, Bumba (2014). *Electoral Systems and Judicial Review in Developing Countries*. Michigan, University Press.