

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
Programa de Pós-Graduação em Ciência Política

Leon Victor de Queiroz Barbosa

**O SILÊNCIO DOS INCUMBENTES:
fragmentação partidária e empoderamento judicial no Brasil**



Recife
2015

Leon Victor de Queiroz Barbosa

**O SILÊNCIO DOS INCUMBENTES:
fragmentação partidária e empoderamento judicial no Brasil**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em
Ciência Política da Universidade Federal de
Pernambuco, como requisito parcial para a obtenção
do título de Doutor em Ciência Política.

Orientador: Professor Doutor Ernani Carvalho
Coorientadora: Professora Doutora Magna Inácio

Recife
2015

Catálogo na fonte
Bibliotecário Rodrigo Fernando Galvão de Siqueira, CRB4-1689

B238s Barbosa, Leon Victor de Queiroz.
O silêncio dos incumbentes: fragmentação partidária e empoderamento judicial no Brasil / Leon Victor de Queiroz Barbosa. – Recife, O autor, 2015.
166 f. il. ; 30 cm.

Orientador: Prof. Dr. Ernani Carvalho.
Coorientador: Prof^a. Dr^a. Magna Inácio
Tese (doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco, CFCH.
Programa de Pós-graduação em Ciência Política, 2015.
Inclui referências e apêndices.

1. Ciência Política. 2. Poder judiciário e questões políticas. 3. Partidos Políticos. 4. Controle da constitucionalidade. 5. Organização Judiciária. I. Carvalho, Ernani (Orientador). II. Inácio, Magna (Coorientadora). III. Título.

320 CDD (22.ed.) UFPE (BCFCH2015-42)

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA POLÍTICA
TESE DE DOUTORADO

**“O SILÊNCIO DOS INCUMBENTES: fragmentação partidária e
empoderamento judicial no Brasil”**

Leon Victor de Queiroz Barbosa

Recife, 23 de fevereiro de 2015.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Ernani Rodrigues de Carvalho Neto (Orientador)

Prof. Dr. Enivaldo Carvalho da Rocha (Examinador interno)

Profa. Dra. Gabriela da Silva Tarouco (Examinadora interna)

Profa. Dra. Magna Maria Inácio (Examinadora externa)

Prof. Dr. Fabrício Ricardo de Limas Tomio (Examinador externo)

Para Lúcia, Adilton e Gil,

*Alegria, em cada vitória;
Bondade, em cada gesto;
Confiança, em cada palavra;
Dedicação, em tudo que fazem;
Energia, de cada sorriso;
Força, durante as quedas;
Garra, na adversidade;
Honra, de tê-los ao meu lado;
Infinita paz, em cada conselho;
Justiça, enquanto valor universal;
Lágrimas, enxugadas em cada abraço;
Mãe, de infinito amor e acolhimento;
Noivo, que alegra todas as manhãs;
Obstinação, dos seus objetivos;
Pai, de infinito amor e conselhos;
Qualidade, de seus caracteres;
Rosa Cruz;
Serenidade, nas inquietações;
Tchaikovsky, fonte de minha paixão pela música;
União, nos momentos mais difíceis;
Victor Hugo e Leon Tolstoi, inspiração para o meu nome;
Wagner, e a cavalgada das valquírias;
Xavier, Francisco Cândido e o espiritismo;
Yemanjá, e todos os orixás;
Zelo, desde sempre.*

AGRADECIMENTOS

A todas as pessoas que contribuíram de forma direta ou indireta para a realização deste trabalho, fica expressa aqui minha gratidão, especialmente:

A meus pais, Lúcia e Adilton, pelo suporte incondicional. E a meu noivo, Gil, pela paciência e apoio ao longo desses cinco anos do doutorado.

A Flávio Rezende, Marcus André Melo, Enivaldo Rocha, Carlos Ranulfo Melo, Jorge Alexandre Neves, Adam Przeworski, Derek Beach, pelas aulas e conversas extraordinárias de profundo aprendizado;

A Manoel Leonardo Santos, Mariana Batista, Dalson Britto Filho, Cinthia Campos, José Mário Wanderley, Ranulfo Paranhos, Luis Felipe Andrade Barbosa, Vítor Sandes e André Regis pela grande amizade e aprazível interlocução;

Aos funcionários administrativos da UFPE, Daniel e Zezinha; e da UFMG, Marlene e Alessandro por serem sempre solícitos;

Aos colegas e professores da UFMG Fátima Anastasia, Marta Mendes, Victor Araújo, Natália Satyro, Robert Bonifácio, José Ângelo, Marjorie Marona, Débora Vales, Larissa Peixoto, Mariela Rocha, Iris Gomes, Regina Mota a aos meus ex-alunos na pessoa de Gabriela Mendes, pelo carinho e acolhimento nas Montanhas Gerais;

A Maurício Moya, por fabricar a melhor cerveja artesanal e contar a melhor história de Caxambu;

A Humberto Dantas pela parceria e Flávio Cireno, pela presteza;

Ao apoio institucional do PPGCP, na pessoa de Ricardo Borges;

A todos os pesquisadores do Centro de Estudos Legislativos, pelo carinho e profissionalismo;

A Magna Inácio pela amizade, apreço, acolhimento e orientação;

A Ernani Carvalho, orientador, conselheiro, amigo e guia, meu muito obrigado!

A Lúcia Queiroz, pela revisão final do texto. Eventuais erros remanescentes são de minha inteira responsabilidade.

Para muitos Parlamentares, a justiça significa o derradeiro bastião da moralidade pública Cristina Buarque de Hollanda

RESUMO

Após os clássicos estudos sobre a expansão global do poder judicial, várias outras pesquisas mais específicas vêm apontando a fragmentação político-partidária como a principal causa do empoderamento judicial. Buscando corroborar com essas análises, o presente trabalho analisa o empoderamento institucional do Poder Judiciário Brasileiro de 1945-6 a 2014, testando a hipótese de que quanto maior a fragmentação partidária, mais poder institucional o Judiciário tem. Utilizando como unidades de análise todas as mudanças constitucionais que alteraram o Judiciário no texto constitucional, bem como a composição partidária da Câmara dos Deputados para o mesmo período, verificou-se um alto impacto da fragmentação partidária no empoderamento institucional do Judiciário. Para essa análise foram utilizados três modelos: para variáveis de contagem utilizou-se o modelo de Poisson e o binomial negativo. Entretanto, buscando simplificar a análise, as variáveis de contagem foram transformadas, com análise fatorial de componentes principais, em um único indicador de mensuração contínua para utilização de um modelo MQO. Em todos os testes a fragmentação partidária favoreceu a adoção de mudanças constitucionais que aumentaram o poder institucional do Judiciário brasileiro, principalmente nos anos de 1988, 1993, 2002 e 2004, com um R^2 ajustado superior a 0,9 e coeficientes com p valor $< 0,01$.

Palavras-chave: fragmentação partidária. empoderamento judicial. poder institucional. judicialização

ABSTRACT

After classical studies about the global expansion of judicial power, many others more specifically researches had showed political-partisan fragmentation as the main cause of judicial empowering. In order to confirm these analysis, this work analyze Brazilian judicial empowerment from 1945-6 to 2014, testing the hypothesis the more partisan fragmentation the more empowered the Judiciary became. Using all constitutional changes which altered judicial design on constitutional text as analysis' units, as well Deputy's Chamber partisan composition for the same period, a high impact between partisan fragmentation and institutional judicial empowering was founded. For this analysis I used three statistical models: for counting variables I used Poisson and negative binomial models. However, in order to a simpler analysis the counting variables was transformed (using principal components factorial analysis) into one continuous indicator more adjusted to an OLS model. In all tests partisan fragmentation favored constitutional changes which increased institutional judicial power, mainly in the years of 1988, 1993, 2002 and 2004, with an adjusted R^2 superior to 0.9 and coefficients with p value < 0.01 .

Keywords: partisan fragmentation. judicial empowerment. institutional power. judicialization

LISTA DE FIGURAS

FIGURA 1 – Fórmula do Modelo de Contagem.....	80
FIGURA 2 – Fórmula do NEP.....	81
FIGURA 3 – Fórmula da Fracionalização de Rae.....	82
FIGURA 4 – Análise dos Resíduos.....	125

LISTA DE GRÁFICOS

GRÁFICO 1 – Relação Linear entre Empoderamento do Judiciário e Fragmentação partidária (1946-2014).....	93
GRÁFICO 2 – Sucesso por Atores Legitimados.....	107
GRÁFICO 3 – Dispersão do Número Efetivo de Partidos por ano entre 1945 e 2014.....	114
GRÁFICO 4 – Dispersão do Número de Palavras do Poder Judiciário por ano entre 1891 e 2014.....	114
GRÁFICO 5 – Indicador de Empoderamento Judicial e Indicador de Fragmentação partidária entre 1945 e 2013.....	115
GRÁFICO 6 – Indicador das Prerrogativas dos Três Poderes (1891 – 2014).....	118
GRÁFICO 7 – Evolução do Empoderamento Judicial no Tempo.....	119
GRÁFICO 8 – Detalhamento Judicial (1891-2014).....	120
GRÁFICO 9 – Dispersão entre Poder Normativo do Judiciário e NEP por Grau de Empoderamento Institucional.....	123
GRÁFICO 10 – Probabilidade de Empoderamento Judicial por Regime Político.....	130
GRÁFICO 11 – Probabilidade de Empoderamento Judicial por Tipo de Alteração...	131
GRÁFICO 12 – Probabilidade de Empoderamento Judicial por Autor.....	132
GRÁFICO 13 – Probabilidade de Empoderamento do STF por Autor.....	134
GRÁFICO 14 – Dispersão entre <i>Policy</i> e Extensão do Poder Judiciário.....	140
GRÁFICO 15 – Dispersão da Extensão Judicial.....	142
GRÁFICO 16 – Dispersão entre NEP e Extensão do Poder Judiciário para 35 Democracias.....	145
GRÁFICO 17 – Dispersão entre NEP e Judiciário para 34 Democracias.....	146
GRÁFICO 18 – Proporção da Extensão dos Três Poderes em relação à da Constituição.....	149

GRÁFICO 19 – Dispersão entre Revisão Judicial e Proporção do Judiciário em relação aos Três Poderes.....	150
--	-----

LISTA DE QUADROS

QUADRO 1 – Tipologia de explicações <i>path-dependence</i> para reprodução institucional.....	71
QUADRO 2 – Composição Partidária da Câmara dos Deputados (1945-1962).....	103
QUADRO 3 – Aumento no NP do Judiciário por tipo de intervenção constitucional.....	117
QUADRO 4 – Autoria das Emendas Constitucionais	117
QUADRO 5 – Autoria das Mudanças Constitucionais por Regime.....	118

LISTA DE TABELAS

TABELA 1 – Comparação do STF com a Legislatura.....	34
TABELA 2 – Atuação do STF pela via do Controle de Constitucionalidade entre 1989 e 2009.....	55
TABELA 3 – Unidades de Análise.....	76
TABELA 4 – Modelo de Contagem do Poder Institucional do STF (iSTF).....	79
TABELA 5 – Variáveis Dependentes.....	80
TABELA 6 – Coalizões e Número Mínimo de Partidos para realizar Mudança Constitucional.....	83
TABELA 7 – Variáveis Independentes.....	85
TABELA 8 – Variáveis no Espaço para 10 casos de <i>Policy</i> e <i>Polity</i>	86
TABELA 9 – Variáveis no Espaço (34 democracias mais Brasil).....	86
TABELA 10 – Correlação entre Variáveis Dependentes.....	88
TABELA 11 – Correlação entre Variáveis Independentes.....	89
TABELA 12 – Teste de KMO e BTS.....	90
TABELA 13 – Regra de Kaiser.....	91
TABELA 14 – Descrição das Variáveis Dependente (Fator 1) e Independente (Fator 2).....	91
TABELA 15 – Origem Institucional dos Ministros do STF entre 1891 e 2014.....	98
TABELA 16 – Ações Declaratórias de Constitucionalidade entre 1988 e 2011.....	111

TABELA 17 – Descrição das Variáveis.....	121
TABELA 18 – Correlação entre Poder Judicial e Fragmentação partidária.....	122
TABELA 19 – Modelo MQO para Medir o Impacto da Fragmentação partidária do Empoderamento Institucional.....	124
TABELA 20 – Modelo de Poisson para variável dependente iSTF.....	126
TABELA 21 – Modelo de Poisson para variável dependente NPPJ.....	127
TABELA 22 – Modelo Binomial Negativo para Variável Dependente NPPJ.....	127
TABELA 23 – Modelo Binomial Negativo para Variável Dependente iSTF.....	128
TABELA 24 – Modelo Binomial Negativo para Variável Dependente D.....	128
TABELA 25 – MQO com termo interativo para Regime Político.....	130
TABELA 26 – MQO com termo interativo para Tipo de Modificação Constitucional.....	131
TABELA 27 – MQO com termo interativo para Autor da Modificação Constitucional.....	132
TABELA 28 – Modelo Binomial Negativo com termo interativo para Autor.....	133
TABELA 29 – Correlação entre <i>Policy</i> e Extensão do Judiciário.....	140
TABELA 30 – Correlação entre Trinta e Cinco Democracias.....	143
TABELA 31 – Regressão Linear entre NEP e Extensão do Judiciário.....	146
TABELA 32 – Modelos de Poisson e Binomial Negativo para Extensão do Judiciário e NEP.....	147
TABELA 33 – Competências do Supremo Tribunal Federal.....	164

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	15
1 O PODER DOS TRIBUNAIS: REVISÃO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	19
1.1 Origens do Modelo de Revisão Judicial.....	19
1.2 O Novo Constitucionalismo: Da Supremacia do Parlamento à Supremacia da Constituição.....	23
1.3 Origens da Constitucionalização, Judicialização e Expansão Judicial.....	29
1.4 Limites e Construção da Revisão Judicial: Por que ela é desejável afinal?.....	40
1.5 Cortes como <i>Policy-makers</i> e a Judicialização como Estratégia Política.....	47
2 EMPODERAMENTO E ATIVISMO JUDICIAL: ENTRE O MITO E A JURISTO-CRACIA VELADA.....	52
2.1 Ativismo Judicial ou Judicialização?.....	53
2.2 Processo de Judicialização e o Empoderamento das Supremas Cortes.....	56
2.3 O Ativismo Judicial e a “Supremocracia”.....	59
2.4 Autorrestrrição ou Autocontenção.....	61
3 METODOLOGIA, DADOS E MÉTODOS.....	63
3.1 Metodologia.....	63
3.1.1 <i>Institucionalismo Histórico</i>	63
3.1.1.2 <u>Sequências de <i>Self-enforcement</i></u>	68
3.1.1.3 <u>Gênese Institucional: Conjunturas críticas, análises contrafactuais e contingências</u>	69
3.1.1.4 <u>Analisando a Reprodução Institucional</u>	69
3.1.1.5 <u>A Explicação Utilitária</u>	71
3.1.1.6 <u>A Explicação Funcional</u>	71
3.1.1.7 <u>A Explicação pelo Poder</u>	72
3.1.2 <i>Desenho de Pesquisa e Falseabilidade da Hipótese</i>	72
3.2 Dados.....	73
3.2.1 <i>Mensurando o Judiciário no Tempo</i>	73
3.2.1.1 <u>Variáveis Dependentes</u>	74
3.2.1.1.1 Número de Palavras do Poder Judiciário (NPPJ) e Grau de Detalhamento (D)...	74
3.2.1.1.2 Indicador de Poder Institucional do STF (iSTF).....	76
3.2.1.2 <u>Variáveis Independentes</u>	81
3.2.1.2.1 Número Efetivo de Partidos (NEP).....	81
3.2.1.2.2 Índice de Fracionalização de Rae (F).....	81
3.2.1.2.3 Número Mínimo de Partidos na Coalizão para Mudar a Constituição (NMP)....	82
3.2.2 <i>Mensurando o Judiciário no Espaço</i>	85
3.3 Métodos.....	88
3.3.1 <i>Análise Fatorial</i>	88
3.3.2 <i>Modelos de Contagem: Poisson e Binomial Negativo</i>	92
4 MUDANÇAS CONSTITUCIONAIS E EMPODERAMENTO INSTITUCIONAL: O Poder Judiciário no Tempo.....	99
4.1 Síntese da História do Sistema Político e a Evolução do Controle de Constitucionalidade na Primeira República à Democracia Contemporânea.....	95

4.1.1 A Constituição de 1891: Controle de Constitucionalidade de Primeira Geração...	95
4.1.2 A Constituição de 1934: Rudimentos do Controle Concentrado de Constitucionalidade.....	99
4.1.3 A Constituição de 1937: Retrocesso no Controle de Constitucionalidade.....	101
4.1.4 A Constituição de 1946: O Controle Abstrato de Constitucionalidade via Presidente da República.....	101
4.1.5 A Constituição de 1967: Ampliando o Papel do Procurador-Geral da República..	104
4.1.6 A “Constituição” de 1969: Controle de Constitucionalidade de Segunda Geração	105
4.1.7. Constituição de 1988: Controle de Constitucionalidade de Terceira e Quarta Gerações.....	105
4.1.8 Emenda Constitucional 3 de 1993: Controle de Constitucionalidade de Quinta Geração.....	108
4.1.9 Emenda Constitucional 45 de 2004: Ampliando a Participação e a Extensão dos Efeitos Vinculantes.....	112
4.2 Análise dos Dados: O Poder Judiciário Brasileiro no Tempo.....	115
4.2.1 Análise de Dados com Termos Interativos.....	129
5 FRAGMENTAÇÃO DAS FORÇAS POLÍTICAS E PODER INSTITUCIONAL: O Poder Judiciário Brasileiro no Espaço.....	136
5.1 Análise dos Dados: 1988 – Uma Constituição Extremamente Incomum.....	136
5.2 Análise de dados: O Judiciário Brasileiro e as 34 Democracias de Lijphart.....	141
CONCLUSÕES.....	151
REFERÊNCIAS.....	155
ANEXO.....	164

INTRODUÇÃO

Estudar o empoderamento do Judiciário implica três dimensões: Primeira, o poder institucional, que compreende o desenho constitucional, as competências processuais, as prerrogativas institucionais e individuais e as vedações; Segunda, a judicialização, processo que se dá em virtude das competências estabelecidas pela Constituição, derivadas de um processo amplo e bastante conectado à cultura legal e à ampliação dos direitos em escala global; Terceira, o ativismo judicial, quando o próprio Judiciário através de suas reiteradas decisões, passa a interferir no processo decisório potencializando ainda mais a judicialização e atraindo mais poder, principalmente se inserido em um contexto de fragmentação das forças políticas, que tende a dificultar a tomada de decisões, entrando em uma dinâmica de retroalimentação.

Quando o Brasil foi comparado com as demais democracias analisadas por Arend Lijphart, no clássico Modelos de Democracia (2012) ficou bastante claro tratar-se de um *outlier*, tanto em relação à fragmentação partidária medida pelo Número Efetivo de Partidos, quanto em relação à força do Poder Judiciário, medido pelo seu número de palavras em cada Constituição. A disparidade foi tão grande que motivou a pergunta: Por que o Judiciário brasileiro é tão forte? Segundo Ferejohn (2002), a fragmentação política propicia o aumento da judicialização (hipótese dessa pesquisa), pois tende a diminuir a capacidade decisória dos órgãos legislativos forçando um deslocamento para os tribunais a fim de evitar a paralisia decisória – nesse trabalho a fragmentação política será captada através da fragmentação partidária. Entretanto, a judicialização nos Estados Unidos é um processo construído pelos próprios tribunais, principalmente pela Suprema Corte, cujos precedentes podem criar direitos em virtude do sistema legal da *common Law*. A própria prerrogativa da revisão judicial americana nasceu do famoso caso *Marbury vs. Madison*, em 1803. No Brasil, por ter o sistema de *civil Law*, os tribunais não criam direitos, apenas os aplicam através do exercício da hermenêutica. Assim, para agir como *policy-making* é preciso disposição constitucional. Hirschl (2001) ao analisar o caso da Suprema Corte de Israel chegou à mesma conclusão de Ferejohn, ao verificar que a fragmentação de poderes no *Knesset*¹, capaz de dificultar a formação de decisões, fez com que a sua mais alta corte passasse a decidir questões que antes eram decididas pelo Legislativo.

¹ Nome dado ao Parlamento israelense.

Entretanto, por que o Legislativo e o Executivo limitariam seus poderes transferindo ao Judiciário a capacidade de resolver seus impasses? A resposta é encontrada em Elster (2009) na obra *Ulisses Liberto*, onde Ulisses amarra o próprio corpo ao barco para não ceder ao canto das sereias. Ou seja, uma análise baseada em pré-compromissos, restrições e racionalidades capazes de evitar problemas futuros. Ginsburg (2003) vai no mesmo sentido e fala em um seguro contra a incerteza. Dada a fragmentação e/ou alta competição capazes de produzir incerteza 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.

Sendo assim, a fragmentação partidária causaria um aumento do poder institucional tanto pelas Constituições quanto pelas escolhas constitucionais através das emendas. Desde 1824 o Poder Judiciário brasileiro vem ganhando mais poder, tendo os anos de 1988, 1993, 2002 e 2004 momentos significativos.

Nesse sentido, a pergunta central da tese 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, não fazer, 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. Como Lijphart (2003, p. 258) pontuou, se um órgão é criado com o propósito exclusivo² de examinar a constitucionalidade da legislação, é muito provável que ele realize essa tarefa com alguma vitalidade.

² É importante ressaltar que, no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal não é um órgão exclusivo para examinar o controle de constitucionalidade. Ele tem caráter híbrido.

Para testar essa hipótese foram escolhidas como unidade de análise as mudanças constitucionais ocorridas no Brasil a partir da Constituição de 1891, computando os dispositivos das constituições como também os das emendas constitucionais de cada Carta Política que alteraram o Poder Judiciário. Logo, para cada Constituição e emenda calculou-se tanto o empoderamento judicial quanto a fragmentação partidária. Para medir o empoderamento judicial foram usados o número de palavras constantes no capítulo do judiciário em cada unidade de análise e o seu grau de detalhamento com base em Elkins *et al* (2009), que analisam a duração das constituições com base nessas mesmas variáveis. Já Shugart e Carey (1992) que criaram um indicador de poder institucional do Executivo, foram a base para criar a medida de empoderamento institucional do Supremo Tribunal Federal. Para medir a fragmentação partidária foram utilizadas três medidas: O Número Efetivo de Partidos, o Índice de Fracionalização de Rae (Rae, 1971) e o Número Mínimo de Partidos, medida usada por Gabriel Negretto (2013) como uma mensuração mais precisa que o NEP. Os resultados mostram haver forte correlação entre a fragmentação partidária e o empoderamento institucional do Judiciário utilizando três modelos estatísticos: Mínimos Quadrados Ordinários, e lineares generalizados de Poisson e Binomial Negativo.

Como forma de comprovar o falseamento da hipótese, foram utilizados 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 *policy* (políticas públicas) dentro da Constituição, realizado por Arantes e Couto (2010).

Para o caso de falseamento da hipótese, os resultados da análise no espaço (34 democracias estudadas por Lijphart) indicam que a fragmentação partidária tem impacto negativo no empoderamento judicial, ou seja, o Brasil pode estar inserido ou em um contexto único, ou em um contexto característico da América Latina. Os dados de Arantes e Couto mostram que Brasil e México têm significativa parcela de seu texto constitucional voltados para *policy* e 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.

Assim sendo, é verdade que a fragmentação partidária causa o empoderamento judicial, mas a possibilidade de que *policies* constitucionalizadas possam ter o mesmo efeito atesta a cientificidade do modelo, afastando da verdade única e incontestável presente nos dogmas. Sendo assim, o texto da presente pesquisa está dividido em cinco partes.

O capítulo 1 trata de uma revisão da literatura sobre revisão judicial e judicialização da política, mostrando o nascimento do modelo americano e do modelo austríaco, ou kelseniano, seguindo para a justificação da revisão judicial nas democracias modernas.

O capítulo 2 trata de um debate mais conceitual sobre o termo ativismo judicial e seu mau emprego como judicialização da política. O intuito é mostrar a diferença conceitual entre esses dois fenômenos e relatar que ainda não há por parte do STF um exercício de autocontenção ou autorrestrrição.

O capítulo 3 trata da metodologia, dos dados e dos métodos. Com a ajuda do institucionalismo histórico e de *path dependence* foram construídos três bancos de dados: O primeiro com a fragmentação das forças políticas a partir de 1946 e com o empoderamento do Judiciário desde 1891; O segundo com os dados de Lijphart (2012) para fragmentação partidária e com os dados do *constituteproject.org* para o tamanho do Judiciário nas Constituições onde foi incluído o Brasil; O terceiro com os dados de Arantes e Couto (2010). O capítulo segue com uma discussão sobre modelos estatísticos mais adequados em função das variáveis dependentes e sobre a utilização da análise fatorial, além de explicar como cada variável foi coletada e mensurada.

O capítulo 4 faz uma contextualização histórica dos principais momentos de escolha constitucional, e a análise dos dados através de gráficos de dispersão, correlações e interpretação dos *outputs* das regressões.

O capítulo 5 faz uma comparação do Brasil com os demais países em duas perspectivas: do ponto de vista do percentual de *policy* dentro do texto constitucional, uma comparação simples entre a fragmentação partidária e tamanho do poder judiciário, medido apenas com o número de palavras, mostrando que o Brasil é um forte *outlier*.

1 O PODER DOS TRIBUNAIS: REVISÃO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

For the past two centuries, the Constitution has been as central to American people culture as the New Testament was to medieval Europe
Daniel Lazare

A vasta literatura nacional que se debruça sobre o Poder Judiciário geralmente caminha em duas dimensões: judicialização da política e ativismo judicial. A seguir as principais discussões são postas com o objetivo de entendermos melhor o empoderamento judicial a partir do mapeamento desses estudos.

1.1 Origens dos Modelos de Revisão Judicial

Montesquieu afirmou em 1752 que “sobre os três poderes acima mencionados, o Judiciário é em alguma medida próximo a nada³”. Após o período clássico de democracia e da retomada das discussões sobre o exercício do poder a partir do período renascentista, os pensadores não colocavam o Poder Judiciário como protagonista dentro do arranjo democrático. Montesquieu em sua clássica separação dos poderes se preocupou em enfatizar que o poder de administrar e de legislar jamais poderia estar nas mãos de uma única pessoa ou de um único corpo político. Essas mesmas preocupações tiveram os federalistas Madison, Hamilton e Jay (2003, p. 298) na década de 1780 ao afirmarem que “[...] a acumulação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário nas mãos de um só indivíduo, ou de uma só corporação, seja por efeito de conquista ou de eleição, constitui necessariamente a tirania”. Citando Montesquieu, os criadores do desenho institucional norte-americano alertaram:

Se o poder de julgar estivesse unido ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e liberdade dos cidadãos seria arbitrário, porque o juiz seria legislador; e se o poder de julgar estivesse unido ao Executivo, o juiz poderia ter toda a força de um opressor. (Montesquieu *apud* Madison, Hamilton e Jay, 2003, p. 300-1).

Vencida a discussão sobre a necessidade de poderes separados⁴ ou pelo menos distintos, as preocupações focaram na possibilidade de os poderes invadirem as atribuições uns dos outros, pois “nenhum dos poderes deve exercitar sobre o outro,

³ “Of the three powers above mentioned, the judiciary is in some measure next to nothing”. Spirit of Laws. Edição Kindle: posição 2710 de 11929.

⁴ É importante ressaltar que embora os poderes no Reino Unido sejam fundidos, a análise de Montesquieu sobre as instituições britânicas mostrava que as diversas funções políticas (Administração, Parlamento, Judicatura, Diplomacia, etc.) estavam dispostas em diferentes órgãos e executadas por diferentes pessoas, embora oriundas algumas vezes do próprio Parlamento.

influência preponderante. Como todo poder tende naturalmente a estender-se, é preciso impossibilitá-lo de ultrapassar os limites prescritos” (Madison, Hamilton e Jay, 2003, p. 306). Em relação à Constituição, o trio conclui que o Poder Judiciário “é o menos temível para a Constituição, porque é o que menos meios tem de atacá-la”, pois “sem *força* e sem *vontade* apenas lhe compete juízo”. Mesmo admitindo os limites do Judiciário, os autores da Constituição Americana prescreveram que todo ato do corpo Legislativo contrário à Constituição, não pode ter validade, pois o delegado não é superior ao constituinte-delegante. O Legislativo não pode ser juiz de seus poderes, pois os representantes do povo não podem impor suas vontades às dos seus constituintes (Madison, Hamilton e Jay, 2003, pp. 306 e 458-9). Os autores colocam a Constituição como vontade do povo, estando acima do Legislativo e do Judiciário e a independência dos juízes é colocada como condição necessária para a defesa da Carta Política e dos direitos individuais nela prescritos. Essa independência é formada pela inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos e vitaliciedade. Entretanto os anti-federalistas atacaram o desenho do Poder Judicial em duas frentes: Primeira, pelo recrutamento – que deixaria a Suprema Corte como um órgão isolado formado por membros de dentro do Poder, podendo se tornar superior à legislatura; Segundo – pela vitaliciedade, que deixaria os juízes imunes a qualquer controle. Logo, como intérprete da Constituição o tribunal ficaria livre para dar o sentido que melhor lhe conviesse. Os federalistas refutaram as críticas argumentando que, sobre o recrutamento, os juízes seriam escolhidos pelo Chefe do Executivo mediante aprovação do Senado. Sobre a vitaliciedade, a maior parte das Constituições dos Estados já prescrevia essa garantia à judicatura, sendo assim não faria sentido uma decisão de primeira instância por juízes vitalícios ser analisada em grau de recurso por juízes transitórios. Os federalistas trataram como fruto do imaginário, eventuais usurpações de poder do Judiciário sobre o Legislativo.

Apesar de os federalistas terem prescrito que atos inconstitucionais seriam nulos, as bases da Revisão Judicial⁵ foram fundadas a partir da decisão da Suprema Corte em

⁵ Jack Rakove (1997) critica que se dá muita atenção ao caso *Marbury vs. Madison* deixando-se de lado outros casos anteriores que anteciparam esse debate. Ele argumenta que para uma melhor análise, deveriam observar as origens cruciais da doutrina constitucionalista americana em três contextos: Primeiro, a revisão judicial está mais ligada à ideia de fiscalizar os limites do federalismo, do que manter a separação de poderes. Segundo, o apelo original da revisão judicial refletiu uma nova apreciação, e crítica ao processo legislativo positivo de legislaturas republicanas. Terceiro, antes que americanos pudessem aceitar a legitimidade da revisão judicial, eles deveriam primeiro, formar uma nova concepção sobre os benefícios de um judiciário profissional e independente.

1803, sobre o famoso caso *Marbury vs. Madison*⁶. Assim ficou estabelecido um modelo de revisão judicial difuso sobre uma Constituição sintética, por um Órgão Judicial Cimeiro, independente e com atuação limitada pela Constituição. Alguns pesquisadores defendem que antes do caso *Marbury*, já havia o conceito de revisão judicial (Rakove, 1997), tendo surgido em 1606 na Inglaterra, a ideia de que as Cortes poderiam anular leis inglesas, durante julgamento do caso Bonham pelo *Chief Justice* John Coke (Plucknett, 1926). Mas foi a contenda de Marbury e Madison que gerou um precedente (*Stare Decisis*) mais robusto, a ponto de ser utilizado como paradigma para todos os outros casos e tribunais. Em 1905, outro caso paradigmático ocorreu pouco mais de cem anos após *Marbury vs. Madison: Lochner vs. Estado de Nova Iorque*⁷. Esse caso

é considerado um marco na história da Suprema Corte e uma de suas mais notáveis atuações. A decisão da Corte norte-americana apresenta uma dupla face: *interfere na política legislativa* do Estado de Nova Iorque, ao impedir que legisle para estabelecer limites às horas laborais, mas o faz pela via de uma *postura conservadora*, de não intervenção na esfera privada dos indivíduos (Tassinari, 2013, p. 24)⁸.

Para os federalistas, o instituto da revisão judicial deveria funcionar como um mecanismo contra-majoritário, em outras palavras, um meio de controle *in concreto*⁹ contra a tendência de maiorias estenderem seus direitos prejudicando minorias. Para Carvalho (2007, p. 169) os Estados Unidos foram o país que lançou a base do controle de constitucionalidade sobre a política moderna, com um sistema cheio de peculiaridades, dentre as quais se destaca a forma como surgiu: endogenamente no próprio Judiciário.

Além do modelo paradigmático americano, outro modelo de revisão judicial foi criado em 1920 pelo austríaco Hans Kelsen após intenso debate com Carl Schmitt.

⁶ Marbury fora nomeado juiz de paz no Distrito de Columbia, entretanto, não tomou posse por conta de problemas na documentação. James Madison, então Secretário de Estado, negou-se a entregar a documentação de nomeação de Marbury, que peticionou à Suprema Corte com base na lei denominada *Judicial Act of 1789* que permitia a Marbury peticionar diretamente à Suprema Corte. Ao final, a Suprema Corte julgou o *Judicial Act* inconstitucional por conceder ao Judiciário poderes não determinados pelo Artigo 3º da Constituição (jurisdição originária), mas reconheceu o direito de Marbury, embora não pudesse forçar sua aplicação. A partir do entendimento de que nenhuma lei daria à Suprema Corte poderes não concebidos pela Constituição, criou-se a jurisprudência de que nenhuma lei inconstitucional permaneceria vigente.

⁷ Na ocasião, um padeiro (*Lochner*) havia reclamado judicialmente da carga horária excessiva de dez horas diárias e sessenta horas semanais. O caso chegou à Suprema Corte que decidiu que a lei em questão, feria a liberdade contratual. Sendo assim, ficou decidido que nem o Estado de Nova York poderia fixar as horas máximas da jornada de trabalho, muito menos a Corte poderia regular políticas de bem-estar.

⁸ Para mais informações sobre o caso *Lochner*, ver TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law. 3rd Ed. Foundation Press*, 2000.

⁹ A revisão judicial pela via difusa (se inicia pelo tribunal mais inferior e segue para a Suprema Corte pela via recursal) não analisa violações abstratas da constituição, só as concretas.

Membro da Assembleia Constituinte de 1920, jurista e profundo conhecedor do modelo americano, Kelsen admite a superioridade da Constituição como norma cimeira (*grundnorm*) a ser protegida e reforçada por um órgão independente do Judiciário. Ele estava preocupado com o controle da Legislatura por uma lei superior e por isso criou um mecanismo institucional como um corpo separado e especializado, para regular a legislação ordinária. Esse novo tribunal deveria ser criado em paralelo às instituições governamentais, sendo independente do Judiciário e dos outros poderes (Ferejohn, 2002, p. 48). Do ponto de vista jurídico, o argumento é o de que os casos analisados pelo órgão seriam abstratos, não havendo aplicação da norma a fatos concretos. Mas os desdobramentos também foram de natureza política. “Kelsen possui uma definição de democracia que podemos denominar de liberal e formal. Para ele, um regime democrático move-se pela disputa de opiniões no Parlamento. A ideia de disputa pressupõe uma divisão entre maiorias e minorias conjunturais” (Carvalho, 2007, p. 169). Seu foco se deu na proteção da minoria através dos direitos e liberdades fundamentais. Para garantir essa proteção era necessário um tribunal constitucional.

A percepção central era de que sem controle a democracia não duraria. Contudo a ideia de um tribunal controlando o parlamento não era a preferida da elite burguesa europeia recém saída da monarquia. Além do mais, a magistratura no velho continente estava ligada ao Rei (boa parte dos juízes permaneceu nos cargos após a queda das monarquias europeias). Esse fato poderia gerar conflitos se os magistrados fossem responsáveis pela indicação de seus representantes no tribunal constitucional. Para fugir dessa armadilha conjuntural, Kelsen estabeleceu que os membros do tribunal seriam indicados pelo parlamento. Além de facilitar a aceitação de sua ideia no parlamento, aumentou o nível de legitimidade dos juízes, que seriam escolhidos por membros eleitos pelo povo (Herrera, 1994, p. 205).

Kelsen teve de enfrentar a oposição de Carl Schmitt¹⁰ para quem a defesa da Constituição deveria ser feita pelo *Führer*, opondo-se à ideia de um tribunal como mediador de conflitos políticos. Para Schmitt o papel do Judiciário estava vinculado à visão acerca do arranjo da democracia: forte oposição ao modelo liberal de Montesquieu e ojeriza à ideia de neutralização da política, pois argumenta ser uma contradição um juiz apolítico decidir sobre questões políticas, partindo do lado jurídico (Macedo Junior, 1993). Na análise de Carvalho

[...] o magistrado, que por definição normativa kelseniana deve ser apolítico, neutro, no máximo um intérprete rígido da Constituição, deverá decidir sobre questões constitucionais ou políticas. Isso significa que a decisão de um juiz independente, porém irresponsável do ponto de vista político, subordina a vontade do soberano e de seus seguidores (Carvalho, 2007, p. 171).

¹⁰ Para um debate mais aprofundado ver Carvalho, 2007, pp. 169-171.

Schmitt não era contra a revisão judicial, mas defendia o modelo americano, onde o Judiciário (inclusive os tribunais inferiores) podiam revisar os atos do legislativo (Herrera, 1994, p. 208). Entretanto, diferente do americano, o modelo de revisão judicial kelseniano era concentrado, com tribunal alheio aos três poderes, responsável por arbitrar conflitos políticos e institucionais do Estado, pela petição direta de um seletor grupo¹¹ e capaz de analisar violações abstratas à constituição.

Pela análise dos dois modelos precursores, a revisão judicial é a possibilidade de agir, é a autorização constitucional para a manifestação judicial, é condição necessária, mas não suficiente do ativismo judicial. Cabe ao Judiciário decidir agir ou não, e ao agir estabelecer os limites em que pode atuar, ou seja, estabelecer a autorrestrição ou autocontenção. É importante frisar, que a autorização de manifestação judicial não implica, necessariamente, em interferência de um poder nos demais.

1.2 O Novo Constitucionalismo: Da Supremacia do Parlamento à Supremacia da Constituição

Antes da Segunda Guerra Mundial, era praticamente inexistente a revisão da legalidade das normas pelo Judiciário. Os direitos fundamentais hoje constitucionalizados, não representavam constrangimentos substantivos aos atos do legislativo. No pós-guerra um novo constitucionalismo emergiu. Além de constitucionalizados, os direitos humanos tiveram um lugar privilegiado no arranjo constitucional, e uma instituição judicial (no modelo americano) ou quase-judicial (no modelo de Kelsen para sua Corte Constitucional) surgiu para garantir a supremacia da Constituição. Enquanto que nas constituições anteriores as preocupações residiam nos limites aos poderes do monarca, no império da lei e na proteção das liberdades, as constituições mais recentes guiavam-se por valores democráticos e com forte ênfase nos direitos sociais (Carvalho, 2007, p. 171; Sadek, 2004, p. 79)

Na Europa a expansão do poder judicial floresceu devido a conjunturas históricas extraordinárias. Isso ocorreu em decorrência do abalo sofrido pelo *status* político, econômico e social com guerras e diversas crises. Esse novo constitucionalismo foi caracterizado por: 1) Instituições de Estado, com autoridade derivada exclusivamente de uma Constituição escrita; 2) Poder popular soberano atribuído pela Constituição; 3) Limitação da autoridade legislativa às prescrições constitucionais e 4) Criação de direitos, com um sistema judicial eficiente para serem cumpridos (Carvalho, 2007, p.

¹¹ Arts. 141 e 142 da Constituição Austríaca. Disponível em www.constituteproject.org

172). As guerras e as severas crises na Europa mudaram o *status quo*, fazendo com que o modelo de Supremacia do Parlamento fosse repensado.

No século XIX a doutrina e prática constitucionais britânicas se aproximaram do que Koopmans (2003, p. 15) chamou de Modelo Parlamentar. Nele, a legislação adotada pelo Parlamento é suprema, ou seja, não pode ser questionada pelo Chefe de Estado, nem pelo Governo, nem pelos Tribunais e nem pelos cidadãos. A doutrina britânica trata a Soberania do Parlamento em uma regra: sobre as leis, os corpos legislativos (não apenas a casa dos comuns e a dos lordes, mas também o Rei ou a Rainha que dá o aval real sobre as leis) tem a última palavra.

Assim como o novo constitucionalismo, a elevação dos poderes do Parlamento na direção da supremacia, também foi fruto de três conjunturas históricas: 1) Limitação dos poderes do monarca pelo Judiciário; 2) Abandono da coroa e consequente enfraquecimento do monarca pelo Parlamento e 3) Abertura popular do Legislativo, dando-lhe mais legitimidade democrática. O primeiro passo foi dado ainda no século XVII, sob a regência da dinastia *Tudor*, quando ficou mais aparente o fato de reis britânicos passarem a fazer mais, do que simplesmente liderar guerras e subjugar barões rebeldes. No início do século as cortes passaram a determinar que o Rei, com base em seus poderes e prerrogativas, não poderia de forma alguma modificar as leis gerais do país sem o apoio do Parlamento. O primeiro juiz a buscar limitar os poderes do rei, foi *Sir Edward Coke*. Ele e seus pares, embora criticados pela Coroa, continuaram a desenvolver uma parte do que hoje entende-se por constitucionalismo. O segundo passo em direção à Soberania do Parlamento foi dado em 1688, quando o rei James II fugiu após dissolver o Parlamento, deixando o país sem Governo. Seu enteado, William de Orange buscando garantir a estabilidade, aportou em solo britânico com suas tropas holandesas, o que o habilitou a negociar com os notáveis britânicos, incluindo os membros rebeldes do Parlamento. A coroa foi oferecida a William e à sua esposa Mary Stuart. Com um novo Parlamento eleito, o Rei recém coroado concordou em fortalecer o Parlamento como instituição. Como primeiro ato, o Parlamento adotou uma declaração de direitos (*Bill of Rights*) que reforçou os poderes do Legislativo, tendo o Judiciário aceitado o novo arranjo institucional. O terceiro passo foi fortalecer a força dos anteriores: a gradual democratização do Parlamento a partir dos Séculos XVIII e XIX, com a inclusão de mais grupos com direito a voto. Essa abertura política do Legislativo fortaleceu a doutrina da Soberania do Parlamento, por conta da legitimidade dada pelas credenciais democráticas (Koopmans, 2003, pp. 16-18).

Entretanto, embora essas conjunturas tenham favorecido o Parlamento, Koopmans argumenta que o sucesso da doutrina da Soberania do Parlamento, se deu pelas concepções inglesas de jurisprudência, teoria jurídica e filosofia. Os intelectuais ingleses sempre foram positivistas, encurtando o espaço para as teorias do jus naturalismo. A influência da Igreja Católica e da tradição do Direito Romano foram leves, quando comparadas ao continente europeu. Além disso, as habilidades jurídicas eram orientadas pela prática e os advogados eram formados pelos seus pares, não pelas Universidades. Assim, pelos idos do século XIII os tribunais sob o direito consuetudinário (*common Law*), buscavam a solução para problemas jurídicos com base na doutrina do precedente: casos jurídicos anteriores ou similares em algum ponto. Dessa forma, uma teoria como a doutrina da Soberania Parlamentar só pôde prosperar por causa de sua aparente característica empírica, ou seja, não especulativa (Koopmans, 2003, p. 19).

O impacto do modelo britânico resultou em uma ampliação da democracia com baixa violência revolucionária. Também mostrou que a Supremacia da Constituição, não necessariamente implica em que a compatibilidade das normas, com seus princípios deva ser avaliada por tribunais, ou por um corpo judicial. Na Bélgica e na Holanda as opiniões vão no sentido de que, o Legislativo é plenamente capaz de exercer esse papel, já que o comportamento inconstitucional dos representantes, pode ser punido mais adiante pelas eleições. Como legado, o modelo britânico deixou as seguintes características: 1) Ausência de uma lei superior (*grundnorm*) que possa colidir com os demais diplomas legais¹²; 2) Infrações às leis de natureza política não são apreciadas pelo Judiciário e 3) Qualquer norma pode ser modificada e até revogada a qualquer tempo por maioria absoluta. (Koopmans, 2003, pp. 20-3).

Ponderando os pontos fortes e os fracos da Teoria da Soberania do Parlamento, Koopmans enumera como fortes a simplicidade da teoria (não é preciso advogado para entendê-la, diferente das teorias constitucionais da *civil Law*), seu apelo popular por conta de sua conexão, visível com o desenvolvimento da democracia e o corpo representativo que traduz os anseios populares. Como negativos afirma que, como teoria descritiva, nem sempre tem força explicativa (na prática vem ocorrendo a integração britânica à União Europeia, juntamente com a incorporação de questões constitucionais e a criação de uma Suprema Corte em 2009). A incorporação de Direitos Humanos em

¹² A declaração de Direitos de 1688 teve o mesmo status de uma lei ordinária.

1998 não autorizou os tribunais a protegê-la, o sistema é incompatível com referendos e plebiscitos e prescreve que o Reino Unido pode precisar de mais *checks and balances*, do que o sistema constitucional atual (Koopmans, 2003, pp. 30-5).

Colocando o modelo da Soberania do Parlamento em um ponto da escala, do outro lado estará o modelo constitucional ou da Supremacia da Constituição. Nele, a soberania ou supremacia não residem na Casa Legislativa, mas na Carta Política. Cabe ao Parlamento elaborar leis compatíveis com a Constituição, sob pena de serem declaradas incompatíveis por um Tribunal. O sistema de revisão judicial dos Estados Unidos fica bem próximo a esse modelo. Apesar de qualquer juiz ou tribunal poder se pronunciar sobre a constitucionalidade de uma lei, é na Suprema Corte que a decisão torna-se válida para todas as demais Cortes pela regra do *stare decisis*. Nos Estados Unidos a Suprema Corte é quem define sua agenda, pois praticamente todos os casos só chegam até ela pela regra do *certiorari*, um mecanismo que permite à própria Corte decidir julgar ou não, os pedidos de julgamento mediante a autorização de quatro dos nove juízes¹³ (Koopmans, 2003, p. 35).

Voltando ao ano de 1803, durante o julgamento *Marbury vs. Madison*, o *Chief Justice* Marshall defendeu que o princípio no qual toda lei inconstitucional deva ser nula deveria ter sido estabelecido há muito tempo. Como mostra Koopmans (2003, p. 37) Marshall adicionou três grupos de argumentos ao princípio. O primeiro é baseado nas prerrogativas constitucionais do Legislativo. Essas normas definem e limitam o poder da legislatura. A autoridade é suprema, pois como foi elaborada pelo próprio povo no exercício do poder constituinte originário, portanto, tem o direito original de estabelecer regras que são aplicáveis aos governos futuros. Esse direito foi exercido especificando os poderes e os limites de cada instituição política. O segundo grupo é baseado no papel dos tribunais ao resolver conflitos de competência, antinomias e inconstitucionalidades. “É da própria essência do dever judicial, ajustar a abrangência de cada um desses instrumentos conflitantes¹⁴” (Koopmans, 2003, p. 38). O terceiro grupo repousa sobre os próprios objetivos da Constituição, que não pode ser ineficiente/ineficaz por causa da falha do Congresso em levá-la em conta.

¹³ É chamado de *Rule of Four* o quórum necessário no juízo de admissibilidade do caso na Suprema Corte. No Brasil essa regra serviu de base para a Emenda Constitucional 45/2004 estabelecer limites ao Recurso Extraordinário (instrumento que permite que os processos das instâncias inferiores sejam apreciados pela mais alta corte). Ela está prescrita no parágrafo terceiro do art. 102 da Constituição Federal, onde a parte processual deverá demonstrar a repercussão geral (cujos interesses extrapolem aos da parte) do caso. Esse mecanismo só pode ser negado pelo Supremo Tribunal Federal por dois terços de seus membros (oito ministros).

¹⁴ It is the very essence of judicial duty to fix the scope of each of these conflicting instruments.

Durante o século XIX, a revisão judicial da legislação permaneceu um fenômeno tipicamente americano, “sem liderar o debate na Europa, porque talvez a maior parte dos europeus tenha uma visão obscura de tudo que é conectado à América¹⁵” (Koopmans, p. 40). Exceção foi a obra *Democracia na América*, de Tocqueville, que descreveu os poderes e responsabilidades do Judiciário americano nesses termos:

A organização judicial dos Estados Unidos é a instituição em que um estrangeiro tem grande dificuldade de entender. Ele ouve a autoridade de um juiz ser invocada sobre as ocorrências políticas cotidianas e naturalmente conclui que nos Estados Unidos, os juizes são importantes funcionários políticos; porém, quando ele examina a natureza dos tribunais, eles não mostram nada que contrarie hábitos e privilégios usuais desse tipo de poder, e os magistrados para ele, parecem interferir em assuntos públicos por acaso, mas um acaso que ocorre todos os dias¹⁶ (Tocqueville, 1835, Vol. I, Parte I, Cap. 6)

Na análise de Tocqueville, a revisão judicial da legislação era parte de uma concepção muito específica de democracia que estava completamente em desacordo com o desenvolvimento democrático europeu. Para ele, essa prática poderia levar às cortes questões políticas, que sem dúvida, seriam mais favoráveis às liberdades dos cidadãos. França e Inglaterra também queriam proteger as liberdades, mas por outros métodos (Koopmans, 2003, p. 40-1).

Para analistas europeus o modelo de controle judicial americano não tinha uso na Europa, talvez a Suíça por ser uma confederação como os Estados Unidos um dia foram. A justificativa maior para uma Suprema Corte nesse caso, seria a de manter a Federação unida, coibindo minorias separatistas e evitando a interferência entre membros-federados. Entretanto, Koopmans argumenta que durante o Século XX o sentimento entre os observadores europeus havia mudado: “a revisão judicial também foi considerada como uma expressão da ideia de que a proteção das liberdades civis, pode não estar em mãos seguras se inteiramente confiada a instituições políticas¹⁷” (Koopmans, 2003, p. 41). E esses temores tornaram-se realidade ao longo do século

¹⁵ It did not lead to constitutional debates in Europe, perhaps because most Europeans took a dim view of anything connected with America.

¹⁶ The judicial organization of the United States is the institution which a stranger has the greatest difficulty in understanding. He hears the authority of a judge invoked in the political occurrences of every day, and he naturally concludes that in United States the judges are important political functionaries; nevertheless, when he examines the nature of the tribunals, they offer nothing which is contrary to the usual habits and privileges of those bodies, and the magistrates seem to him to interfere in public affairs of chance, but by a chance which recurs every day.

¹⁷ [...] judicial review was also considered as an expression of the idea that protection of civil liberties might not be in safe hands if wholly entrusted to political institutions.

passado, após instituições democraticamente eleitas terem diminuído e até atacado as liberdades civis, principalmente após as experiências ditatoriais na Europa.

O debate europeu sobre a revisão judicial, como afirmou Lijphart (2012), se deu entre adotar o modelo americano ou não ter revisão judicial (modelo britânico). A resposta veio através de Kelsen e seu modelo de Corte Constitucional como já mencionado. O debate na Áustria ocorreu mais em torno da preocupação de proteger as liberdades civis do que por um estudo do modelo americano.

Lijphart mostrou que a dicotomia presente nos modelos consensuais e majoritários de democracia, não se reproduz nos seus modelos constitucionais. A rigidez das constituições, sejam elas escritas ou não¹⁸, admite vários graus: vão das mais flexíveis, cujas alterações não necessitam de maiorias qualificadas, às mais rígidas onde modificações no corpo constitucional precisam, não apenas de maiorias super-qualificadas, mas em alguns casos as modificações vão para consulta popular, por meio de referendos. (Lijphart, 2003, p. 249-50). A rigidez na alteração do corpo da Constituição é uma forma de proteção aos seus dispositivos, principalmente aqueles que tratam das garantias e liberdades individuais e dos direitos fundamentais. Sartori (1994) argumentou que a alta rigidez constitucional – constitucionalização de muitos temas associados à extensão e ao alto grau de detalhamento¹⁹ – acarretaria no desrespeito à Constituição e à derrubada do sistema²⁰. Lijphart classificou as constituições de acordo com seu grau de rigidez, ficando Estados Unidos, Austrália, Canadá, Japão e Suíça como as mais rígidas (exigem maioria de dois terços para modificação). Do outro lado da escala, cujas alterações podem ser feitas por maiorias ordinárias, ficaram Reino Unido, Israel, Islândia e Nova Zelândia.

As constituições rígidas não apresentam restrições suficientes às maiorias parlamentares, a menos que haja um corpo independente que decida a conformidade das leis à Constituição. “Se o Parlamento for o juiz da constitucionalidade de suas próprias leis, ficará facilmente tentado a resolver todas as dúvidas a seu próprio favor” (Lijphart, 2003, p. 253-4). A revisão judicial é o mecanismo mais apropriado para dar aos tribunais (ou conselhos constitucionais) o poder de fiscalizar e proteger o texto

¹⁸ Lijphart não dá muita importância à classificação das Constituições em escritas e não-escritas devido à rara aparição dessas últimas.

¹⁹ Sartori chamou isso de *grafomanía constitucional*.

²⁰ Segundo Melo (2007, p. 237) dentre as características frequentemente apontadas, o grau de detalhamento e extensão do texto constitucional afetariam de forma relevante o sistema político brasileiro. Entretanto, como provou, essas características não foram suficientes para impedir a agenda reformista do governo Cardoso (1995-2002) e a estabilidade dos demais governos.

constitucional. Mesmo que não esteja explícita na constituição, a revisão judicial faz parte da própria ideia de superioridade do texto constitucional²¹. O modelo proposto por Kelsen é utilizado na Alemanha, Itália, Portugal, Espanha e Bélgica. O modelo americano continua sendo o mais utilizado no mundo. No Brasil o modelo é híbrido, contemplando características dos modelos americano e austríaco. Na classificação de Lijphart os países com revisão judicial mais forte são Alemanha, Estados Unidos, Índia e Canadá (após 1982). Com exceção da Alemanha, todos os demais utilizam o modelo americano de revisão judicial. No outro ponto da escala, estão países como Irlanda, Noruega, Portugal, França, Dinamarca, Bélgica entre outros. Israel, Holanda, Suíça, Reino Unido e Nova Zelândia sequer possuem revisão judicial. Lijphart também mostra que

países com revisão judicial centralizada costumam ter uma revisão judicial mais forte que aqueles com sistemas descentralizados. [...] Esta é uma conclusão surpreendente, de fato, porque a revisão centralizada foi originalmente desenvolvida como um acordo entre não ter absolutamente nenhuma revisão judicial e o tipo descentralizado. A explicação deve ser que, se um órgão especial é criado com o propósito expresso e exclusivo de examinar a constitucionalidade da legislação, é muito provável que ele realize essa tarefa com alguma vitalidade (Lijphart, 2003, p. 258).

1.3 Origens da Constitucionalização, Judicialização e Expansão do Poder Judicial

A existência de um regime democrático, implica um conjunto de regras procedimentais de governo e um processo decisório, aos quais os atores políticos precisam aderir. A existência de um Judiciário independente e ativo, parece ser condição necessária para (e um subproduto da) proliferação da democracia durante a segunda metade do século XX (Hirschl, 2004, pp. 31-2). Segundo Hirschl as teorias existentes sobre a transformação constitucional podem ser agrupadas em três grandes grupos:

1) Teorias Evolucionistas – que enfatizam a inevitabilidade do progresso do Judiciário e a importância de macrofatores invisíveis e endógenos, para explicar a expansão do poder judicial através de uma reforma constitucional. A mais forte delas defende que a constitucionalização de direitos e o fortalecimento da revisão judicial são, inevitavelmente, subprodutos de uma nova e universal priorização de direitos humanos na esteira da Segunda Guerra Mundial;

2) Explicações Funcionalistas – que elencam a transformação constitucional como uma resposta orgânica, às pressões de dentro do próprio sistema político. Essas

²¹ Argumento de Marshall e Crossman, mencionado por Lijphart, 2003, p. 254.

explicações enfatizam a ausência da agência humana e a invencível integração em qualquer processo legal. As explicações funcionalistas mais conhecidas são aquelas focadas na eficiência do sistema legal, onde a versão mais comum sugere que a expansão do poder judicial deriva de problemas políticos orgânicos e estruturais, como sistemas políticos descentralizados, fracos e cronicamente paralisados. Ou seja, quanto menos funcional é um sistema político em uma dada democracia, maior a probabilidade de se expandir o poder do Judiciário. Dessa maneira, a constitucionalização é vista como o melhor caminho possível para superar impasses de governabilidade e assegurar a unidade e o funcionamento “normal” da política. Entretanto, enquanto evolucionistas e funcionalistas apenas levam em conta alguns fatores envolvidos no desenvolvimento da *juristocracia*, nenhum analisou os vetores políticos específicos por trás das revoluções constitucionais nos últimos anos, de modo comparativo, sistemático e detalhado. Ademais, nenhuma dessas teorias explicou o *timing* preciso dessas reformas. De acordo com Hirschl (2004, p. 36) “se nós aplicarmos essas teorias a um exemplo concreto, elas irão falhar consistentemente em explicar por que uma política específica alcançou seu mais avançado estágio de progresso judicial em um momento específico e não em uma década atrás”²²;

3) Modelos Econômicos Institucionais – que enxergam o desenvolvimento de constituições e da revisão judicial como mecanismos para mitigar preocupações sistemáticas sobre ações coletivas como compromisso, execução e problemas informacionais. Eles enxergam o desenvolvimento de constituições e judiciários independentes, como uma resposta institucional eficiente para o problema da credibilidade dos compromissos, já que líderes políticos querem promover um crescimento econômico sustentável de longo prazo e incentivar investimentos que vão facilitar o sucesso dessa política. Para que isso ocorra são necessárias duas condições: a) Existência de leis previsíveis regulando o mercado e b) sistema legal que proteja a formação do capital e assegure os direitos de propriedade.

Estudos empíricos recentes (Mahoney, 2001; La Porta, 1998) tem estabelecido uma ligação estatística entre a existência de limitações sobre as ações do governo, (disposições constitucionais rígidas e revisão judicial) e rápido crescimento econômico (Hirschl, 2004, pp. 32-7). Outra explicação econômico-institucional sugere que a revisão judicial pode constituir um eficiente mecanismo de alarme de incêndio, por

²² If we apply these theories to a concrete example, they consistently fail to explain why a specific polity reached it most advanced stage of judicial progress ant a specific moment and not, say, a decade earlier.

monitorar a burocracia (McCubbins e Schwartz, 1984; McCubbins *et al*, 1987; McCubbins *et al*, 1989). Segundo Hirschl (2004), os legisladores rotineiramente delegam discricionabilidade sobre programas de políticas públicas à burocracia, mas tentam assegurar que eles sejam implementados da forma como foram concebidos.

Os investimentos no aumento da independência do Judiciário e do mecanismo de revisão judicial são interpretados por líderes do Executivo, como esforços para evitar os altos custos de uma supervisão central constante das agências reguladoras. Entretanto, se, por um lado, a constitucionalização de direitos e o estabelecimento da revisão judicial de fato mitigam problemas de informação, compromisso e execução, como sugerem essas explicações econômico-institucionais, por outro lado, falham em explicar como prósperos governos democráticos gerenciaram e trataram com sucesso problemas de compromisso e execução antes do surgimento da revisão judicial. Também não demonstram porque uma certa política governamental escolheria adotar mecanismos diferentes em um ponto particular no tempo (Hirschl, 2004, p. 38).

Uma abordagem realista e estratégica para o empoderamento judicial foca nos vários incentivos aos interesses dos detentores de poder para considerar o Judiciário. Para Hirschl (2004, pp. 38-9) isso traz quatro suposições preliminares: 1) O respeito do Legislativo em relação ao Judiciário e à expansão de seus poderes não se desenvolveu de forma separada das lutas sociais, políticas e econômicas. A expansão do poder judicial é parte integrante e uma manifestação importante dessas lutas e não pode ser compreendida separadamente; 2) Ao se estudar as origens da constitucionalização é importante levar em conta que elas não podem ser estudadas isoladamente das origens políticas, dos impasses e da estagnação constitucional; 3) Instituições políticas e judiciais produzem efeitos distributivos diferenciais: elas privilegiam alguns grupos de indivíduos sobre outros. Em outras palavras, atores políticos, econômicos e judiciais têm maior probabilidade de favorecer o estabelecimento de estruturas institucionais mais benéficas para eles; 4) Devido ao fato de constituições e de revisões judiciais não possuírem as rédeas nem o poder de fiscalização independente, embora limitem a flexibilidade institucional do processo decisório e a autolimitação voluntária, através da transferência do poder decisório de arenas majoritárias para tribunais, aparentemente vai de encontro aos interesses dos detentores de poder do Legislativo e do Executivo. Salvo prova em contrário, a explicação mais plausível para esse tipo de empoderamento judicial é a de que detentores do poder político, econômico e judicial, que iniciam ou evitam bloquear tais reformas, estimam que isso irá servir a seus interesses, ao respeitar

os limites impostos pela crescente intervenção judicial na esfera política (Hirschl, 2004, p. 39).

Ainda segundo Hirschl (2004, p. 40) quem detém o poder político pode se beneficiar com a expansão do poder judicial em diversas formas. Primeira, do ponto de vista político, delegar a autoridade de decidir certas políticas aos tribunais, pode ser um meio efetivo de reduzir os custos da decisão, bem como de transferir a responsabilidade, reduzindo os riscos para eles e para a estrutura institucional na qual operam (*blame shifting*). Segunda, quando políticos procuram apoio público para assuntos controversos, baseando-se na imagem pública das altas cortes nacionais como órgãos profissionais e apolíticos, ou quando eles consideram disputas públicas em arenas majoritárias com maior probabilidade em colocar suas próprias preferências políticas em risco, desviar a responsabilidade para o Judiciário pode vir a ser uma opção atrativa. Sendo assim

O poder judicial não cai do céu, ele é politicamente construído. Eu acredito que a constitucionalização de direitos e o fortalecimento da revisão judicial resultam de um pacto estratégico liderado por elites políticas crescentemente ameaçadas, embora hegemônicas, que buscam isolar suas preferências políticas contra o destino cambiante da política democrática, associadas às elites econômicas e judiciais cujos interesses são compatíveis (Hirschl, 2004, p. 49)²³.

Na concepção de Vallinder, a judicialização da política é a expansão do poder judicial, no sentido de incorporar decisões judiciais e procedimentos jurídicos à arena política de uma maneira que não eram anteriormente previstos. Judicializar é tratar judicialmente (processo legal), é chegar a um julgamento, a uma decisão pela via judicial. Judicialmente significa “a forma de julgamento legal, ou no gabinete ou pela capacidade de julgar; pela ou relacionado à administração da justiça; processo legal; por sentença de um juiz ou tribunal²⁴” (Vallinder, 1995, p. 13). A judicialização da política deve normalmente significar

(1) a expansão dos poderes dos tribunais ou dos juízes às custas dos políticos ou gestores, isto é, transferir os direitos do processo decisório da legislatura, do gabinete ou do funcionalismo público para os tribunais, ao menos, (2) a propagação dos métodos de decisão judicial fora da arena judiciária.

²³ Judicial power does not fall from the sky; it is politically constructed. I believe that the constitutionalization of rights and the fortification of judicial review result from a strategic pact led by hegemonic yet increasingly threatened political elites, who seek to insulate their policy preferences against changing fortune for democratic politics, in association with economic and judicial elites who have compatible interests.

²⁴ [...] the way of legal judgment, or in the office or capacity of judge; in, by, or in relation to, the administration of justice; by legal process; by sentence of a court or justice [...]

Resumindo, judicialização envolve essencialmente transformar alguma coisa na forma de um processo judicial²⁵ (Vallinder, 1995, p. 13).

O processo decisório pela via da Casa Legislativa é bem diferente do processo de decisão judicial. No Legislativo a discussão é ampliada pelas inúmeras audiências públicas e pela própria natureza do Parlamento. No judiciário a discussão embora possa tratar de temas gerais é feita de forma jurídica, em linguagem pouco acessível e a população tem pouco acesso aos debates, já que não é da natureza do Judiciário haver audiências públicas. A tabela 1, a seguir, com base em Vallinder, ilustra melhor esse funcionamento. Nela é possível ver claramente como o processo de revisão judicial brasileiro tem um rol ampliado de legitimados a questionar a constitucionalidade das normas. Embora sejam nove atores legitimados (os três últimos precisam provar o seu interesse na matéria) a legitimidade dos partidos políticos mostra uma tendência de inclusão de atores políticos e de ampliação da participação popular com a participação dos sindicatos, associações e confederações. As audiências públicas no âmbito do STF estão autorizadas pelas leis 9.868/99 e 9.882/99 embora não seja comum haver esse tipo de mecanismo no Judiciário. Ao se instituir as audiências públicas, buscou-se a opinião de especialistas de forma a não insular o Judiciário durante a decisão de temas de grande repercussão²⁶.

Como Vallinder pontuou, a judicialização da política pode se dar de forma interna ou externa. Como exemplo da primeira há o aumento do aparato judicial (criação de novos tribunais, aumento de servidores do judiciário) ou o aumento de métodos jurídicos dentro do setor administrativo²⁷. Isso significa “mais judicialização e menos administração” (Vallinder, 1995, p. 16). Como exemplo de judicialização externa Vallinder aponta a própria revisão judicial.

²⁵ Thus judicialization of politics should normally mean either (1) the expansion of the province of the courts or the judges at the expense of the politicians/or the administrators, that is, the transfer of decision-making rights from the legislature, the cabinet, or the civil service to the courts, or least, (2) the spread of judicial decision-making process outside the judicial province proper. In summing up, we might say that judicialization essentially involves turning something into a form of judicial process.

²⁶ A primeira audiência pública do STF foi realizada em 20 de abril de 2007 a pedido do então ministro Carlos Ayres Britto para o julgamento da constitucionalidade da lei de Biossegurança.

²⁷ No Brasil há diversos tribunais administrativos entre eles os de natureza tributária e marítima.

Tabela 1 *Comparação das características do STF e do Legislativo no Brasil.*

Características	STF	Legislativo
Atores	Presidente da República Mesa Diretora do Senado Mesa Diretora da Câmara Procurador Geral da República Partidos Políticos OAB Governadores de Estado Mesa de Assembleia Legislativa Sindicatos, Associações e Confederações Nacionais	28 partidos na Câmara e 15 no Senado*
Método de trabalho	Audiências públicas Ponderação dos argumentos jurídicos	Barganha, geralmente sob portas fechadas, compromisso e troca de favores.
Regras básicas do processo decisório	Decisão por um colegiado imparcial	Princípio majoritário
<i>Output</i>	Estabelecimento de casos individuais, mas o precedente pode mudar de acordo com a composição da Corte e por conta do princípio do livre convencimento do magistrado	Regras gerais (leis, produção de políticas públicas)
Implicações	Averiguação dos fatos e qual regra deve ser aplicada “a única solução correta”	Alocação de valores (geralmente econômicos) “a solução politicamente possível”

* Composição partidária do Congresso Nacional para o período 2015-2019.

Os conceitos de judicialização são resumidos por Tate (1995, p. 28) da seguinte forma:

- 1) Processo pelo qual tribunais e juízes dominam cada vez mais a elaboração de políticas públicas previamente destinadas a serem feitas por outros órgãos governamentais, especialmente Legislativo e Executivo;
- 2) O processo pelo qual negociações não judiciais e fóruns deliberativos passam a ser dominados por regras e procedimentos legais (quase judiciais).

Desde o primeiro caso de limitação do poder por ato de um membro do Judiciário em 1610, quando o juiz inglês *Sir Edward Coke* no caso *Dr. Bonham* afirmou em sua decisão que, “em muitos casos o direito consuetudinário controlará os atos do Parlamento”²⁸ (Pollard, 2007, p. 51), a revisão judicial de atos do Executivo e do Legislativo vem sendo aperfeiçoada e expandida como no caso *Marbury vs. Madison* nos Estados Unidos, em 1803 e pela criação da Corte Constitucional austríaca em 1920 por Kelsen. Além dos modelos americano e austríaco, a expansão da revisão e do poder judiciais tomou proporções globais devido a condições que facilitaram seu florescimento. Como explica Neal Tate, a judicialização pode parecer um atentado contra a democracia como regra majoritária e responsabilidade popular, mas é muito improvável encontrá-la fora do regime democrático. É difícil de imaginar ditaduras dando poder a juízes independentes e aumentando sua participação em políticas públicas²⁹ (Tate, 1995, p. 28). A democracia é condição necessária, mas não suficiente para a judicialização da política.

O desenho institucional da separação de poderes elaborado por Montesquieu, parece plausível devido à equipotência dos três ramos de poder, embora Madison no Artigo Federalista 78 tenha evidenciado que o Judiciário era o mais fraco dos poderes. Numa outra perspectiva, o papel do Judiciário no modelo de poderes separados é o de interpretar normas, não de legislar (embora difícil a distinção de tais papéis). Outra dificuldade citada pelos operadores do Direito, segundo Tate, é a de que autonomia pessoal e institucional dos juízes bem como o mesmo *status* diante dos demais poderes,

²⁸ in many cases, the common law will control Acts of Parliament.

²⁹ No Brasil regimes ditatoriais mantiveram a independência dos juízes, mas restringiram os atores legitimados a acionar o Supremo Tribunal Federal à figura do Procurador-Geral da República, de livre nomeação do Presidente da República. Em outras palavras, manteve a Suprema Corte com as prerrogativas formais, mas por ser inerte, só poderia ser provocada por ator de confiança do regime.

difícilmente requer que eles substituam outros atores na elaboração de políticas públicas. A separação de poderes pode facilitar a judicialização, que pode ocorrer por outras razões, não sendo nem condição necessária nem suficiente.

Uma condição mais relevante para a expansão da judicialização é a política de direitos, ou seja, a constitucionalização de liberdades e garantias individuais que passaram a figurar no rol dos direitos fundamentais. O reconhecimento dos direitos das minorias, protegendo-as de possíveis abusos majoritários é um ambiente mais propenso à atuação do Judiciário.

É ilusório imaginar que a judicialização isola interesses socioeconômicos que estruturam o sistema político. Na verdade o desenvolvimento de uma política de direitos pode ser vista como a realização de grupos de interesse, que não achem um ambiente favorável no processo decisório majoritário. Como esses grupos continuamente descobrem o potencial de utilidade dos tribunais, para alcançar seus objetivos, eles podem expandir o entendimento desses direitos, para incluir seus interesses que aparentemente, estariam remotamente conectados à Constituição. A oposição também tem um papel importante no aumento da judicialização, quando recorre às Cortes para reverter situações desfavoráveis no processo de maioria ordinária. Tate cita o estudo feito por Shapiro e Stone Sweet³⁰ no qual encontram uma forte ligação entre políticas nacionais e judicialização. Seu estudo sobre a primeira “corte³¹” constitucional francesa, evidencia sua crescente utilização como instrumento da judicialização, pela oposição contra iniciativas majoritárias do governo, que são difíceis de serem combatidas no processo decisório majoritário. Dessa forma, a corte constitucional é mais precisamente considerada como terceiro poder do que um tribunal regular. Entretanto, oposições políticas também judicializam a política para incomodar ou obstruir governos, independentemente de essas cortes serem dotadas de revisão abstrata.

A ineficácia das instituições majoritárias também é citada por Tate como causa da expansão da judicialização. Uma condição para isso é a constitucionalização de direitos. A outra é a fraqueza de partidos minoritários diante de governos de coalizão.

Quando Executivos são incapazes de governar através de partidos disciplinados, com maiorias legislativas eficazes, eles encontrarão dificuldade em desenvolver políticas públicas

³⁰ Ver Shapiro e Stone Sweet, 2002, pp. 184-208.

³¹ Na França a revisão judicial é feita pelo Conselho Constitucional, um órgão administrativo composto por nove membros com mandato de nove anos, sendo um terço renovado a cada três anos. Três membros são indicados pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembleia Nacional e três pelo Presidente do Senado. Quem nomeia o Presidente do Conselho é o Presidente da República.

efetivas com o apoio político e público que podem sustentá-lo através dos desafios da oposição dirigidos ao Judiciário³² (Tate, 1995, p. 31).

Funcionando como consequência e possivelmente como causa dessa incapacidade das instituições majoritárias efetivarem políticas públicas, estão as atitudes do povo e das elites em relação ao Executivo, Legislativo e Judiciário. Quando o público e os líderes de grupos de interesse e a maior parte das instituições econômicas e sociais enxergam as instituições majoritárias como omissas ou imobilizadas, servindo a si próprias ou mesmo corruptas, não é surpresa eles concordarem com o *policy-making* do Judiciário, que possui reputação de expertise e retidão, e tanta legitimidade ou mais que o Executivo e o Legislativo. Essa tendência deveria ser acelerada apenas, quando são concedidos às instituições judiciais mais respeito ou legitimidade, que outras instituições governamentais (Tate, 1995, p. 31-2).

Ocasionalmente a judicialização ocorre quando instituições majoritárias escolhem não ter de decidir em casos específicos, inclusive seus líderes podem negar que essa delegação tenha ocorrido intencionalmente. Essa delegação³³ pode correr por conta do alto custo político-eleitoral para representantes eleitos fazendo com que proposições legislativas, nesses casos, sejam impossíveis de passar. Questões que dividem a opinião do eleitorado como o aborto, acabam sendo decididas por aqueles não eleitos: os juízes. A delegação de políticas públicas ao Judiciário geralmente ocorre no contexto de política dos direitos, de outro modo essa delegação está claramente dentro da discricionariedade convencional de instituições majoritárias, em permitir que assuntos específicos sejam alvo de decisões judiciais. As delegações também podem configurar a ineficácia das instituições majoritárias, embora há quem possa argumentar que não

³² When executives are unable to govern through disciplined parties with effective legislative majorities, they will find difficult to develop effective policies with the political and public support that can sustain them through opposition challenges directed do the judiciary.

³³ A delegação aqui não é utilizada no sentido da Teoria da Delegação em que o delegante (principal) tem algum tipo de controle sobre o delegado (agente). Para que uma relação de delegação principal-agente ocorra é preciso haver autorização, *accountability* e responsabilização (McLean e McMillan, 2003, p. 138). Na relação de delegação Parlamento-Suprema Corte há autorização, mas não há nem *accountability* nem responsabilização. Mesmo que os membros da Suprema Corte possam ser julgados pelo Senado, sua atuação fica restrita às hipóteses dos crimes de responsabilidade (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, a Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, e o Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967 e Lei 10.028, de 19 de outubro de 2000) que tratam de aspectos formais, como prescreve o artigo 39 da Lei 1.079: “1 – altera, por qualquer forma, exceto por via de recurso, a decisão ou voto já proferido em sessão do Tribunal; 2 – proferir julgamento, quando, por lei, seja suspeito na causa; 3 – exercer atividade político partidária; 4 – ser patentemente desidioso no cumprimento dos deveres do cargo; 5 - proceder de modo incompatível com a honra dignidade e decoro de suas funções (Os itens 3 e 4 foram transcritos da forma como estão na lei). . Ou seja, não há controle sobre o mérito político da decisão, caso ela não recaia sobre as hipóteses de crime de responsabilidade.

delegar esses assuntos aos tribunais, pode gerar a ineficiência do processo decisório por parte do Legislativo e do Executivo, pois tais assuntos podem truncar esses poderes e dificultar-lhes a efetivação dessas políticas (Tate, 1995, p. 32-3).

Segundo Tate, contribuem para a judicialização da política: 1) a presença de democracia; 2) separação de poderes; 3) políticas (ou politização) de direitos; 4) grupos de interesses e uma oposição conhecedora dos meios judiciais para alcançar seus interesses; 5) partidos políticos fracos ou frágeis, coalizões governativas em instituições majoritárias, conduzindo ao impasse; 6) apoio público insuficiente, pelo menos em relação ao Judiciário e 7) a delegação aos tribunais da autoridade sobre o processo decisório em certas áreas de políticas públicas. Entretanto, para ele não é possível concluir a discussão com base na autorização ou em um desenho institucional favorável à judicialização. Pode-se afirmar que muito dificilmente, a judicialização seria possível sem essas condições, mas são a atitude, os valores e as preferências políticas dos juízes (principalmente aquelas relativas às de outros atores decisórios), que encerram esse processo. Portanto, a judicialização só se desenvolve, porque os juízes decidem que eles devem: 1) participar do processo decisório (que poderia ter sido deixado para a sabedoria ou discricionariedade insensata de outras instituições, ou ao menos por ocasião); 2) substituir soluções políticas derivadas dessas outras instituições (Tate, 1995, p. 33).

Em relação ao ativismo ou limitação judicial Tate mostra que a literatura sobre política judicial aponta que as preferências públicas sobre política são baseadas em uma escala direita-esquerda, ideologizada, portanto. Isso difere no Brasil, como já apontaram Jaloretto e Mueller (2011) ao analisar a influência do processo de escolha de ministros do STF nas decisões do tribunal e concluíram que a média das divergências dos ministros permaneceu estatisticamente a mesma quando a maioria dos ministros havia sido indicada pelo Governo FHC e quando a maioria havia sido indicada pelo Governo Lula. Ou seja, as decisões no STF são bem consensuais em 90% dos casos.

Além das condições do desenho institucional, conjunturas críticas no mundo também contribuíram para a expansão em escala global da judicialização da política, como mostra Hirschl (2004, pp. 7-9) ao elencar seis cenários: 1) A onda da “reconstrução” onde o empoderamento do Judiciário foi um subproduto da reconstrução política diante do enfraquecimento provocado pela Segunda Guerra Mundial. Nesse processo diversos países revisaram ou promulgaram uma nova Constituição a exemplo de Japão (revisada em 1946), Itália (nova Constituição em 1948 e implementação da

Corte Constitucional italiana em 1956), Alemanha (adoção da Lei Básica em 1949 juntamente com a Corte Constitucional Federal) e França com a adoção de uma nova Constituição em 1958 e a criação do Conselho Constitucional; 2) O cenário de “independência” no qual a constitucionalização de direitos e o estabelecimento da revisão judicial foram parte do processo de descolonização, primeiramente nas colônias britânicas. Exemplos clássicos desse padrão foram a nova Constituição da Índia em 1950 e sua respectiva Suprema Corte. Outro exemplo foi a constitucionalização de direitos humanos, protegidos pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, que embora o Reino Unido permanecesse relutante em adotá-los (adotando uma carta de direitos própria), incentivou sua adoção em países africanos como Gana em 1957, Nigéria em 1959 e Kênia em 1960; 3) O cenário da “transição singular” no qual a constitucionalização de direitos e o estabelecimento da revisão judicial são subprodutos da transição de uma semi-democracia ou regime autoritário para a democracia. Seguiram esse padrão a África do Sul na década de 1990, países da Europa Meridional (Grécia em 1975, Portugal em 1976 e Espanha em 1978) e da América Latina (Brasil em 1988, Colômbia em 1991, Peru em 1993 e Bolívia em 1994) que adotaram uma carta de direitos, como parte de suas próprias constituições, bem como adotaram alguma forma de uma revisão judicial ativa; 4) O cenário da “transição dual”, no qual a constitucionalização é parte da transição para o modelo ocidental de democracia e economia de mercado. Os países pós-comunistas e pós-soviéticos são exemplos dessa transição, onde figuram como exemplos mais significativos o Tribunal Constitucional Polonês em 1986, a Corte Constitucional da Hungria em 1989-90 e a Corte Constitucional Russa em 1991; 5) O cenário da “incorporação”, no qual a constitucionalização é associada à incorporação de padrões internacionais ou supranacionais à legislação doméstica. Exemplos importantes incluem a incorporação da Convenção Europeia de Direitos Humanos na legislação doméstica da Dinamarca em 1993, da Suécia em 1995 e o ato de Direitos Humanos do Reino Unido em 1998. 6) Por fim, o cenário de “sem transição aparente”, no qual as reformas constitucionais não foram acompanhadas, nem foram resultado de nenhuma mudança político-econômica fundamental aparente. Exemplos desse cenário são a adoção de revisão judicial na Suécia em 1979 e no México em 1994, o decreto de direitos humanos da Nova Zelândia em 1990, a adoção de duas novas Leis Básicas em Israel protegendo um núcleo de direitos e liberdades e a adoção da Carta Canadense de Direitos e Liberdades em 1982.

1.4 Limites e Construção da Revisão Judicial: Por que ela é desejável afinal?

Os tribunais podem negar uma causa por acreditarem que ela deva ser tratada por instituições políticas. Segundo Koopmans (2003), a Suprema Corte americana descreve esses casos como “não-judiciais”. Segundo ele essa visão não deriva do que está escrito na Constituição dos Estados Unidos, já que ela prescreve que o Poder Judicial se estende a todos os casos e controvérsias. Mas a natureza do caso pode fazer com que a intervenção judicial seja inapropriada. Dessa forma, Koopmans enumera cinco limitações ao exercício da revisão judicial por parte do Judiciário. À primeira delas ele se refere como a *Doutrina da Questão Política*, criada pela própria Suprema Corte. De acordo com essa doutrina, ela não identificaria uma área de casos não-judiciais, mas deixa claro, que a Corte irá se abster de decidir sempre que a Constituição delegar o assunto a outra agência governamental. Ou seja, ela é mera consequência da separação dos poderes, delineada na própria Carta Política. Assim como a Suprema Corte, o Conselho de Estado francês, também reconhece que certas decisões estão fora do alcance do Judiciário.

Embora a expressão ‘questão política’ aparentemente tenha sido banida da linguagem jurídica, os problemas com os quais seu conceito pretendia lidar continuam a brotar. Talvez esses problemas sejam muito diversos e complicados para serem cobertos por um único conceito. Entretanto, nenhuma outra abordagem foi inventada (Koopmans, 2003, p. 104)³⁴.

A segunda limitação é a *Dificuldade Contra-majoritária*. Cunhada pela literatura americana, ela se refere a questões sobre até onde uma decisão judicial pode ser derrubada, por uma maioria evidente da população que acha isso correto. Esse tipo de problema ocorre particularmente em sistemas onde há revisão judicial. Na Inglaterra, por exemplo, um processo que se afasta significativamente do que a população pensa ser correto, pode ser corrigido por uma Lei. Entretanto, nos Estados Unidos e na Alemanha, essa correção não é possível se o caso for fundado na interpretação constitucional da Corte. A literatura americana conecta a revisão judicial à Constituição, não à anuência pública, e os juízes devem ser ousados o suficiente para desafiar a vontade popular. A compatibilização dessa visão com os requisitos de democracia, fizeram surgir duas teorias: o tradicional argumento do caso *Marbury*, onde a Constituição deve ser respeitada, porque ela é a própria expressão da vontade popular,

³⁴ Although the expression ‘political question’ seems to have vanished from judicial language, the problems this concept was intended to deal with continue to crop up. Perhaps these problems are too diverse and too complicated to be covered by a single concept. Nevertheless, no better approach has yet been invented.

embora desconsidere o que a população pensa em determinado momento; a segunda teoria mostra que os tribunais podem ser mais rápidos que o Poder Representativo, em antecipar mudanças na opinião popular (Koopmans, 2003, p. 104-5).

A terceira limitação foi chamada de *Área de Discricionariedade*. As constituições enquanto leis gerais, servem de orientação para as futuras legislaturas elaborarem as leis. Mesmo quando limitada por regras ou princípios constitucionais, a legislatura deveria ter a liberdade de legislar à sua maneira. Nesse sentido os tribunais não poderiam exercer total controle na forma como as leis são elaboradas. Koopmans aponta os temas recorrentes na Corte Europeia de Direitos Humanos que, embora limite ações de autoridades nacionais, que possam afetar direitos humanos e liberdades fundamentais, ela reconhece que em certas áreas, essas autoridades possuem uma ‘margem de apreciação’ livre da interferência judicial.

Esses casos levantam de alguma maneira questões mais amplas: talvez haja, mais genericamente, certos assuntos e questões em que os tribunais deixariam, ou deveriam deixar aos cuidados da legislatura ou do governo ou da administração pública, porque o problema é tipicamente externo ao escopo de suas tarefas e responsabilidades judiciais (Koopmans, 2003, p. 109)³⁵.

A quarta limitação diz respeito aos *Métodos de Interpretação*. Muito dificilmente uma legislação é diretamente contrária à Constituição. A maior parte das leis contém um ou alguns dispositivos que podem estar contrários à Lei Maior, como em casos de direitos humanos e liberdades individuais por exemplo. Nesse caso a Corte tem duas opções: 1) suspender a eficácia do(s) dispositivo(s); ou 2) interpretá-lo(s) conforme o texto constitucional (com ou sem redução de texto). Isso ocorre na Alemanha³⁶, onde fora criado esse mecanismo da interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*). Embora tenha sido lentamente banido nos Estados Unidos, houve um desenvolvimento paralelo desse raciocínio em 1936, quando o Juiz Brandeis formulou sete regras (*Ashwander*) que a Suprema Corte deveria adotar, quando examinasse a constitucionalidade da legislação. A mais importante delas pedia que a Corte resistisse aos apelos contra decisões políticas de pessoas ou grupos derrotados no Parlamento, de forma que não deveriam transferir o debate para os tribunais, sob o

³⁵ These findings raise a somewhat wider question: perhaps there are, more generally, certain subjects or certain issues that courts leave, or should leave, to the care of the legislature, or the government, or public administration, because the problem is typically outside the scope of their judicial tasks and responsibilities.

³⁶ Embora 5% das 4.298 Leis Federais tenham sido invalidados entre 1951 e 1990 (Landfried, 1995, p. 308).

pretexto de um inquérito sobre a constitucionalidade da lei. Entretanto entre os anos 1960 e 1970, quando se começou a enfatizar a importância das liberdades civis, a ideia de interpretação conforme a Constituição foi abandonada, pois se várias aplicações poderiam ser dadas a uma lei, era possível que em alguma delas houvesse violação de direitos protegidos pela constituição. Assim, as Cortes considerariam tais leis inconstitucionais (Koopmans, 2003, p. 118).

A quinta e última limitação diz respeito à *Preservação da Democracia*. Segundo Koopmans, Cortes não existem para sustentar a democracia. Para ele há inclusive contradição entre os conceitos de democracia e o Estado Democrático de Direito (*Rule of Law*): Aqueles são baseados na regra majoritária, este na proteção do indivíduo. É preciso lembrar o receio de Madison e Hamilton com a Tirania da Maioria, onde maiorias são perfeitamente capazes de oprimir cidadãos. Entretanto, evidências mostram que a Democracia sem o Estado Democrático de Direito produz indecisão, e o Estado de Direito sem Democracia produz opressão. Nesse sentido O'Donnell contra argumenta Koopmans ao afirmar que:

O Estado Democrático de Direito está entre os pilares essenciais necessários, para qualquer democracia de alta qualidade. Mas esse tipo de democracia necessita, não de um simples Estado Democrático de Direito, mínimo no sentido histórico. O que é necessário é um Estado realmente Democrático de Direito, capaz de assegurar direitos políticos, liberdades civis e mecanismos de *accountability*, que por sua vez ratifiquem a igualdade política dos cidadãos e limitem potenciais abusos do poder estatal (O'Donnell, 2004, p. 32)³⁷.

A expansão do poder judicial, através da constitucionalização e a correspondente aceleração da judicialização da política, em tantos países nas últimas décadas, podem dar mais subsídios ao se analisar a constitucionalização de políticas, em um ponto geralmente negligenciado: as origens políticas da constitucionalização. Embora a adoção de um catálogo constitucional de direitos, forneça o quadro institucional necessário para a judicialização da política, isso certamente não é uma condição suficiente para gerar o alto volume de políticas judicializadas. Muitas situações como o futuro da confederação canadense, o *apartheid* na África do Sul e o significado de um

³⁷ The rule of law is among the essential pillars upon which any high quality democracy rests. But this kind of democracy requires not simply a rule of law in the minimal, historical sense that I will shortly explain. What is needed, rather, is a truly *democratic* rule of law that ensures political rights, civil liberties, and mechanisms of accountability which in turn affirm the political equality of all citizens and constrain potential abuses of state power.

Estado Judeu e Democrático, não poderiam ter se desenvolvido e nem poderiam ser entendidos de maneira isolada, das maiores lutas dos sistemas políticos desses países. Nenhum desses problemas é unicamente ou intrinsecamente jurídico. Portanto, não está claro à primeira vista porque regimes políticos estenderiam a autoridade dos tribunais para resolvê-los (Hirschl, 2004, p. 211).

O *mainstream* da literatura tende a enfatizar a descentralização, a difusão de poder, como efeito da constitucionalização e da revisão judicial. O empoderamento judicial através da constitucionalização é, portanto, percebido comumente como uma reflexão do progresso social ou mudança política, também como sendo derivado da diminuição da confiança em governos tecnocratas e como consequência do desejo de restringir os poderes discricionários do Estado; ou simplesmente como o resultado da devoção genuína de políticos e da sociedade, ao modelo de democracia e direitos humanos após, a Segunda Guerra Mundial. Hirschl critica essas teorias, argumentando que elas ignoram o papel dos humanos, como agentes na inovação constitucional, bem como os interesses de elites econômicas em restringir os limites do Estado, através da constitucionalização. O mais importante, enfatiza, “eles falham em não levar em conta as variações significativas no tempo, o escopo e a natureza desse fenômeno em toda parte do mundo³⁸”. (Hirschl, 2004, p. 212).

Ainda segundo Hirschl, as teorias da escolha pública e economia institucional sobre transformação constitucional, essencialmente sugerem que constituições e revisões judiciais aumentam a previsibilidade, e mitigam eficientemente problemas coletivos sistemáticos como coordenação, compromisso e execução, mas não dão explicações mais robustas, que as teorias sobre políticas constitucionais, quando levamos em conta o tempo, o escopo e a natureza da transição. Essas teorias focam exclusivamente em explicar a mudança constitucional, enquanto negligenciam o beco sem saída constitucional, ou seja, não observam o **ponto sem retorno**³⁹. Além disso, a própria noção de empoderamento judicial, como uma resposta efetiva a deficiências sistemáticas é baseada no entendimento simplista e estático da sociologia política, sobre políticas divididas, sem mencionar uma percepção funcionalista mais refinada da mudança constitucional e política. Ela ignora as influências e contribuições das partes

³⁸ [...] they fail to account for the significant variations in the timing, scope, and nature of this phenomena throughout the world.

³⁹ Esse argumento está ilustrado gráfico 5, onde uma linha sobre o eixo *x* mostra o momento em que o Poder Judiciário brasileiro passa apenas a aumentar seu poder.

econômicas interessadas e figuras judiciais proeminentes, na constitucionalização de direitos e no estabelecimento da revisão judicial (Hirschl, 2004, p. 212-3).

Uma visão estratégica desenvolvida por Hirschl conecta a noção de empoderamento judicial, através da constitucionalização como primariamente dirigida por interesses políticos, para isolar certas preferências políticas da pressão popular. Em último caso, a judicialização de questões políticas fundamentais, oferece um refúgio conveniente para políticos, que procuram evitar tomar difíceis decisões morais e políticas em situações em que não há vitória (*no win scenario*). Afinal, quando questões políticas são tratadas como jurídicas, é de se esperar que juízes e tribunais devessem resolvê-las, em vez dos representantes eleitos na arena majoritária. Uma observação mais astuta, sugere que a transferência de grandes questões da esfera política, para os tribunais, foi taticamente apoiada, ou até mesmo ativamente iniciada por atores políticos, representando elites hegemônicas e interesses Judiciais estabelecidos. Esse empoderamento judicial permite às elites e a seus representantes políticos, meios efetivos de reduzir os riscos para eles mesmos e para o aparato institucional no qual operam. Hirschl mostra que a transferência de poder do Legislativo e do Executivo para o Judiciário, pode ser atraente para quem detém o Poder por diversas razões: 1) Quando buscam ganhar apoio popular para suas contendas confiando na imagem pública das altas cortes, como sendo um corpo profissional e apolítico; 2) Quando consideram a disputa pública em arenas majoritárias como prováveis riscos às suas preferências políticas; e 3) Quando eles estimam que respeitando os limites impostos pelo poder expandido do Judiciário, isso irá melhorar suas posições em face a elementos políticos rivais e suas preferências políticas alternativas (Hirschl, 2004, p. 213).

A constitucionalização de direitos e a revisão judicial não são mecanismos construídos apenas, ou primariamente, pelo compromisso com as noções progressistas de justiça social, ou com a elevada visão de direitos universais. Na maior parte dos casos são construídos pelo esforço de manter o *status quo* sócio-político e para bloquear tentativas críveis de desafiar-lo através de políticas democráticas. Hirschl conclui que problemas políticos entre tradições persistentes da Soberania do Parlamento (Canadá, Israel, Nova Zelândia e África do Sul) construíram uma enxurrada de mecanismos constitucionais inovadores, objetivando reduzir a oposição popular ao empoderamento judicial, ao mitigar a tensão entre dispositivos constitucionalmente rígidos e revisão judicial numa mão, e princípios democráticos da representação política e participação na

outra. Ou seja, cada país teve de lidar com seus próprios problemas e idiossincrasias políticas, durante a construção de seus modelos constitucionais e de revisão judicial.

Como Koopmans (2004) colocou, o Judiciário exerce um mecanismo de controle contra-majoritário e a revisão judicial tem que lidar com ele, já que o problema reside em juízes não eleitos, sem legitimidade democrática derrubando decisões legítimas tomadas por assembleias democráticas. Esse desafio normativo, como pontua Ginsburg (2003, pos. 238/4023), tem sido reforçado por teorias da democracia, que argumentam que o poder judicial surge às expensas das instituições representativas. Nessa perspectiva, a revisão judicial é desnecessária à democracia e até mesmo suspeita. Diante dessas críticas, juristas passaram a adotar inicialmente um tom defensivo, tentando justificar o papel dos tribunais nos termos da teoria democrática. O primeiro argumento nesse sentido é defender o papel da revisão judicial numa democracia, como um mecanismo de controle sobre o poder da maioria, principalmente as imposições majoritárias sobre o processo eleitoral, cuja tendência é a de privar as minorias políticas de seus direitos. “Ao servir como instituição contra-majoritária, a revisão judicial pode assegurar a manutenção das minorias como parte do sistema, assegurando legitimidade e protegendo a democracia dela mesma⁴⁰” (Ginsburg, 2003, pos. 243/4023). Diversos pesquisadores (Sunstein 2001; Rubinfeld, 2001; Ackerman, 1998; Habermas, 1996) defendem o aumento de poder dos processos majoritários no lugar de restringi-los. Eles argumentam que a democracia ainda está no básico, quando se trata de deliberação e debate e a função da Constituição é estabelecer os limites e facilitar o debate. A função da revisão judicial nesses termos é a de prover outra perspectiva em políticas públicas questionáveis. Para eles, os tribunais não são a última palavra sobre a constitucionalidade, mas apenas outra instituição governamental, que ajuda a deliberação a tomar seu lugar através do diálogo institucional com os outros poderes governamentais, pois os juízes devido à sua formação e seleção podem refletir sobre princípios fundamentais do sistema democrático (Ginsburg, 2003, pos. 243/4023).

Embora normativamente faça sentido, empiricamente o que levaria uma maioria política a adotar um mecanismo que a restringe no *policy-making*? E por que esse mecanismo pertenceria ao Judiciário? O argumento principal de Ginsburg (2003) é o da revisão judicial como **seguro**. Segundo ele, a revisão judicial existe para impedir os políticos de renegarem as negociações iniciadas com os cidadãos. Entretanto, ainda

⁴⁰ By serving as a counter majoritarian institution, judicial review can ensure that minorities remain part of the system, bolster legitimacy, and save democracy from itself.

permanece a pergunta: por que políticos auto interessados estabeleceriam a revisão judicial? Não é suficiente descrevê-la como mecanismo de proteção à legislatura futura, sem dizer como isso serve aos interesses da legislatura vigente, que atua como *veto gate* para a Constituição. A resposta de Ginsburg é a de que as escolhas constitucionais têm essencialmente um grande impacto nos resultados políticos subsequentes, portanto há forte pressão sobre os constituintes em escolher instituições que irão favorecer seus eleitores no futuro, e isso vai depender da posição que os constituintes irão ocupar no governo pós-constituente. O mecanismo é simples, os constituintes escolherão mecanismos e instituições que maximizem suas chances de estar no próximo governo. Ginsburg (2003) mostra que em um cenário de partido único, quando ele tem a certeza da probabilidade de se manter no poder, não há incentivos para estabelecer um árbitro neutro, para resolver questões constitucionais. A ausência de instituições independentes que revisem judicialmente os atos do Governo evidencia o desejo em manter a exclusividade do papel da interpretação constitucional. O oposto se dá em um cenário pluripartidário, quando há várias forças políticas competindo pelo poder e nenhum partido consegue ter certeza da probabilidade de continuar a ganhar as eleições futuras. Inclusive o sistema de Soberania do Parlamento, onde a constituição permite flexibilidade ilimitada para quem ganha as eleições, é menos interessante em um arranjo de várias forças políticas do que em um cenário de partido único. Ginsburg mostra que partidos de oposição querem minimizar suas perdas. Logo, eles consideram um fórum alternativo para desafiar as políticas da maioria, uma vez que eles não esperam vencer na legislatura. Assim, quando os partidos não conseguem contar com a reeleição e podem acabar como partidos de oposição, a preferência é pelos tribunais nos quais poderão desafiar seus adversários políticos recém-eleitos. É lógico concluir que a revisão judicial tem mais probabilidade de florescer em sistemas de difusão das forças políticas, do que em sistemas dominados por um único partido. E isso se dá

[...] porque partidos dominantes estão mais susceptíveis em antecipar o sucesso contínuo nas eleições no pós constituente e portanto, preferem instituições majoritárias. Onde forças políticas estão sob impasse ou dispersas, nenhum partido pode confiantemente prever que poderá vencer as eleições, após a promulgação da Constituição (Ginsburg, 2003, pos. 275/4023)⁴¹.

⁴¹ This is because dominant parties are likely to anticipate continued success in post constitutional elections and therefore to prefer majoritarian institutions. Where political forces are deadlocked, or scattered, no party can confidently predict that it will be able to wind post constitutional elections.

Já que nenhum partido consegue prever quem poderá ganhar as eleições, eles irão preferir limitar os poderes da maioria e valorizar instituições minoritárias como a revisão judicial. “O fator determinante em explicar a variação da extensão da revisão judicial nas constituições, é a estrutura do sistema partidário e a configuração das forças políticas no momento de criação da Constituição” (Ginsburg, 2003, pos. 282/4023)⁴². Ginsburg se refere a isso como *Modelo Securitário de Revisão Judicial*, ao servir de fórum alternativo no qual, pode-se desafiar ações do governo. Nele a revisão judicial provê uma forma de seguro para perdedores eleitorais prospectivos, durante a barganha constitucional. Como seguro, a revisão judicial é relativamente de baixo custo, porque pode ser exercida por uma corte composta por poucos membros. Ou seja, ela serve aos interesses dos constituintes em constranger maiorias sob um baixo custo. Segundo Ginsburg (2003, pos. 289/4023) “isso pode explicar porque a revisão judicial tem sido adotada de forma mais universal, do que outras instituições minoritárias que pudessem servir aos interesses de futuros perdedores”⁴³.

Essa lógica da revisão judicial como seguro, diminui os riscos de imposições majoritárias futuras, aumentando a segurança jurídica e trazendo estabilidade ao Ordenamento Jurídico dentro do Estado Democrático de Direito (*Rule of Law*). Outro argumento importante para a adoção da revisão judicial é o contexto internacional. Constitucionalistas não produzem normas no vácuo, há sempre o método comparativo capaz de mostrar como as instituições operam em outros contextos. E, após duas grandes guerras mundiais, o modelo de revisão judicial adotado pelos Estados Unidos, mostrou que a democracia americana permanecia estável após 200 anos de estabilidade constitucional e depois 150 anos da implementação da revisão judicial, por construção jurisprudencial (caso *Marbury vs. Madison*) e após três grandes guerras⁴⁴.

1.5 Cortes como Policy-makers e a Judicialização como Estratégia Política

Em artigo seminal sobre a Suprema Corte Americana, Robert Dahl (1957) mostra que ela é uma instituição política e os americanos não estão dispostos a aceitar isso, mas também não estão aptos a negar. Então frequentemente tomam ambas as posições (não aceitar nem negar). Segundo Dahl é recompensador para o americano comum, que

⁴² The key factor in explaining variation in the extent of judicial power in constitutional design is the structure of the party system and the configuration of political forces at the time of constitutional drafting.

⁴³ This might explain why it is that judicial review may have been adopted more universally than other minoritarian institutions that could serve the interests of prospective losers.

⁴⁴ Guerra civil Americana, Primeira e Segunda Guerras Mundiais.

consegue se manter nos dois mundos. Para ele, uma decisão política é tomada por uma escolha efetiva seguindo as seguintes informações:

- a) Flexibilidade: Opções abertas para decidir;
- b) Ponderação: Consequências da decisão;
- c) Ordem: Ordenação dos valores na decisão, partindo do mais preferível ao menos preferível

Uma escolha efetiva é uma seleção das alternativas preferidas, acompanhada por medidas que possam assegurar que aquela escolha seja posta em prática. Ninguém questiona que a Suprema Corte, ou qualquer Corte, possa tomar decisões políticas. O que se questiona é a extensão e a amplitude dessas decisões, ao decidir fora do critério “legal” encontrado no precedente (jurisprudência), na lei e/ou na Constituição.

De tempos em tempos a Suprema Corte ocupa uma posição peculiar: Ela decide casos onde o critério legal é **inadequado**. Muitos casos chegam à Corte, envolvidos em polêmicas muito severas. Há casos em que há discordância entre juristas e até entre os juízes da Corte. Também há casos em que o texto constitucional é ambíguo, generalista, vago ou claramente não aplicável. Há casos em que há jurisprudência para ambos os sentidos em questão. Se aceitássemos que a Suprema Corte é uma instituição política, esses problemas estariam resolvidos, mas como a legitimidade da Suprema Corte reside no seu caráter de instituição legal, aceitá-la como instituição política resolveria uma série de problemas ao custo da criação de outro (Dahl, 1957).

A depender da natureza (tipo) do caso, a Suprema Corte não pode agir estritamente como instituição legal. Isso se apoia na escolha de um critério que seja aceito, quando não haja parâmetro valorativo/legal nas leis, jurisprudência ou Constituição. A Suprema Corte é uma instituição política quando o critério legal se mostra inadequado. A questão é: Quem se beneficia da Corte? Como a alocação de recompensas e punições se ajusta ao nosso presumido sistema político democrático?

Ao se determinar e avaliar o papel de uma Corte, dois critérios diferentes e conflitantes são às vezes empregados: O critério majoritário e o critério do certo ou do justo. Logicamente falando, toda disputa em uma dada sociedade é resolvida através do critério majoritário entre aqueles que são a favor e aqueles que são contra. A disputa pode se dar entre maiorias e minorias ou entre minorias apenas. Geralmente as disputas se dividem em dois grupos.

Se todos preferem uma de duas alternativas, então não há problema. Entretanto, um caso dificilmente chegará à Suprema Corte sem que um litigante prefira uma alternativa

e o outro litigante prefira outra. Assim a Corte sempre terá de: 1) concordar com as preferências de uma minoria de cidadãos e ir de encontro às preferências da maioria; 2) concordar com as preferências de uma maioria, contrariando as minorias ou 3) concordar com as preferências de uma minoria, contrariando outras minorias, estando os demais (maioria) indiferentes.

Em um sistema com um poder legislativo representativo, a maioria (segunda categoria) não precisará de uma Corte para garantir os resultados. Uma visão influente da Suprema Corte é a de que ela é a protetora das minorias contra a tirania da maioria. O problema é a dificuldade de conciliar esse papel da Corte com o que Aristóteles, Locke, Rousseau, Jefferson e Lincoln já disseram: o termo democracia significa que, entre outras coisas, o poder reside nas maiorias populares e seus representantes. Além disso, com base nos princípios da soberania popular e igualdade política, o princípio da regra majoritária pode ser mostrado como uma necessidade lógica. Dentro da tradição democrática americana, decidir a favor de uma minoria é ir contra a soberania popular e a igualdade política. Um sistema onde as preferências políticas de uma minoria prevalecem sobre a maioria está em desacordo com o tradicional critério que distingue uma democracia de outros sistemas políticos.

Contudo, não é preciso atravessar essa discussão para perceber um Tribunal como protetor das liberdades das minorias contra a tirania da maioria. A rigor, é provavelmente impossível demonstrar que alguma corte decidiu contra ou a favor das preferências de uma maioria nacional (nos Estados Unidos o conflito entre estados e entre eles e a União é mais comum do que em outros países federados, por conta da forte autonomia dos entes subnacionais). Presidentes não são famosos por indicar juízes contrários à sua visão de política pública, nem poderiam esperar a confirmação de um nome cuja postura em questões-chave fosse flagrantemente de encontro às posturas da maioria dominante do Senado. O fato é que a visão política dominante na corte nunca é muito diferente da visão política dominante entre as maiorias legislativas nos Estados Unidos.

O papel de uma Suprema Corte como uma instituição elaboradora de políticas públicas não é simples. É um erro supor que suas funções podem ser descritas ou avaliadas por simples conceitos extraídos da teoria democrática ou moral.

As políticas nacionais nos Estados Unidos, como em outras democracias estáveis, são dominadas por alianças relativamente coesas, que duram por longos períodos de tempo. Exceto por curtos períodos de transição, quando a antiga aliança está se

desintegrando e a nova está lutando para ter o controle das instituições políticas, a Suprema Corte é inevitavelmente uma parte da aliança nacional dominante. Como um elemento na liderança política da aliança dominante, a Corte dá suporte às políticas majoritárias da aliança.

Porém, a Suprema Corte não é um simples *agente* da aliança. Ela é parte essencial da liderança e possui bases de poder próprio, por ser a intérprete da Constituição. Essa legitimidade pode ser prejudicada, se a Corte se opuser flagrantemente às políticas majoritárias da aliança dominante. A corte não é como o presidente de uma importante comissão no Congresso, que pode impedir políticas públicas. A Corte é menos efetiva contra a maioria legislativa vigente. Ela é mais efetiva quando determina os limites da política para funcionários, agências, governos estaduais ou até mesmo regiões, uma tarefa que tem ocupado boa parte das preocupações da Suprema Corte.

Segundo Dahl (1957), o principal objetivo da liderança presidencial nas eleições é construir uma união dominante e estável de minorias, com alta probabilidade de vencer a presidência e pelo menos uma das duas casas do Congresso. A principal tarefa da Corte é conferir legitimidade às políticas fundamentais do sucesso da coalizão. Em casos de instabilidade devido a políticas-chave, a Corte pode interferir e definir a questão. A democracia é um conjunto de procedimentos para se tomar decisões. A operacionalização desses procedimentos pressupõe a existência de certos direitos, obrigações, liberdades e limites. Há também padrões de comportamentos. A existência desses padrões (particularmente entre segmentos politicamente ativos e influentes da sociedade), pressupõe amplos acordos baseados na validade e propriedade desses comportamentos. Embora seu histórico tenha falhas graves, é melhor que a Corte opere para conferir legitimidade, não apenas em relação a políticas paroquiais da aliança política dominante, mas sobre os padrões de comportamentos básicos requeridos para a operacionalização de uma democracia (Dahl, 1957).

Em suma, os modelos de revisão judicial criados em 1803, por decisão da Suprema Corte americana e em 1920, pela Constituição Austríaca desenhada por Kelsen, possibilitaram ao Poder Judiciário sair de sua condição coadjuvante para protagonizar decisões importantes, comumente tomadas pelo Parlamento. Por séculos o modelo britânico mostrou que as decisões políticas ficavam a cargo do corpo representativo, impedindo que os juízes decidissem matéria política. Esse modelo de supremacia parlamentar acabou por entrar em crise, após Hitler ter ascendido democraticamente ao poder e ter aprovado sua agenda com apoio da maioria do

Parlamento, sem qualquer tipo de freio ou contrapeso. Após esse complicado período de totalitarismo, os intelectuais passaram a observar a estabilidade da democracia americana, onde o Judiciário exerce um papel contra-majoritário, em função do modelo de supremacia constitucional.

A institucionalização dos mecanismos de freios e contrapesos no texto constitucional atribuindo ao Judiciário a função de Guardião da Constituição, fez emergirem severas críticas a uma suposta *Juristocracia*. Entretanto, com o intuito de preservar os direitos das minorias e o respeito às regras, a revisão judicial se estabeleceu como condição necessária nas democracias estabelecidas no século XX.

Sendo assim, o processo de judicialização da política – diferente do ativismo judicial, como será visto a seguir – é em tese uma construção institucional dos incumbentes, no sentido de lhes garantir a sobrevivência em futuro adverso (perspectiva *securitária* de Ginsburg), devido à fragmentação e competição política. Também é um processo que incorpora lutas sociais, políticas e econômicas buscando ganhar apoio popular, com base na boa imagem pública do Judiciário, evitando os riscos político-eleitorais de escolhas impopulares (*blame shifting*) e ocorre quando os Tribunais podem favorecer um grupo político (dentro dos limites legais e constitucionais), em detrimento de outro(s) como preconiza Hirschl. Entretanto, esse processo de judicialização, de trazer o judiciário para a arena política só é possível através do seu empoderamento institucional, ou seja, através de mecanismos de controle como a revisão judicial, a capacidade de punir membros do Legislativo e do Executivo, controlar a produção legislativa federal, estadual e municipal, tanto para a legislação anterior como posterior à Constituição vigente.

2 ATIVISMO JUDICIAL: ENTRE MITO E A JURISTOCRACIA VELADA

A melhor arte de interpretação das leis, e mesmo o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambiguidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária. Em outros termos, o juiz sempre será *forçado a ser livre* dadas as dificuldades enfrentadas pela ciência da interpretação. (Cappelletti, Mauro, 1993, p. 20)

O objetivo do capítulo é distinguir a judicialização da política do ativismo judicial, dois termos que erroneamente são tratados como um só. A judicialização é um fenômeno ligado às atribuições dos tribunais, pois deles depende para que haja espaço para contendas específicas, tendo sido potencializado pela autorização da revisão judicial e demais permissivos legais (que constam do rol do que chamamos de empoderamento institucional), mas depende de outros órgãos já que o Judiciário é inerte.

No Brasil, o STF vem sendo levado a decidir questões da arena política, por uma série de fatores formais: 1) revisão judicial e controle de constitucionalidade (inclusive preventivo); 2) obrigação legal de ter de se posicionar sobre os assuntos que lhe são apresentados, principalmente quando há lacuna normativa; 3) competências mistas, quando o STF age como Suprema Corte na revisão judicial de maneira ampla e direta, e quando age como tribunal recursal em casos específicos (desde que comprovada a repercussão geral); 4) instância originária para abusos cometidos pelos políticos, através de mandados de segurança, etc.

Na visão clássica de Tate e Vallinder (1995), a judicialização é um termo curto para explicar o processo de protagonismo dos tribunais em dois níveis: 1) normativo, através da revisão judicial (que inclui o desenho institucional das Cortes ou Conselhos, o processo de recrutamento dos membros, suas garantias individuais e institucionais, as prerrogativas e competências e os autorizados a acionar o mecanismo de revisão), 2) empírico, através do uso efetivo da revisão judicial (como forma de driblar (*by-pass*) o Executivo e o Legislativo na elaboração de políticas públicas, como forma de reforçar o papel da oposição, como revisor do processo legislativo, ao aperfeiçoar as leis e como implementador da Constituição Federal).

A judicialização é, portanto, consequência da expansão do modelo de revisão judicial e de sua frequente utilização por atores políticos. O ativismo, por outro lado, pode ser consequência inevitável da judicialização, ou condição suficiente para

interferência dos tribunais na arena política. A Assembleia Nacional Constituinte brasileira (1986 a 1988), manteve a revisão judicial americana, já institucionalizada em constituições anteriores, mas não importou a regra do precedente (a súmula vinculante só chegou 18 anos depois). Importou a revisão judicial austríaca (mais restrita), mas ampliou o rol de legitimados a propor as ações que questionam a constitucionalidade. Some-se a isso uma constituição hiperdirigente (ampla e detalhada) ao controle de constitucionalidade por omissão e tem-se o ambiente institucional perfeito, ou o nível de poder institucional adequado, para que o Judiciário se torne protagonista no processo decisório.

2.1 Ativismo Judicial ou Judicialização?

Roosevelt III (2006) entra no debate entre conservadores (para os quais a Constituição é imutável) e progressistas (que defendem uma reinterpretação atualizada com base em novos contextos culturais). A pergunta principal de seu livro é como nós podemos definir se uma decisão judicial é legítima (essencialmente o exercício apropriado da autoridade judiciária). “Cidadãos ou oficiais do governo podem discordar de uma decisão legítima, mas ela não abre espaço para acusar o juiz de exceder seu papel⁴⁵” (Roosevelt III, 2006, pos. 327 de 2464). Se a Suprema Corte toma uma decisão razoável ao (in)deferir uma ação do governo sob sua revisão, seja do Executivo ou do Legislativo, e essa decisão está dentro do comportamento aceitável de seus membros, o Tribunal não pode ser condenado por essa decisão. O autor enxerga o ativismo judicial como algo nocivo através do qual juízes extrapolam o papel delimitado pela Constituição.

As pessoas chamam o Tribunal de ativista, porque elas discordam das decisões. Mas o tipo de pessoas que usa o termo ‘ativista’ está geralmente discordando por questões políticas; as decisões que ele vê como ilegítimas são aquelas cujos resultados ele não gosta. Se o Direito Constitucional não fosse nada além de política, esse criticismo poderia fazer sentido, embora também não seja persuasivo para qualquer um que não compartilhe as crenças políticas dos críticos. Mas decisões em questões constitucionais envolvem mais do que política, e nós podemos usar padrões não políticos para julgar o Tribunal⁴⁶ (Roosevelt III, 2006, pos 2155 de 2464).

⁴⁵ Citizens or government officials may disagree with a legitimate decision, but it provides no basis for charging that the judges have exceeded their proper role.

⁴⁶ People call the Court activist because they disagree with its decisions. But the kind of people who used the word “activist” are generally disagreeing on political grounds; the decisions they see as illegitimate are the ones whose results they do not like. If constitutional law was nothing more than politics, these criticisms might make sense, though they would also be unpersuasive to anyone who did not share the critic’s political beliefs. But constitutional decision-making involves more than politics, and we can use nonpolitical standards do judge the Court.

O cerne de suas preocupações é saber se a Suprema Corte assumiu mais poderes do que a Constituição lhe deu. Para Roosevelt III, a Suprema Corte dos Estados Unidos vem cumprindo com seu papel, ao analisar seis casos emblemáticos: Direitos homossexuais (Romer, Lawrance e Goodridge), Aborto (Roe e Casey), Desapropriações (Kelo vs. Cidade de *New London*), Laicidade do Estado, Pena de Morte (Roper e Atkins) e Reforma do financiamento de campanha. Portanto, o autor conclui que o ativismo judicial nos Estados Unidos é um mito.

Entretanto, diferente da questão americana, onde os juízes têm mais liberdade para criar direitos, no Brasil o positivismo jurídico impede que os juízes possam ir além da norma posta. Nesse contexto, extrapolar seu papel atrairia mais críticas, como de fato vem atraindo. Mas essa maior atividade jurisdicional pode não significar algo negativo ou ruim para a democracia. “O termo *ativismo judicial* indica que a Corte está deixando de se restringir à atividade interpretativa, para estabelecer condutas, criando direito novo” (Soares, 2010, p. vi). O problema dessa discussão sobre ativismo judicial, é que ela termina com um exercício interpretativo, entre o que consta na Constituição e o que, de fato, os tribunais estão fazendo. O direito ao casamento por pessoas do mesmo sexo é um exemplo claro. A Constituição brasileira ao se referir a casamento, não obriga de forma direta aos nubentes serem de sexos opostos. Isso é feito em relação à União estável. Porém, nossa Carta Política é repleta de princípios explícitos e implícitos, princípios esses que são considerados norma, portanto, sendo válidos no exercício jurisdicional. Nesse caso, o ativismo judicial do STF em ir além do que continham os dispositivos não principiológicos, garantiu direitos por criação jurisprudencial. E não se viu nenhuma entidade defensora de direitos homossexuais reclamar que houve ativismo judicial (como algo negativo).

No Brasil, um estudo mais sofisticado que o de Roosevelt III buscou mostrar que não há um processo de judicialização, mas de representação política pelo exercício judicial corroborando a tese de Robert Alexy (2007), para quem as supremas cortes têm prerrogativa de representação do cidadão.

O estudo mais sofisticado foi elaborado por Thamy Pogrebinski (2011), no qual procurou contestar o senso comum produzido pela mídia, de que o grande número de ADIs (Ação Direta de Inconstitucionalidade) seria um indicador para a judicialização da política. Com uma análise empírica sobre as ADIs, a autora mostra uma postura adequada e coerente por parte do STF, negando inércia ou deficiência por parte do Congresso. Segundo ela, a Suprema Corte brasileira vem exercendo sua função contra-

majoritária de forma comedida, e fortalecendo a vontade majoritária (pela via do controle de constitucionalidade) expressa pelas instituições representativas. A tabela abaixo, de elaboração da autora, resume a atuação do STF.

Tabela 2 *Atuação do STF pela via do Controle de Constitucionalidade entre 1989 e 2009*

Número de Normas Promulgadas pelo Congresso	Tipo da Norma	Número de normas derrubadas pelo STF	% do total
4541	Leis Ordinárias	37	0,814
76	Leis Complementares	4	5,263
62	Emendas à Constituição	5	8,064
8070	Decretos Legislativos	0	0
12749	Todas	46	0,360

Fonte: Pogrebinski, 2011.

Pelos dados acima expostos, não é possível concluir que não haja judicialização. A questão é de natureza conceitual. A judicialização, enquanto processo de deslocamento da arena decisória de grandes questões políticas⁴⁷ para o Poder Judiciário vem aumentando gradativamente no país, assim como vem aumentando gradativamente o poder institucional do Judiciário. O que se pode concluir dos dados acima, é que a atitude do STF, em exercer moderadamente seu poder contra-majoritário e ser deferente aos órgãos representativos, configura o que Roosevelt III chamou de “comportamento aceitável de seus membros”. Adaptando os dados acima ao modelo de Lijphart (2012), pode-se dizer que a revisão judicial no Brasil é fraca⁴⁸, comparativamente aos demais países. Vale ressaltar que a revisão judicial brasileira tem pouco mais de duas décadas e vem sendo ampliada e estabilizada. Conseqüentemente ocorre uma maior institucionalização e consolidação do Poder Judiciário.

⁴⁷ Como a cláusula de barreira, a distribuição das bancadas estaduais na Câmara dos Deputados, os critérios distributivos do Fundo de Participação dos Estados, as pesquisas com células tronco, o aborto de feto anencefálico, o casamento homoafetivo, a distribuição dos royalties do petróleo, o financiamento de campanha, entre outros.

⁴⁸ Ver gráfico 19 para maiores detalhes.

2.2 Processo de Judicialização e o Empoderamento das Supremas Cortes

A supremacia constitucional, conceito que há muito tempo é o maior pilar da ordem política dos Estados Unidos, é compartilhado hoje por mais de cem países. Da Ásia à América Latina, passando por países europeus como Alemanha, Espanha, Rússia e Turquia, houve forte aderência ao constitucionalismo durante suas respectivas transições democráticas. Há uma tendência global de constitucionalização, onde até Reino Unido, Israel e Nova Zelândia, considerados últimos bastiões da soberania do parlamento, aderiram ao constitucionalismo moderno. A maior parte desses países adotou recentemente uma Constituição ou sofreu uma revisão constitucional, para incorporar direitos humanos e para introduzir algum tipo de revisão judicial (Hirschl, 2008).

Uma das principais consequências dessas transformações, tem sido a judicialização de políticas – a dependência cada vez mais acelerada de meios judiciais, para abordar os principais dilemas morais, questões de políticas públicas e controvérsias políticas. “Armadas” com esse novo procedimento de revisão judicial, supremas cortes nacionais frequentemente são chamadas para resolver um amplo leque de assuntos, incluindo liberdade de expressão e de religião, direitos de privacidade e igualdade e políticas públicas sobre propriedade, comércio, educação, imigração, trabalho e proteção ambiental (Hirschl, 2008).

É evidente a influência dos Estados Unidos, onde o legado da revisão judicial completa seu bicentenário, onde os tribunais têm um papel central no processo decisório. Em anos recentes, a judicialização da política foi além de questões jurídicas ou cooperação internacional, para abranger o que Hirschl chama de *grandes políticas* (questões de extrema e absoluta significância política que muitas vezes definem e dividem os políticos). Esse alcance vai de resultados eleitorais e apoio a mudanças no regime, a questões de paz e guerra e até à construção/manutenção do sistema político. Segundo Hirschl (2008, p. 95), “Aharon Barak, ex-presidente da Suprema Corte de Israel afirmou: ‘nada está fora do alcance da revisão judicial; o mundo está cheio de leis, qualquer um e qualquer coisa estão sujeitos aos tribunais’, e parece que esse mote se tornou mundialmente aceito pelas cortes⁴⁹”.

⁴⁹ Aharon Barak, the former proactive president of the Supreme Court of Israel, once said that “nothing falls beyond the purview of judicial review; the world is filled with law; anything and everything is justiciable,” and it seems that this motto has become widely accepted by courts worldwide.

Hirschl argumenta que, enquanto os constitucionalistas dos Estados Unidos têm se preocupado em limitar os poderes do Executivo, em questões de guerra e terrorismo, a expansão global do poder judicial está em marcha. Embora muitas questões ainda estejam fora do alcance dos tribunais, há uma grande deferência legislativa ao Judiciário e à crescente (e frequentemente bem vinda) intrusão da Justiça, nas prerrogativas do Executivo e do Legislativo. A partir desse desenho institucional, surgiu uma grande confiança em meios judiciais para esclarecer e resolver controvérsias morais fundamentais e altos litígios políticos, transformando Tribunais nacionais em principais órgãos de decisão política.

Há muito tempo o grande tema da judicialização já deixou o que Hirschl chama de “Jurisprudência Jurídica”. A maior parte dos estudos ainda baseia-se no modelo americano de jurisprudência e ativismo judicial. Segundo o autor, esse modelo não é preciso e não capta o atual cenário da judicialização das grandes políticas. Para Hirschl, os trabalhos que procuram explicar (não apenas descrever) a judicialização da política, por uma questão de simplificação, podem ser agrupados em quatro abordagens:

1) Funcionalistas – atribuem a judicialização da política das décadas recentes à proliferação dos níveis de governo e a emergência correspondente à ampla variedade de agências administrativas regulatórias semiautônomas (Shapiro e Stone-Sweet, 2002). De acordo com essa abordagem, tribunais independentes munidos de revisão judicial são necessários devido à expansão da administração do estado. A expansão do poder desses órgãos administrativos ao elaborar políticas públicas, os coloca como passíveis de sofrerem demandas judiciais (Feeley e Rubin, 1998 *apud* Hirschl, 2008, p. 95). Alguns atribuem ao aspecto supranacional do Judiciário central, coordenando problemas complexos e regulando relações entre os estados membros;

2) Centrados no Direito – enfatizam a prevalência do discurso dos direitos ou a maior sensibilização para as questões de direitos. Isso acontece quando instituições judiciais são vistas por movimentos sociais, grupos de interesse e ativistas políticos como sendo mais respeitáveis, mais imparciais e efetivos órgãos decisórios, do que outras instituições vistas como extremamente burocráticas ou enviesadas (Tate e Vallinder, 1995).

3) Institucionalistas – algumas características institucionais (mantendo todas as demais constantes) são mais hospitaleiras à judicialização. No mínimo a judicialização da política requer o estado democrático de direito, algum nível de legitimidade do sistema legal, relativa independência, e um tribunal respeitado dotado de alguma revisão

judicial. Consequentemente a proliferação da democracia levou a uma separação dos poderes e em alguns casos, entre as esferas de governo (central/local). Isso também ocasionou o estabelecimento de regras procedimentais de governo e de processo decisório, no qual atores políticos precisam aderir. Nesse sentido, a persistência e estabilidade do sistema requer, no mínimo, uma corte supostamente apolítica e semiautônoma para servir como árbitro imparcial, em disputas relativas às regras fundamentais do jogo político. Uma ativa revisão judicial é tanto um pré-requisito, quanto um subproduto de uma democracia viável em sistemas federalistas.

Os modelos de revisão judicial adotados por democracias constitucionais variam em suas características procedimentais. A variação tem implicações na natureza da revisão judicial a exemplo de países como França (controle prévio, via Conselho Constitucional e posterior, via Tribunal), e Estados Unidos, com um controle *a posteriori* (mais restrito).

4) Centrados nos Tribunais – Juízes e tribunais são as forças principais por trás da expansão do poder judicial. Essa abordagem é compartilhada por constitucionalistas, que frequentemente tratam juízes não eleitos como um poder confiscado dos agentes eleitos, ilustrando a dificuldade contra-majoritária, ou a tensão entre princípios democráticos de governo e revisão judicial. Tanto esquerda, quanto direita acusam juízes de gananciosos pelo poder, e Cortes de imperialismo ao expropriar a constituição, sendo muito agressivos ou ultra envolvidos em decisões políticas e morais, desconsiderando assim o princípio da separação de poderes e governança democrática (Tushnet 1999, Bork 2002, Kemer 2004, Waldron 2006 *apud* Hirschl, 2008). Entretanto, para Hirschl, nenhuma dessas quatro abordagens trata seriamente Tribunais como instituições políticas.

Analisando o caso de Israel, Hirschl traz reflexões teóricas sobre as origens políticas do empoderamento judicial, através do processo constitucional. Para ele, a expansão do poder judicial se dá através da constitucionalização de direitos e fortalecimento da revisão judicial. Na maior parte dos países em que houve aderência à constitucionalização dos Direitos Humanos, o Judiciário se intrometeu progressivamente nas prerrogativas do Legislativo e do Executivo, limitando a flexibilidade dos *decision-makers*. “[...] o crescente fenômeno comum do empoderamento judicial através dessas reformas aparenta, à primeira vista, ir de encontro aos interesses dos poderes representativos. Como, então, se explica a

transferência voluntária de poder das arenas decisórias majoritárias para, as Altas Cortes nacionais através da constitucionalização?⁵⁰” (Hirschl, 2001, p. 315).

Uma análise da revolução constitucional israelense de 1992 pode oferecer uma explicação da aparentemente contra intuitiva, mas crescentemente popular transferência de autoridade de poder decisório da legislatura e do executivo para o Judiciário através da constitucionalização de direitos e fortalecimento da revisão judicial em um cenário de fragmentação política⁵¹ (Hirschl, 2001, p. 315).

Hirschl argumenta que o empoderamento judicial conscientemente deliberado, é uma forma de preservação hegemônica. A lógica contra intuitiva dessa tese é evidenciada pelos acontecimentos anteriores a 1992, quando a elite político-econômica hegemônica e os operadores jurídicos (Advogados, Magistrados, membros do Ministério Público, etc.), além de fatores sociológicos sistêmicos determinaram o momento, extensão e a natureza da revolução constitucional israelense. Essa mesma dinâmica ocorreu com o Brasil, como ficará mais claro a partir do capítulo 4.

2.3 O Ativismo Judicial e a “Supremocracia”

Segundo Andrei Koerner (2013, p. 69) o termo ativismo judicial tem caráter polêmico, ambíguo e tem causado dificuldades em sua utilização, para analisar e classificar decisões particulares e carga valorativa. O debate é o mesmo travado por Roosevelt III, sobre a atuação apropriada da Suprema Corte em relação às prescrições constitucionais. Segundo Koerner, o termo *ativismo judicial* foi utilizado pela primeira vez por Arthur Schlesinger em um artigo da revista *Fortune* em 1947. Koerner explora o termo através de três dimensões: institucional, prática jurídica e histórica. Ele afirma que “o que tem sido chamado de ativismo judicial no Brasil resulta de uma aliança entre a presidência da República e elites jurídicas a partir de 2002⁵², voltada a promover as políticas do novo governo e a configurar um novo regime governamental” (Koerner, 2013, p. 85). O argumento de Koerner é ilustrado no gráfico 5, onde fica nítido o alinhamento entre fragmentação política (nessa pesquisa tratada como fragmentação partidária) e empoderamento judicial.

⁵⁰ [...] the increasingly common phenomenon of judicial empowerment through these reforms seems, prima facie, to run counter to the interests of legislative and executive powerholders. How, then, do we explain the voluntary transfer of power from majoritarian policymaking arenas to national high courts through constitutionalization?

⁵¹ An analysis of the political origins of Israel's 1992 constitutional revolution can offer an explanation of the seemingly counterintuitive but increasingly popular transfer of policymaking authority from legislatures and executives to judiciaries through the constitutionalization of rights and the fortification of judicial review in internally fragmented polities

⁵² Ver gráfico 5 para melhor ilustração do argumento.

Os estudos de Pogrebinski (2011) mostram um processo de representação através da Justiça e de negação de uma judicialização, principalmente em função do impacto das decisões do STF dentro da revisão judicial abstrata. Entretanto, Oscar Vilhena Vieira (2008) já chamava a atenção para o protagonismo do Supremo Tribunal Federal, em decidir questões geralmente ligadas à arena legislativa, citando casos emblemáticos, que o autor chama de *atuações supremocráticas*: pesquisas com células-tronco, fidelidade partidária e crimes hediondos. Outrossim, podemos adicionar mais casos: cláusula de barreira, análise dos vetos do Executivo pelo Legislativo, nova partilha dos *royalties* do petróleo (ainda em julgamento), uniões civis homoafetivas, tempo de televisão para partidos recém-criados, financiamento de campanha, e outros mais que estão por vir e virão.

O constitucionalista e atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso é crítico da atuação do STF fora dos limites dados pela Constituição, situação que ele classifica como ativismo judicial, pois na sua visão

o ativismo é um modo expansivo de interpretar a Constituição para averbar situações que não foram contempladas pelo constituinte e o legislador. Eu qualificaria na rubrica geral de ativismo decisões do Supremo em matéria de fidelidade partidária (Barroso, 2013a)⁵³

Ainda segundo Barroso,

onde há regra expressa, vale a decisão do processo político majoritário. Ou seja, deve-se respeitar a deliberação do Congresso Nacional. Onde não há regra, o Judiciário pode avançar, ainda que com certo comedimento. ‘Mas onde haja o direito fundamental de uma minoria em jogo, o Judiciário deve ser mais diligente e atento’, e atuar com mais vigor (Barroso, 2013b)⁵⁴.

A força da revisão judicial brasileira pode ser fraca pelo viés quantitativo (ver a análise comparativa no capítulo 5), mas uma análise mais qualitativa, mostra que o STF tem se mostrado o construtor da cidadania no Brasil (Barbosa e Marona, 2014) pela via jurisprudencial, e interpretação expansiva com base em princípios gerais, para fazer valer a Constituição. Assim como Vieira defende, o STF tem se tornado protagonista em questões-chave, normalmente decididas pelo Legislativo, cuja metodologia quantitativa não é capaz de captar. O debate jurídico sobre os impactos do ativismo judicial brasileiro é infundável. Tassinari (2013) vai na mesma linha de Roosevelt III argumentando que mesmo com dificuldade, o ativismo judicial pode ser

⁵³ Luis Roberto Barroso em entrevista ao site Conjur em 25 de maio de 2013, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-mai-25/indicado-stf-barroso-critica-mudancas-frequentes-constituicao>

⁵⁴ Luis Roberto Barroso, durante sua sabatina perante a CCJ, em 5 de junho de 2013, com cobertura do site Conjur, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-05/ativismo-judicial-tom-sabatina-luis-roberto-barroso-ccj-senado>

sistematicamente compreendido como 1) decorrência do exercício do poder de revisar; 2) maior interferência do Judiciário em função da judicialização; 3) abertura à discricionariedade no ato decisório e 4) aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador.

Como já foi enfatizado aqui, o ativismo é a terceira etapa de uma cadeia de três: 1) empoderamento institucional com autorização dos incumbentes; 2) aumento das demandas judiciais em função desse empoderamento e 3) aumento ou surgimento de um ativismo judicial, em face do aumento do empoderamento e do aumento das demandas judiciais. E isso só ocorre porque o Supremo Tribunal Federal não estabeleceu claramente os limites de sua atuação. Ou seja, não há autorrestrição ou autocontenção.

2.4 Autorrestrição ou Autocontenção

Diferentemente da atuação da Suprema Corte americana, pautada pelas decisões de seus membros, o Supremo Tribunal Federal brasileiro não fez nenhum exercício de limitação de sua atuação judicial. Uma pesquisa elaborada por Tassinari (2013) mostrou que, ao colocar os termos *ativismo judicial*, *ativismo*, *ativista* e *autocontenção* nos sites dos tribunais do Rio Grande do Sul (TJRS), Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, concluiu que poucos foram os acórdãos que fizeram menção a esses termos e mesmo assim em discussões muito rasas. Segundo ela

[...] os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, a mais alta Corte do país, demonstram como a compreensão do ativismo ainda se mantém vinculada a uma boa atuação do judiciário, isto é, como consequência natural da intervenção do Judiciário para além de suas atribuições (Tassinari, 2013, p. 127).

Mesmo com a reforma do Judiciário, feita pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, o critério “limitador” da repercussão geral, não trouxe limitações ao STF no sentido de lhe restringir o poder, mas lhe permitiu otimizar as decisões no sentido de analisar poucos casos, cujos acórdãos serão utilizados para as demais situações. Além desse mecanismo otimizador, cujo objetivo era diminuir o fluxo de processos no Tribunal, a Emenda 45 agregou outro mecanismo de imposição às decisões do STF: a súmula vinculante. Como no Brasil o costume jurisprudencial (conjunto das decisões reiteradas sobre determinada matéria) é fonte secundária do Direito e não obriga os juízes a seguirem as decisões superiores, os posicionamentos do STF dentro do controle de constitucionalidade acabavam por não ter efeito vertical. A própria Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC, criada em 1993, justamente veio para

vincular as decisões do Supremo nos casos que seriam objeto desse novo mecanismo processual, fazendo suspender a discussão nas instâncias inferiores que aguardariam a decisão central e a cumpriram. Entretanto, é notório que o STF busca não maximizar sua atuação na revisão judicial (isso fica visível quando se compara a força da revisão judicial brasileira com as de outros países, como exposto no gráfico 19), justamente para não despertar ainda mais descontentamento⁵⁵ no Legislativo, com supostas usurpações de competência. Esse aparente comedimento ilustrado nos dados, acaba por não resistir aos casos que estiveram na agenda do STF, como *fidelidade partidária*, *verticalização das coligações partidárias* e *critérios de distribuição do Fundo de Participação dos Estados*, e aos que estão em fase de julgamento como *distribuição dos royalties do petróleo* e *financiamento de campanha*. Além desses casos que mexem diretamente com a dinâmica do Legislativo, outros aqui já citados levaram Oscar Vilhena Vieira (2008) a chamar a democracia brasileira de *Supremocracia*.

O próximo capítulo, metodológico, traz os dados e as técnicas utilizadas para mostrar empiricamente como a fragmentação partidária está associada ao empoderamento do judiciário, hipótese que norteou os achados dessa pesquisa.

⁵⁵ Alguns deputados ligados à Bancada Evangélica entraram com Propostas de Emenda à Constituição, visando diminuir os poderes do STF, a exemplo da PEC 33, onde as decisões do STF em sede de controle de constitucionalidade passariam a ter quórum de 4/5 (80%) e deveriam ser votadas pelo Congresso para ter efeito vinculante. Esse movimento de restrição à Suprema Corte veio no seio de decisões que contrariaram interesses religiosos como a autorização de pesquisas com células-tronco, autorização de aborto de feto anencefálico e união homoafetiva.

3 METODOLOGIA, DADOS E MÉTODOS

As reformas nas últimas décadas na América Latina, têm atraído pesquisas que buscam encontrar os seus determinantes institucionais. “O foco são as regras formais do jogo político que constituem a estrutura de incentivos com a qual os atores políticos relevantes se deparam com as escolhas que fazem” (Melo, 2002, p. 14). Segundo Melo, existe forte ambiguidade em torno do que se define como “instituições”, não à toa os estudos institucionalistas são ancorados em: 1) Escola Racional – regras e procedimentos formais; 2) Sociológico – rotinas, normas sociais, convenções e legados de política. “Ambos partem de pressupostos distintos sobre a racionalidade e o comportamento dos atores” (Melo, 2002, p. 15). Em recente conferência B. Dan Wood (2014) afirmou que as “Instituições devem ser criadas para tornar eficientes e efetivas as políticas e a *accountability*”⁵⁶. Além da divisão apresentada por Melo, Hall e Taylor (2003) acrescentam o institucionalismo histórico, que será explorado a seguir.

3.1 METODOLOGIA

Dentre as três vertentes neoinstitucionalistas, a que mais se ajustou ao desenho de pesquisa foi a do institucionalismo histórico. Quando se trata de instituições há três perguntas básicas: como os atores se comportam, o que fazem as instituições, por que as instituições se mantêm? Os pesquisadores apontam duas perspectivas para responder essas perguntas, a perspectiva “calculadora” e a perspectiva cultural. A primeira dá ênfase ao comportamento humano, como sendo um cálculo estratégico, em busca de maximização de resultados. A segunda mostra que o comportamento humano jamais é inteiramente estratégico, sendo limitado pela visão de mundo do indivíduo (Hall e Taylor, 2003). Os teóricos do institucionalismo histórico recorrem a ambas perspectivas quando tratam da relação entre instituições e ação, onde Ellen Immergut desponta como um dos principais nomes.

3.1.1 *Institucionalismo Histórico*

Segundo Peter Hall e Rosemary Taylor (2003), uma questão crucial para toda análise institucional é: Como as instituições afetam o comportamento dos indivíduos? É por intermédio das ações dos indivíduos, que as instituições exercem influência sobre as

⁵⁶ Institutions should be designed for efficient and effective policy and accountability.

situações políticas. De acordo com os autores, procedimentos, protocolos, normas, regras constitucionais, entre outros, são considerados instituições para o institucionalismo histórico que: 1) estabelece relações generalistas entre instituições e comportamento individual; 2) enfatizam as assimetrias de poder associadas ao funcionamento e desenvolvimento das instituições; 3) formam uma concepção do desenvolvimento institucional que privilegia as trajetórias, as situações críticas e as consequências imprevistas e 4) buscam combinar explicações da contribuição das instituições à determinação de situações políticas com uma avaliação da contribuição de outros tipos de fatores (Hall e Taylor, 2003, p. 3-5).

Os autores também fornecem duas formas de resposta à pergunta feita no início do parágrafo acima, a do cálculo estratégico e a da cultura. A primeira enfatiza que os indivíduos buscam maximizar seu rendimento, com referência a um conjunto de objetivos definidos por uma função de preferência dada e para tanto, adotam comportamento estratégico, ao examinar todas as escolhas possíveis e optar pela que maximiza os benefícios. Esse tipo de resposta geralmente responde a perguntas de como se comportam os atores. A segunda enfatiza a afetação de comportamentos, ao oferecer aos atores uma certeza sobre comportamentos futuros. Ela responde questões do tipo o que fazem as instituições? Elas fornecem informações que dizem respeito ao comportamento dos outros, aos mecanismos de aplicação de acordo, às penalidades em caso de defecção, etc. (Hall e Taylor, 2003, p. 3-5).

A segunda, culturalista, sublinha até que ponto o comportamento jamais é inteiramente estratégico, mas limitado pela visão de mundo do próprio indivíduo. Ou seja, os indivíduos buscam mais a satisfação do que a otimização a ponto de que, uma ação depende mais da interpretação de uma situação do que de um cálculo puramente utilitário.

Pela perspectiva do cálculo estratégico, as instituições se mantêm porque realizam algo da ordem do Equilíbrio de Nash (operando na lógica de que perde-se mais ao evitar, do que ao entrar nos modelos de comportamento). Hall e Taylor citam o trabalho de Victoria C. Hattam (1993), no qual afirma que o poder estabelecido pelo Poder Judiciário conduziu o movimento trabalhista norte-americano a abandonar estratégias que corriam o risco de serem derrubadas pela revisão judicial. (Hall e Taylor, 2003, p. 7). Hattam também mostra que a diferença entre contextos institucionais produzem resultados diferentes. É que os estudos institucionais têm incidência direta sobre relações de poder, segundo os autores.

Mas os teóricos do institucionalismo histórico prestaram atenção, sobretudo ao modo como as instituições repartem o poder de maneira desigual entre os grupos sociais. Assim, ao invés de basear seus cenários sobre a liberdade dos indivíduos de firmar contratos, eles preferem postular um mundo onde as instituições conferem a certos grupos ou interesses um acesso desproporcional ao processo de decisão (Hall e Taylor, 2003, p. 8).

Um estudo empírico sobre mudanças constitucionais e institucionais, não pode se dar de outra forma, senão utilizando o neoinstitucionalismo histórico e a discussão sobre *path dependence*. De acordo com Ellen Immergut (1998), os institucionalistas históricos contemporâneos são influenciados pelo viés interpretativo nas Ciências Sociais, objetivando remediar algumas deficiências na abordagem estruturalista. Como forma de correção, o individualismo metodológico é utilizado até por pesquisadores que analisam atores coletivos. Segundo a autora, a ação humana se integra melhor com fatores estruturais. Como reação a essa abordagem interpretativa, três temas passaram a ser centrais, conectados com Weber e podendo ser denominados historicistas, pois enfatizam que os limites da racionalidade e conhecimento humanos podem ser corrigidos apenas pelo exame da História (Immergut, 1998, p. 18).

No primeiro deles, a *racionalidade alternativa*, indivíduos e coletividades podem desenvolver interpretações de seus próprios interesses e objetivos podendo desviar daqueles preditos pela racionalidade “meios-e-fins”. Mais radicalmente, segundo Immergut, a perspectiva Weberiana reivindica que a racionalidade instrumental, por si só, é o produto de desenvolvimentos históricos particulares e que isso deve ser construído e apoiado por conjuntos específicos de instituições e crenças.

No segundo deles, os *institucionalistas históricos* enxergam a causalidade como sendo contextual. Eles tendem a ver configurações complexas de fatores, como sendo causalmente significantes. Essas configurações se tornam aparentes através da observação comparativa histórica e pode ser extremamente difícil, se não impossível, quebrar esses modelos e pensar numa perspectiva de variáveis independentes causais. Muitas vezes há muitas variáveis e possivelmente uma constelação delas é que torna o modelo significante. Construções mentais, econômicas e instituições sociais e políticas interagem com o desenvolvimento econômico, através de diferentes caminhos, sem necessariamente serem capazes de determinar quais desses elementos é mais causal em relação ao outro ou se a mesma combinação poderia produzir os mesmos resultados. Derivado da noção Weberiana de afinidades eletivas, esse tipo de análise é muito sensível ao contexto e determina severas limitações à generalização de modelos transversais. Todavia, mesmo cientes desses limites, institucionalistas históricos têm por

objetivo testar hipóteses e acabam por se afastar das tipologias estáticas de Weber sobre tipos ideais (Immergut, 1998, p. 19)

No terceiro, há ênfase nas *contingências da História*. O entendimento sobre um evento particular e desenvolvimentos é constrangido pelo largo papel desempenhado pela probabilidade. Caprichos do destino são responsáveis por combinações acidentais de fatores que podem, no entanto, ter efeitos duradouros. Ademais, atores autoconscientes, refletindo sobre seu passado e futuro, podem desviar a supostamente inelutável marcha do progresso para caminhos inesperados. Tais contingências vão além da lógica e só podem ser apreendidas através de análise histórica.

O institucionalismo histórico também busca mostrar que os contextos no decorrer do tempo produzem resultados distintos. Hall e Taylor afirmam que

Os adeptos do institucionalismo histórico também vinculam-se estreitamente a uma concepção particular do desenvolvimento histórico. Tornaram-se ardentes defensores de uma causalidade social dependente da trajetória percorrida, *path dependent*, ao rejeitarem o postulado tradicional de que as mesmas forças ativas produzem em todo lugar os mesmos resultados em favor de uma concepção segundo a qual essas forças são modificadas pelas propriedades de cada contexto local, propriedades essas herdadas do passado (Hall e Taylor, 2003, p. 200).

Após citar três temas centrais à análise institucional da História, Immergut (1998) cita três questões do institucionalismo histórico, que podem diminuir o rigor científico das análises. A primeira delas é o problema da falseabilidade. Praticamente qualquer construção de interesses ou modelos causais contextuais aparentarão serem explicados apenas através da História, até que alguém tenha uma explicação mais generalizada. A segunda questão diz respeito ao fato de os institucionalistas históricos lucrarem injustamente, sobre os modelos positivos que eles tanto criticam. A terceira, ao evitarem a sistematização, os institucionalistas históricos cortam por baixo o impacto cumulativo de seus trabalhos (Immergut, 1998, p. 30). Em relação à segunda e terceira questões, a presente pesquisa sistematiza dados e utiliza modelos estatísticos, de forma a fornecer maior robustez aos argumentos dados com base nos critérios do institucionalismo histórico. A falseabilidade da hipótese é tratada a seguir no subitem 3.1.2.

É importante ressaltar que *path-dependence* não é uma forma de análise que rastreia resultados voltando a causas temporariamente remotas, esse método é chamado de *process tracing*. Segundo Mahoney (2000), *path dependence* especificamente caracteriza sequências históricas nas quais eventos sucessivos são colocados em padrões institucionais ou eventos em cadeia cujas propriedades sejam determinísticas. A

identificação de *path dependence* envolve rastrear de volta no tempo, um dado resultado dentro de um conjunto de eventos históricos e mostrar como esses eventos são por si só, ocorrências sucessivas que não podem ser explicadas apenas com base nas condições históricas. Devido à presença ou ausência de contingência não poder ser estabelecida independentemente de teoria, as análises por *path-dependence* são sempre um processo carregado de teoria. Substantivamente, uma análise de sequências por *path-dependence*, oferece explicação para resultados específicos, frequentemente inapropriados ou excepcionais.

Dentro do quadro de análises *path-dependence*, os estudos consideram dois tipos dominantes de sequenciamento: 1) *self-enforcement*: caracterizada pela formação e reprodução em longo prazo de um dado padrão institucional, cujos economistas chamam de “retornos crescentes”, ou seja, um padrão institucional uma vez adotado produz benefícios crescentes e ao continuar sendo adotado, quanto mais tempo permanece gerando resultados, difícil será de ser mudado ou selecionar opções previamente disponíveis, mesmo que essas opções sejam mais eficientes. Entretanto, os economistas não explicaram ainda de que forma instituições geram resultados crescentes durante determinado tempo. Sociólogos históricos enriquecem o estudo de sequências de *self-enforcement* identificando mecanismos adicionais, que podem sustentar o processo reprodutivo, mecanismos funcionais, legítimos e poder. Entender o mecanismo específico que produz *self-enforcement* é crucialmente importante, pois mecanismos alternativos sugerem diferentes formas nas quais padrões marcados por *path-dependence* podem ser revertidos. 2) reativos: cadeia de eventos temporalmente ordenados e casualmente conectados. Nesse sentido, cada evento dentro da cadeia é em parte, uma reação a um evento temporalmente anterior. Com sequências reativas, o evento final da cadeia é tipicamente o resultado sob investigação. Para uma sequência reativa seguir uma trajetória específica de *path-dependence*, se opondo a representar simplesmente uma sequência de eventos casualmente conectados, o evento histórico que põe a cadeia em movimento precisa ter propriedades de incerteza/eventualidade. A própria cadeia de eventos, tem por si só de ser marcada por um processo próprio de sequencialidade. Sem essa propriedade, não é um evento *path-dependence* (Mahoney, 2000).

Ao definir análises *path-dependence*, Mahoney sugere que elas tenham três características definidoras: 1) Processos causais: que são altamente sensíveis a eventos anteriores dentro de uma sequência histórica. Para Paul Pierson (2000, p. 263) partes

iniciais de uma sequência importam muito mais do que partes recentes, onde um evento que ocorre muito tarde pode não ter efeito, embora ele possa ter grande consequência se a linha de tempo fosse diferente. Segundo Brian Arthur (1994) a ordem dos eventos, faz a diferença. Quando as coisas acontecem dentro de uma sequência, isso afeta *como* elas acontecem (Abbott, 1983, p. 129; Tilly, 1984, p. 14). 2) Numa sequência *path-dependence*, eventos históricos anteriores são ocorrências incertas/eventuais que não podem ser explicadas com base em condições iniciais. Como Jack Goldstone (1998, p. 834) pontua, *path-dependence* é propriedade de um sistema no qual o resultado em determinado tempo não é determinado por nenhuma definição das condições iniciais. Precisamente, um sistema que apresenta *path-dependence* é aquele cujo resultado está estocasticamente relacionado às condições iniciais. 3) Uma vez que eventos históricos incertos/eventuais acontecem, sequências de *path dependence* são marcadas por relativos padrões causais determinísticos, ou o que pode ser chamado de inércia. Uma vez que o processo é iniciado e começa a rastrear um resultado específico, esses processos tendem a permanecer em movimento e continuar a rastrear esse resultado. A natureza da inércia vai variar dependendo do tipo de sequência analisada. Com sequências de *self-enforcement*, a inércia envolve mecanismos que reproduzem um padrão institucional específico ao longo do tempo. Com sequências reativas, ao contrário, a inércia envolve mecanismos de reação e contrarreação que dão à cadeia de eventos uma lógica própria na qual um evento “naturalmente” leva a outro.

3.1.1.2 Sequências de *Self-enforcement*

Nessas sequências, os passos iniciais em uma direção específica induzem movimentos futuros na mesma direção de tal forma que ao longo do tempo seja difícil ou impossível reverter essa direção. Instituições não podem ser facilmente mudadas. Essa persistência faz das instituições um objeto útil para ser estudado do ponto de vista do *self-enforcement*. Segundo o modelo de explicação histórica de Stinchcombe (1968), há dois tipos de causa: 1) Circunstâncias particulares que causaram o início da instituição, e 2) Processos gerais nos quais os padrões sociais se autorreproduzem. Os processos responsáveis pela gênese de uma instituição, diferenciam-se dos processos responsáveis por sua reprodução (Mahoney, 2000).

3.1.1.3 *Gênese Institucional: Conjunturas críticas, análises contrafactuais e contingência*

Conjunturas críticas são caracterizadas pela adoção de um arranjo institucional específico, dentre duas ou mais alternativas. Tais conjunturas são críticas, porque uma vez que uma opção específica é selecionada, se torna progressivamente mais difícil retornar ao ponto inicial, onde múltiplas alternativas ainda estavam disponíveis. As conjunturas críticas são frequentemente avaliadas, através de análise contrafactual, na qual investigadores imaginam que uma opção alternativa foi selecionada e tentam reprimir conforme a história. Esse tipo de análise contrafactual é persuasiva, quando o investigador explora uma opção que foi prevista pela teoria para ser selecionada, mas de fato não foi, como antecedente contrafactual. Fazendo isso, o investigador evita o inexpressivo “e se” da análise contrafactual, por considerar um antecedente contrafactual que estava de fato disponível durante um período de conjuntura crítica, e de acordo com a teoria deveria ser adotado (Mahoney, 2000).

A contingência se refere à inabilidade da teoria em prever ou explicar, determinística ou probabilisticamente a ocorrência de um resultado específico. Dizer que um evento é contingente, não é o mesmo que dizer que ele é de fato aleatório sem causas antecedentes. No atual estágio da prática de pesquisa, analistas sociais considerarão um evento como incerto/eventual, quando sua explicação aparentar cair fora de uma teoria científica existente. Pesquisadores também podem tratar um resultado como contingente (incerto/eventual) se ele contradiz as previsões de uma teoria particular especificamente projetada para essa classe de resultado. Sem a suposição de uma contingência inicial, processos *path-dependent* não podem ser conectados à “imprevisibilidade”, nem “ineficiência”- propriedades que são o núcleo argumentativo dos que defendem que uma perspectiva *path-dependent* oferece a principal alternativa para o paradigma neoclássico em economia.

3.1.1.4 *Analisando a Reprodução Institucional*

Segundo Mahoney (2000) com *path dependence* há dois processos distintos: o primeiro cria a instituição propriamente dita, o outro é responsável pela reprodução institucional. Ou seja, instituições *path dependence* persistem independentemente da ausência das forças responsáveis pela sua produção original. Ao contrário do período da gênese institucional, que é incerto/eventual, contrapondo as expectativas teóricas, a reprodução institucional é explicada por mecanismos derivados de teorias

predominantes. De fato, esses mecanismos de reprodução podem ser tão casualmente eficazes que eles “prendem” um dado padrão institucional, tornando extremamente difícil de ser abolido.

Instituições que decisiva e rapidamente engatilham mecanismos de reprodução, são especialmente capazes de apreender oportunidades fornecidas por eventos incertos e assim pôr em movimento sequências de *self-enforcement* que são *path-dependent*. Mecanismos eficazes de reprodução permitem uma instituição tomar rapidamente vantagem de eventos contingentes, que trabalharão em seu favor, solidificando uma posição de dominância antes que opções institucionais alternativas possam reconquistar.

Por contraste, em instituições que engatilham mecanismos de reprodução de forma mais gradual, um evento contingente pode inicialmente favorecer tal instituição, mas ela não irá prevalecer no longo prazo sobre alternativas superiores, pois os mecanismos de reprodução não foram ativados, rápido o bastante, ou poderosamente suficiente para tirar vantagem mais cedo.

A combinação de eventualidades durante conjunturas críticas, com determinismo subsequente, através de mecanismos de reprodução leva, a um paradoxo central caracterizando os resultados de *self-enforcement* e sequências *path-dependent*. Especificamente esses resultados simultaneamente: 1) contradizem as previsões teóricas do investigador; e 2) são reproduzidos por processos associados com a própria teoria que eles contradizem.

Para que esse paradoxo faça sentido, primeiro deve-se reconhecer que argumentos *path-dependent* contradizem a teoria dominante, apenas com respeito a opções passadas que não são mais alternativas viáveis. Entretanto, muitos sociólogos que estudam *path-dependence* foram fortemente influenciados por historiadores econômicos, e eles comumente assumem que a característica mais intrigante de *path-dependence* é sua potencial ineficiência.

Os sociólogos não reconhecem explicitamente que o paradoxo fundamental de *self-enforcement*, sequências *path-dependent* identificadas acima, podem ter aplicação teórica fora da tradição utilitarista. Para entender completamente a importância de *path-dependence*, portanto, é necessário examinar a ampla gama de teorias empregadas na sociologia.

3.1.1.5 A Explicação Utilitária

Na História econômica, analistas empregam um quadro teórico utilitarista para explicar processos de *self-enforcement*. Nesse quadro, atores racionalmente escolhem reproduzir instituições, incluindo talvez instituições sub-ótimas, pois quaisquer potenciais benefícios de transformação são superados pelos custos.

Quadro 1 *Tipologia de explicações path-dependence para reprodução institucional*

	<i>Explicação Utilitária</i>	<i>Explicação Funcional</i>	<i>Explicação pelo Poder</i>	<i>Explicação pela Legitimação</i>
<i>Mecanismo de Reprodução</i>	Instituições são reproduzidas através da avaliação racional dos custos dos benefícios	Instituição é reproduzida porque ela serve a uma função dentro de um sistema global	Instituição é reproduzida porque é apoiada por um grupo de elite de atores	Instituição é reproduzida porque os atores acreditam que isso é moralmente justo ou apropriado
<i>Características potenciais da Instituição</i>	instituições podem ser menos eficientes do que as alternativas anteriormente disponíveis	instituições podem ser menos funcionais do que as alternativas disponíveis anteriormente	instituições podem dar poder a um grupo de elite que anteriormente era subordinado	instituições podem ser menos consistentes com os valores dos atores do que as alternativas disponíveis anteriormente
<i>Mecanismo de mudança</i>	crescentes pressões competitivas; processos de aprendizagem	choque exógeno que transforma as necessidades do sistema	enfraquecimento das elites e fortalecimento de grupos subalternos	alterações nos valores das crenças subjetivas dos atores

Fonte: Mahoney, 2000.

3.1.1.6 Explicação Funcional

Funcionalistas consideram que processos de auto reforço podem seguir uma versão forte como também uma versão fraca. Na versão fraca eles simplesmente explicam a reprodução de uma instituição em termos de suas consequências, e como tal é compatível com uma vasta gama de orientações teóricas.

Na versão forte, entretanto, a reprodução institucional é explicada especificamente por causa de suas consequências funcionais. A preocupação de Mahoney nesse caso é com a versão forte da explicação funcional, na qual as consequências de uma instituição em um sistema global também são entendidas como causas da reprodução dessas instituições.

3.1.1.7 Explicação pelo Poder

Na abordagem centrada no poder, uma instituição pode persistir mesmo quando a maior parte dos indivíduos ou grupos preferirem mudá-la, desde que uma elite que se beneficia do acordo existente tenha força suficiente para promover a sua reprodução. Em análises de *path-dependence* que empregam uma perspectiva de poder, a origem da instituição não é uma consequência previsível de arranjos pré-existentes de poder. Uma vez que a instituição se desenvolve, no entanto, é reforçada por meio de dinâmicas de poder previsíveis: a instituição inicialmente confere poder a um grupo às custas de outros grupos; o grupo de favorecidos usa seu poder adicional para expandir a instituição; a expansão da instituição aumenta o poder do grupo favorecido; e o grupo de favorecidos encoraja uma expansão institucional adicional. Devido ao fato de que os eventos anteriores são incertos, essa sequência de empoderamento pode ocorrer, mesmo que o grupo que se beneficia da instituição tenha sido inicialmente subordinado a um grupo alternativo, que favoreceu a adoção de uma instituição diferente. Assim, esta forma de análise *path-dependent* pode ser usada para mostrar como instituições alteram a estrutura de poder dentro da sociedade, ao fortalecer atores previamente subordinados às custas de grupos anteriormente dominantes.

3.1.2 Desenho de Pesquisa e a Falseabilidade da Hipótese

O problema da falseabilidade ou falsificabilidade também é explorado por Alan F. Chalmers por afirmar que “para fazer parte da ciência, uma hipótese deve ser falsificável” (1993, p. 66). E ela é falsificável “se existe uma proposição de observação ou um conjunto delas logicamente possíveis que são inconsistentes com ela, isto é, que se estabelecidas como verdadeiras, falsificariam a hipótese” (Chalmers, 1993, p. 66). É importante não confundir uma hipótese falseável com uma hipótese falsa. Uma proposição pode ser verdadeira e, ainda assim, falsificável. O exemplo é de Chalmers: “Quando um raio de luz é refletido de um espelho plano, o ângulo de incidência é igual ao ângulo de reflexão”. Essa afirmação pode ser verdadeira e ela é falsificável,

porque um raio de luz incidente sobre um espelho em ângulo oblíquo poderia concebivelmente ser refletido numa direção perpendicular ao espelho. Isso nunca ocorreria se a lei da reflexão por acaso for verdadeira, mas nenhuma contradição lógica estaria envolvida se fosse o caso (Chalmers, 1993, p. 66)

Buscando responder à pergunta *qual o impacto da fragmentação das forças políticas no empoderamento institucional do Poder Judiciário brasileiro*, foi formulada

a seguinte hipótese: Quanto maior a fragmentação partidária, maior o empoderamento institucional do Poder Judiciário brasileiro. Ou seja, a expectativa é a de que haja uma correlação positiva entre a variável dependente e a independente. Também é possível perceber que a hipótese é perfeitamente falseável, pois ela não exclui logicamente o efeito que outros eventos também possam exercer sobre o resultado.

3.2 DADOS

Há três bancos de dados nessa pesquisa. O primeiro trata da evolução do Judiciário brasileiro no tempo, cuja unidade de análise é a mudança constitucional que modificou o Poder Judiciário na Constituição. Não se trata de uma análise de emendas constitucionais, mas de mudanças constitucionais relativas ao Judiciário. Logo, trata-se dos eventos que criaram (constituições) ou alteraram (emendas constitucionais) o desenho institucional do Judiciário e do Supremo Tribunal Federal ao longo do tempo. Ao todo foram 29 modificações (sete constituições e 22 emendas). Nesse mesmo espaço de tempo encontram-se as variáveis que mensuram a fragmentação partidária. Como só há dados sobre a composição da Câmara dos Deputados a partir de 1945-6, as análises serão feitas com base em 21 eventos. Esse número é passível de críticas uma vez que Triola (2008, p. 253) estabelece 30 casos como número mínimo para se fazer inferência estatística sobre uma população. Entretanto não há unanimidade sobre isso.

O segundo banco trata das 36 democracias estudadas por Lijphart com a inclusão dos dados do Brasil. Ao final são analisados 35 países, pois Reino Unido e Nova Zelândia não possuem Constituição formal, não podendo fazer parte da análise da extensão do judiciário em perspectiva comparada. O terceiro banco trata dos dados de *policy* e tamanho do Judiciário.

3.2.1 *Mensurando o Judiciário no Tempo*

Para testar a hipótese de que a fragmentação partidária tem impacto positivo no empoderamento (normativo e institucional) do Poder Judiciário, foram operacionalizadas seis variáveis, sendo três dependentes e três independentes. A unidade de análise é a mudança constitucional, ou seja, as constituições de 1891 a 2014 e todas as emendas constitucionais (ou normas com *status* de emenda) que alteraram a seção relativa ao Poder Judiciário nas constituições.

3.2.1.1 Variáveis Dependentes

O debate sobre a extensão ideal que as constituições devem ter é antigo e remonta aos tempos de Madison, para quem o arranjo constitucional ideal deveria apenas delinear as responsabilidades do governo, contrariamente aos anti-federalistas para os quais a brevidade de uma Constituição poderia deixar direitos desprotegidos (Tsebelis e Nardi Jr., no prelo). O objetivo principal da pesquisa é o de mensurar estatisticamente o impacto da fragmentação partidária⁵⁷ entre 1946 e 2014, sobre o poder normativo e institucional do Poder Judiciário brasileiro no mesmo período. Com base em Elkins, Ginsburg e Melton (2009) foram criadas duas variáveis dependentes: O número de palavras na Constituição relativas ao Poder Judiciário (NPPJ) e o grau de detalhamento (D) do Judiciário, calculado a partir do número de palavras destinadas ao Judiciário dividido pelo número de tópicos dentro do capítulo.

3.2.1.1.1 Número de Palavras do Poder Judiciário (NPPJ) e Grau de Detalhamento (D)

Elkins *et al* (2009, pp. 103-7) ao analisarem a duração e a sobrevivência das constituições, utilizaram como variável dependente a extensão da Constituição através, do seu número de palavras dividido pelo número de tópicos. Os autores enfatizam a importância da especificidade textual para a duração da Constituição. Eles dividem a especificidade em duas dimensões: alcance e detalhamento. O alcance se refere ao espaço de cobertura ou o número de assuntos que escolhe regular. O detalhamento se refere à precisão e elaboração das provisões constitucionais em um dado tópico. Segundo eles

Conceitualmente, nós podemos pensar nessas duas dimensões como representações de um *trade-off*: Em tempo escasso, constitucionalistas podem lidar com poucos tópicos mas com grande detalhamento dos assuntos; ou grande número de tópicos e assuntos menos detalhados. Na prática, entretanto, constitucionalistas estão mais inclinados a trabalhar com muitos tópicos bem detalhados, ou nenhum dos dois (Elkins *et al*, 2009, p. 103)⁵⁸.

Os autores também chamam a atenção para o fato de que a relação de alcance e detalhe está ligada a barganhas existentes no processo de elaboração constitucional. Ou seja, reflete o investimento de grupos de interesse. Constituições mais detalhadas mostram evidências de que os negociadores estão mais empenhados em resolver

⁵⁷ Os dados para calcular a fragmentação política só estão disponíveis a partir do ano de 1946.

⁵⁸ Conceptually, we might think of these two dimensions as representing a trade-off: given scarce time, designers can deal with fewer issue areas in greater detail or a greater number of issues in less detail. In practice, however, designers are more likely to add both scope and detail, or neither.

conflitos de seus interesses, do que em trabalhar questões gerais. Eles também argumentam que constituições muito detalhadas estão mais propícias ao emendamento, à medida em que as condições mudam. Diferente dos benefícios de adaptação que um texto curto e vago pode proporcionar, pesquisadores podem argumentar que o excesso de detalhamento pode refletir falta de acordo durante as negociações (Elkins *et al*, 2009, p. 104). Os autores utilizam a analogia do famoso sofisma de Pascal que escreveu uma carta longa, porque não dispunha de tempo para escrever uma curta, assim pode-se pensar que longas constituições, simplesmente refletem falta de vontade em resolver conflitos e isso pode levar a pensar que constituições curtas podem custar mais a serem escritas do que as longas. Para testar essa suposição, os autores analisaram os dados de uma amostra aleatória de 148 constituições comparando a duração da elaboração constitucional e mostraram que constituições detalhadas acima da média, levam em média o dobro do tempo para serem redigidas em relação às que estão abaixo da média de detalhamento. Os autores medem a largura de uma constituição (seu alcance) pelo número de tópicos no documento como uma percentagem de noventa e dois possíveis tópicos, sabendo que isso pode gerar uma superestimativa de detalhes e que nem todos os tópicos de uma constituição poderão ser captados (Elkins *et al*, 2009, p. 105). Para essa pesquisa trabalhou-se com a extensão do poder normativo e institucional do Judiciário, a partir das constituições federais de 1891 a 1988 e seus respectivos emendamentos, ilustrados na tabela 3, na próxima página. Ao todo foram 29 modificações feitas no Poder Judiciário, seja pela via de uma nova constituição ou por emendamento a ela.

A extensão do poder judicial na Constituição através do número de palavras é uma variável *proxy* para medir o poder normativo. O grau de detalhamento e o número de tópicos, também incorporam a tentativa de mensurar a ampla extensão de poderes, que as constituições brasileiras e suas respectivas alterações deram ao Poder Judiciário, alcançando-o a uma posição *outlier* quando comparado às 34⁵⁹ democracias estudadas por Lijphart. Ou seja, um Judiciário com prerrogativas bastante extensas em uma Constituição é um ramo do poder com mais força normativa do que aqueles que têm pouca ou nenhuma menção na Constituição, uma vez que se o Judiciário não tem seus poderes assegurados por um texto mais protegido (somente alterável por maioria

⁵⁹ O estudo clássico analisa 36 democracias, entretanto como a análise se dá na extensão do Judiciário na Constituição, o Reino Unido e a Nova Zelândia ficam fora da comparação por não terem uma Constituição formalmente escrita.

qualificada, de pelo menos 60% do Parlamento), ele pode ter sua independência ameaçada por maiorias simples, ou seja, maiores minorias.

Tabela 3 *Unidades de Análise*

Tipo de Mudança (escolha) Constitucional	Ano	Governo Vigente
Constituição	1891	Deodoro da Fonseca
Emenda Constitucional nº 3	1926	Artur Bernardes
Constituição	1934	Getúlio Vargas
Constituição	1937	Getúlio Vargas
Lei Constitucional nº 9	1945	Getúlio Vargas
Lei Constitucional nº 10	1945	Getúlio Vargas
Lei Constitucional nº 11	1945	José Linhares
Lei Constitucional nº 18	1945	José Linhares
Constituição	1946	Eurico Gaspar Dutra
Ato Institucional nº 2	1965	Castelo Branco
Emenda Constitucional nº 16	1965	Castelo Branco
Constituição	1967	Castelo Branco
Ato Complementar nº 40	1968	Costa e Silva
Ato Institucional nº 6	1969	Costa e Silva
Constituição (EC nº 1)	1969	Tavares, Rademaker e Melo
Emenda Constitucional nº 7	1977	Ernesto Geisel
Emenda Constitucional nº 16	1980	João Figueiredo
Emenda Constitucional nº 25	1985	José Sarney
Constituição	1988	José Sarney
Emenda Constitucional nº 3	1993	Itamar Franco
Emenda Constitucional nº 19	1998	FHC I
Emenda Constitucional nº 20	1998	FHC I
Emenda Constitucional nº 22	1999	FHC II
Emenda Constitucional nº 23	1999	FHC II
Emenda Constitucional nº 30	2000	FHC II
Emenda Constitucional nº 37	2002	FHC II
Emenda Constitucional nº 45	2004	Lula I
Emenda Constitucional nº 61	2009	Lula II
Emenda Constitucional nº 73	2013	Dilma

Elaboração própria. Fonte: www.planalto.gov.br

3.2.1.1.1 *Indicador de Poder Institucional do STF (iSTF)*

Além do poder normativo, o Judiciário também tem poder institucional. Shugart e Carey (1992) criaram um índice de poderes institucionais do Presidente da República a partir de duas dimensões, onde uma é o poder de legislar e a outra diz respeito a poderes não legislativos, numa escala que vai de 0 (fraco) a 4 (forte) em cada dimensão. O estudo desses autores focou no poder institucional dos Presidentes da República em relação ao seu poder de legislar. Segundo eles “para avaliar os poderes presidenciais, é possível conceber um simples método intervalar de pontuação em cada um dos vários

aspectos que variam nos sistemas com presidentes eleitos.⁶⁰” (Shugart e Carey, 1992, p. 148). Ainda segundo esses autores

os scores em cada aspecto de cada dimensão podem ser somados para se chegar em um indicador global dos poderes do presidente na respectiva dimensão. Esse não é um método perfeito – por exemplo, ele pode ser justificável para pesar mais algumas dimensões do que outras – mas isso é preferível a um ranking puramente não quantitativo ou impressionista, ou não mensurar comparativamente de forma alguma os poderes presidenciais. (Shugart e Carey, 1992, p. 149).

Para efeito de cálculo dessa variável serão consideradas apenas as competências exclusivas do Supremo Tribunal Federal no Texto Constitucional. A Suprema Corte brasileira exerce poder através de quatro categorias principais: Originária, onde encontra-se o controle concentrado de constitucionalidade; Ordinária, exercida através de recurso ordinário e; Extraordinária, também exercida pela via recursal e onde se localiza o controle difuso de constitucionalidade. Essa é a divisão constitucional. Nesta pesquisa essas categorias foram ampliadas ao serem desmembrados os controles de constitucionalidade. Sendo assim, o STF passa a operar em cinco categorias: originário, ordinário, extraordinário, controle constitucional difuso e controle constitucional concentrado. Para mensurar o poder institucional do STF utilizou-se um modelo de contagem. Nele o texto fora dividido em outras três categorias: Verbo, Ator Ativo e Ator Passivo. O verbo é a autorização para agir, como por exemplo processar, julgar, decidir, apreciar, etc. O Ator Ativo é aquele capaz de provocar o STF uma vez que o Judiciário brasileiro é inerte, não podendo dar início à marcha processual. Ele pode ser o Procurador Geral da República ou a Ordem dos Advogados do Brasil. Também pode assumir características coletivas a exemplo da capacidade processual de qualquer pessoa iniciar o controle difuso de constitucionalidade. Nesse caso, como não é determinável, essas pessoas tomam corpo de uma pessoa só. Por fim o Ator Passivo é aquele que está submetido à competência do STF como por exemplo o Presidente da República nas infrações penais comuns, os Ministros do STJ nos crimes de responsabilidade. Nesse caso, o Presidente da República é considerado um ator e os membros do STJ também um ator para efeito de cálculo. Um exemplo de como o cálculo foi feito é este: Enquanto que a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) só pode ser impetrada em favor de Lei federal, e que entre 1999 e 2004 apenas quatro atores tinham capacidade postulatória, o score atribuído foi 4 entre 1999 e 2004 e após esse ano com o

⁶⁰ To assess presidential powers, it is possible to devise a simple interval scoring method on each of several aspects in which systems with elected presidencies vary.

advento da Emenda Constitucional nº 45, o score passou a ser 9, pois a emenda autorizou aqueles capazes de impetrar a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI), a impetrar a ADC. No caso das ADIs, como elas podem ser impetradas tanto para leis federais, quanto para leis estaduais, o cálculo é distinto, ou seja, para ADIs destinadas a leis federais conta-se 9 e para ADIs contra leis estaduais conta-se também 9, totalizando dezoito. É importante haver essa diferenciação, pois antes da Constituição de 1988 apenas o Procurador Geral da República poderia contestar diretamente a constitucionalidade das leis, ou seja, score 1.

O controle de constitucionalidade é importante, pois faz com que o STF exerça o *poder de veto*, ou seja, dar a última palavra sobre questões políticas, através do controle concentrado de constitucionalidade (ADO/ADI/ADC/ADPF/MI) e a Repercussão Geral do controle difuso. O controle concentrado de constitucionalidade se dá através de várias modalidades processuais, cujos escopos diferem entre si. A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) pode ser impetrada contra ato normativo tanto estadual quanto federal, diferente da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) que só pode ser impetrada contra ato normativo federal. Já a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) não necessita de ato normativo, basta que seja caracterizada a omissão do legislador. Com uma Constituição tão extensa, detalhada e programática, sem contar as inúmeras diretrizes sobre políticas públicas, a ADO acaba por ter o alcance mais abrangente do Judiciário sobre o Legislativo. Similar, porém não tão abrangente à ADO, o Mandado de Injunção (MI) é utilizado contra omissão de órgão com poder normativo que impeça o exercício de direito constitucionalmente assegurado. Diferente das modalidades anteriores, a Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) abrange o período pré-constitucional (anterior à Constituição de 1988), normas revogadas e direito municipal. O controle difuso de constitucionalidade exercido pelo STF se dá através da apreciação dos recursos das instâncias inferiores que argumentam haver inconstitucionalidade concreta entre as partes que litigam na Justiça. Sobre isso, a repercussão geral foi criada para reduzir o número de recursos que chega à Corte atuando como um elemento de uniformização onde o STF analisa aqueles recursos cuja repercussão é ampla e pode gerar uma única decisão para vários casos. Por fim, embora não seja caracterizado como controle de constitucionalidade, mas que permite ao STF exercer poder de veto há o Mandado de Segurança contra ato normativo do Presidente da República, Mesas da Câmara e do Senado, Tribunal de Contas da União, Procurador-Geral da República e

ministros do próprio STF. Além do poder de veto, há o *poder ordinário* que significa julgar atos de autoridades (Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal) que contrariem a Constituição através de Mandado de Segurança e do Mandado de Injunção quando norma regulamentadora for de atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal; Julgar por crimes comuns o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República, e crimes comuns e de responsabilidade os Ministros de Estado, os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; Rever decisões de tribunais superiores sobre HC/MS/HD; Resolver conflitos de competência entre tribunais, Estados e entre estes e Estado Estrangeiro.

O modelo de contagem segue o raciocínio de Shugart e Carey (1992) no sentido de que, não é perfeito, mas é suficiente para estabelecer uma comparação entre as mudanças constitucionais. A tabela abaixo ilustra a contagem das cinco categorias e à direita, a sua totalização. O score totalizado é o valor atribuído à variável dependente *i*STF para cada evento. Um ponto que deve ser levado em consideração diz respeito aos scores zero para as competências extraordinárias a partir da Constituição de 1967.

Tabela 4 *Modelo de Contagem do Poder Institucional do STF (iSTF)*

Mudança Constitucional	COMPETÊNCIAS					Total
	Originária	Ordinária (recursal)	Extraordinária (recursal)	Controle Difuso	Controle Concentrado	
1891	10	1	3	1	0	15
EC 3 1926	10	0	2	0	0	12
1934	34	3	4	1	0	42
1937	32	2	4	1	0	39
LC 9 1945	32	2	4	1	0	39
LC 10 1945	32	2	4	1	0	39
LC 11 1945	32	2	4	1	0	39
LC 18 1945	32	2	4	1	0	39
1946	34	7	3	2	0	46
AI 2 1965	34	7	3	2	0	46
EC 16 1965	41	6	4	2	2	55
1967	43	8	0	3	2	56

AC 40 1968	45	8	0	3	2	58
AI 6 1969	45	5	0	3	2	55
1969	38	7	0	5	2	52
EC 7 1977	46	7	0	5	2	60
EC 16 1980	46	7	0	5	2	60
EC 25 1985	46	7	0	5	2	60
1988	55	4	0	3	29	91
EC 3 1993	58	4	0	3	45	110
EC 19 1998	58	4	0	3	45	110
EC 20 1998	58	4	0	3	45	110
EC 22 1999	58	4	0	3	45	110
EC 23 1999	64	4	0	3	45	116
EC 30 2000	64	4	0	3	58	129
EC 37 2002	64	4	0	3	58	129
EC 45 2004	64	4	0	6	63	137
EC 61 2009	64	4	0	6	63	137
EC 73 2013	64	4	0	6	63	137
Média	44,931	4,379	1,344	2,896	19,827	73,379
Total	1303	127	39	84	575	2128

Isso não significa que a partir da Constituição de 1967, o STF não tenha competência extraordinária, mas tão somente que a partir desse período essa competência passou a ser o controle difuso de constitucionalidade, categoria didaticamente criada para facilitar a análise.

Ou seja, para cada ação (processar, julgar) é atribuído o valor 1, multiplicado pelo número de atores que podem processar (PGR, OAB, etc.) e pelo número de grupos de atores que podem ser julgados (ex: Ministros do TCU recebem valor 1). A fórmula abaixo resume o cálculo:

Figura 1 *Fórmula do Modelo de Contagem*

$$i_{STF} = p(AA) + j(gAP)$$

Onde p significa capacidade processual ativa, ou seja, capacidade de agir mediante provocação de um ator com legitimidade processual ativa (AA). O termo j significa a prerrogativa de julgar atores que possam figurar no polo passivo, seja em grupo ou individualmente (gAP). Por fim, a tabela a seguir resume quantitativamente as variáveis dependentes.

Tabela 5 *Variáveis Dependentes*

	N	Mínimo	Máximo	Média	Desvio Padrão
iSTF	29	12	137	73,38	39,46
NPPJ	29	802	7754	4043,93	1901,378
D	29	445	1108	665,64	185,395
N válido	29				

3.2.1.2 Variáveis Independentes

Foram escolhidas três variáveis independentes, todas com o intuito de mensurar a fragmentação partidária. A primeira delas, clássica é o NEP – Número efetivo de partidos da Câmara dos Deputados. A segunda é o índice de fracionalização de Douglas Rae (1971) simbolizada pela letra “F”. A terceira foi idealizada por Negretto (2013) e mensura o Número Mínimo de Partidos necessários para implementar uma mudança constitucional, ou seja, o número mínimo de partidos para aprovação de emenda constitucional.

3.2.1.2.1 Número Efetivo de Partidos (NEP)

O número efetivo de partidos busca mensurar o nível de fragmentação partidária no Congresso Nacional a partir da Primeira República, entretanto, a ausência de partidos políticos nacionais torna difícil a mensuração da fragmentação, uma vez que não pode ser feita pelo tamanho dos partidos, mas pelo tamanho das bancadas dos Estados no Parlamento. Para a pesquisa o NEP foi calculado na legislatura em que cada mudança constitucional ocorreu. Os dados foram coletados a partir da composição das bancadas de cada partido na Câmara dos Deputados, disponíveis no site da Casa, e aplicando a fórmula do NEP, ilustrada pela figura abaixo, onde *pp* significa a proporção da bancada de cada partido na Câmara dos Deputados.

Figura 2 *Fórmula do NEP*

$$NEP = \frac{1}{\sum(pp)^2}$$

3.2.1.2.2 Índice de Fracionalização de Rae (F)

O cálculo do índice de Rae (1971) é feito pela fórmula descrita na figura 3, onde *pp* tem o mesmo significado que na fórmula da figura 1. Ou seja, a fracionalização é o

número um subtraído do somatório dos quadrados das percentagens de cadeiras de todos os partidos parlamentares.

Figura 3 *Fórmula da Fracionalização de Rae*

$$F = 1 - \sum (pp)^2$$

3.2.1.2.3 Número Mínimo de Partidos na Coalizão para Mudar a Constituição (NMP)

Analisando o processo de construção constitucional, Negretto (2013) argumenta que o número de partidos capaz de influenciar a seleção de instituições é variável ideal, para testar o impacto de interesses e poderes partidários na escolha constitucional. Ela reflete o apoio eleitoral e o poder institucional dos partidos no momento da escolha. Uma das medidas, cita o autor, é o número efetivo de partidos, já descrito acima. Essa é uma mensuração convencional para fragmentação partidária em Casas Legislativas. Entretanto, o NEP pode ser um indicador impreciso para captar a distribuição de forças partidárias no momento das escolhas constitucionais. Negretto cita o exemplo de que para um NEP de 1,92, geralmente se assume a existência de dois partidos majoritários. Mas o mesmo score de 1,92 pode significar um partido com 70% das cadeiras e três partidos menores com 10% cada. Por outro lado, um NEP de 2,93 pode indicar a existência significativa de quase três partidos. Entretanto, essa pode ser uma situação na qual há dois grandes partidos com 41 e 39% das cadeiras seguidos por dois partidos com 10% cada (Negretto, 2013, pp. 84-5).

O que Negretto propõe como alternativa ao NEP é uma regra de contagem qualitativa que leve em conta a partilha atual de cadeiras dos principais partidos. Entretanto, essa regra pode ser insuficiente em captar o exato número de partidos com influência para mudar (emendar) a constituição. Partindo do pressuposto de que mudanças constitucionais acontecem sob diferentes regras decisórias (como por exemplo, o quórum de maioria simples ou de maioria qualificada para emendamentos), o número de partidos que são necessários para aprovar emendas constitucionais pode variar a depender dessas regras (Negretto, 2013, p. 85)

Nesse sentido, o autor propõe um indicador alternativo (aqui chamado de NMP – Número Mínimo de Partidos para mudar a Constituição) como sendo o tamanho da “coalizão da reforma”: uma variável discreta indicando o número mínimo de partidos

necessários para formar uma coalizão capaz de aprovar mudanças constitucionais de acordo com as regras vigentes de emendamento. O exemplo é mais esclarecedor:

Se um partido controla 75% das cadeiras, o número mínimo de partidos para aprovar mudanças constitucionais será um, seja maioria absoluta ou qualificada. Entretanto, se a Casa Legislativa é composta por cinco partidos compartilhando 49, 16, 13, 12 e 10% das cadeiras, o número mínimo de partidos requerido para aprovar mudanças na Constituição será dois ou três, a depender da regra de emendamento (Negretto, 2013, p. 85)⁶¹.

Com base nos dados de Figueiredo (2012, pp. 167-9) e Pasquarelli (2011) a variável independente NMP foi calculada como ilustra a tabela abaixo. Na coluna *evento* há todos os eventos disponíveis no banco, ou seja, todas as mudanças constitucionais de 1891 a 2014. Entretanto, como não há dados disponíveis para o período pré-1946, o NMP só é calculado a partir do governo Dutra.

Na terceira coluna há o conjunto de partidos que deu sustentação ao governo na Câmara dos Deputados. As colunas seguintes indicam o percentual de cadeiras de que dispunha o partido do Presidente da República e o percentual de que dispunha a coalizão. Calculando-se o tamanho das bancadas dos partidos da coalizão e a regra de emendamento, obteve-se o NMP exposto na última coluna à direita.

Tabela 6 *Coalizões e Número Mínimo de Partidos para realizar Mudança Constitucional*

Evento	Governo	Coalizão	Partido do Presidente (%)	Coalizão (%)	% Para Emendamento	NMP
Const. 1946	Dutra (1946)	PSD-PTB	52,8	60,5	50+1	1
AI 2	Castelo Branco (1965)	ARENA	67	67	50+1	1
EC 16	Castelo Branco (1965)	ARENA	67	67	50+1	1
Const. 1967	Castelo Branco (1967)	ARENA	67	67	50+1	1
AC 40	Costa e Silva (1968)	ARENA	67	67	50+1	1
AI 6	Costa e Silva (1969)	ARENA	67	67	50+1	1
EC 1	Tavares, Rademaker e	---	67	67	66,6	1

⁶¹ If one party controls 75 percent of the seats, the minimum number of parties to pass constitutional changes will be one, whether under absolute or qualified majority. If, however, the constituent body is composed of five parties sharing, say, 49, 16, 13, 12 and 10 percent of the seats, the minimum number of parties required to pass constitutional changes is either two or three depending on whether the decision rule is absolute or two-thirds.

	Melo (1969)					
EC 7	Ernesto Geisel (1977)	ARENA	55,7	55,7	66,6	2
EC 16	João Figueiredo (1980)	PDS	54,04	54,04	66,5	2
EC 25	José Sarney (1985)	PMDB	41,75	41,75	66,6	2
Const. 1988	José Sarney (1988)	PMDB-PFL	41,4	63,3	60	2
EC 3	Itamar Franco (1993)	PFL-PTB-PMDB-PSDB-PSB	-	60	60	5
EC 19	FHC (1998)	PSDB-PFL-PMDB-PTB-PP	16,6	77,19	60	4
EC 20	FHC (1998)	PSDB-PFL-PMDB-PTB-PP	16,6	77,19	60	4
EC 22	FHC (1998)	PSDB-PFL-PMDB-PTB-PP	16,6	77,19	60	4
EC 23	FHC (1999)	PSDB-PFL-PMDB-PPB	18,3	73,88	60	4
EC 30	FHC (2000)	PSDB-PFL-PMDB-PPB	18,3	73,88	60	4
EC 37	FHC (2002)	PSDB-PMDB-PPB	18,2	45,22	60	4
EC 45	Lula (2004)	PT-PL-PCdoB-PSB-PTB-PPS-PV-PMDB	17,7	62,38	60	8
EC 61	Lula 2009	PCdoB-PDT-PMDB-PP-PR-PRB-PSB-PT-PTB	15	62,33	60	9
EC 73	Dilma (2013)	PT-PR-PCdoB-PSB-PMDB-PDT-PP-PRB	16,6	62,3	60	8

Fonte para a terceira, quarta e quinta colunas: Figueiredo (2012) e Pasquarelli (2011)

Fonte para a sexta coluna: Constituições do Brasil, disponível em www.planalto.gov.br

Elaboração própria para a sétima coluna com base em Negretto (2013)

Os dados acima foram extraídos de Figueiredo (2012, pp. 167-9). O período corresponde ao momento da escolha constitucional, seja Constituição ou alterações a ela. Durante o período ditatorial houve o bipartidarismo por força do Ato Institucional nº 2 de 1965. Dados da Câmara dos Deputados para o período correspondido entre 1963 e 1967 mostram que o partido do presidente (ARENA) tinha apenas 32,5% dos votos, não chegando à maioria absoluta necessária para promover mudança constitucional. Entretanto, os dados da Câmara registram o momento da posse (em 1963).

Como em 1965 houve a imposição do bipartidarismo, foram utilizados os dados da 43ª legislatura (1967-1971), onde os militares dispunham de 67%. Para o evento EC 16, em 1980, utilizou-se o percentual referente à ARENA, agremiação política sucedida pelo PDS. Os dados para a coalizão em 2009 foram extraídos do texto de Pasquarelli (2011), mas a contabilidade do percentual da coalizão foi de elaboração própria a partir dos dados da Câmara dos Deputados. É importante dizer que todas as variáveis são mensuradas por ano de promulgação de cada Constituição e Emenda Constitucional para captar a fragmentação partidária no momento de sua elaboração e promulgação.

Tabela 7 *Variáveis Independentes*

	N	Mínimo	Máximo	Média	Desvio Padrão
NMP	21	1	9	3,29	2,513
NEP	25	1,79	11,77	4,9984	2,93509
F	25	0,494	0,915	0,77224	0,136521
N válido	21				

3.2.2 *Mensurando o Judiciário no Espaço*

Essa parte da análise refere-se a uma comparação entre o Brasil e outros países divididos em dois bancos de dados. O primeiro utiliza os dados de Arantes e Couto (2010) sobre o percentual de *polity* e *policy* nas constituições de dez países e o segundo utiliza os dados de Lijphart (2012) na pesquisa sobre 36 democracias. Os dados de Arantes e Couto são simples, já que eles dividem as constituições em duas partes: *policy* e *polity*. Cada variável tem o percentual equivalente para cada país, totalizando 100% de acordo com a tabela a seguir.

Tabela 8 *Variáveis no Espaço para 10 casos de Policy e Polity*

Nome	Mensuração	Período	Direção Esperada na VD	Fonte
Extensão Judicial (VD)	Número de palavras	Última versão da Constituição		www.constituteprojectc.org
<i>Policy</i>	Em % do texto constitucional	1988	+	Arantes e Couto (2010)
<i>Polity</i>	Em % do texto constitucional	1988	-	Arantes e Couto (2010)

A variável extensão do judiciário foi adicionada a esses dados por mim, após coleta no site [constituteproject.org](http://www.constituteproject.org). Em relação a Lijphart, as variáveis utilizadas estão descritas na tabela abaixo. A elas foram adicionadas a extensão do poder Judiciário de cada país com base na contagem de palavras (sem o detalhamento de Elkins) das constituições em inglês através do www.constituteproject.org.

Tabela 9 *Variáveis no Espaço (34 democracias mais o Brasil)*

Nome	Mensuração	Período	Direção Esperada na VD	Fonte
Extensão Judicial (VD)	Número de palavras	Última versão da Constituição		www.constituteprojectc.org
Revisão Judicial	Escala de 1 a 4		+	Lijphart (2012) e Pogrebisnchi (2011)
Bicameralismo	Escala de 1 a 4		+	Lijphart (2012)
Forma de Governo	Escala de 1 a 3		-	Lijphart (2012)
Forma de Estado	Escala de 1 a 5		+	Lijphart (2012) e Régis (2002)
Rigidez Constitucional	Escala de 1 a 4		+	Lijphart (2012)
NEP	Contagem		+	Lijphart (2012)

A extensão judicial foi mensurada pelo número de palavras em cada uma das constituições (em inglês) das 34 democracias mais o Brasil. A revisão judicial é uma escala onde 1 significa a ausência de revisão e 4 representa uma forte revisão. A expectativa é a de que países com revisões judiciais mais fortes tenham um Poder Judiciário mais extenso constitucionalmente. Em Lijphart não há dados sobre o Brasil

de modo que foram utilizados dados de Pogrebinschi (2011) para calcular o indicador do Brasil.

A variável bicameralismo significa o impacto de duas casas com os mesmos poderes. A escala indica 1 como um bicameralismo fraco (assimétrico) e 4 como forte bicameralismo. A expectativa é a de que quanto maior a simetria do bicameralismo, e por consequência mais conflito, maior será a extensão do Poder Judiciário.

Em relação à forma de governo, o número 1 indica presidencialismo, o 2 semipresidencialismo e o 3 parlamentarismo. A expectativa é que regimes presidencialistas têm um impacto maior sobre a extensão do poder judicial uma vez que modelos parlamentaristas têm fraca revisão judicial.

Em relação à forma de Estado, a categoria 1 significa Estado unitário e centralizado; a 2 representa unitário e descentralizado; a 3 localiza os estados semifederais; a 4 estão os Estados federais e centralizados e a 5 os federais descentralizados. Para essa variável também não havia dados em Lijphart para o Brasil, por isso foi utilizada a medida utilizada por Régis (2002) que classificou o Brasil como federalista e centralizado, categoria 4 portanto. A variável rigidez constitucional é calculada através da dificuldade de se emendar a Constituição. Lijphart estabeleceu uma escala com quatro categorias: na categoria 1 encontram-se os países que podem alterar seu texto constitucional com maioria ordinária; na categoria 2 encontram-se os países cujo quórum de mudança constitucional está acima de maiorias ordinárias, mas abaixo de dois terços do Parlamento; na categoria 3 encontram-se os países que necessitam de dois terços do Legislativo para emendar a Constituição e na categoria 4 os países que precisam de maiorias acima de dois terços. Como o Brasil precisa de três quintos (60%) ele foi classificado na categoria 2. Já o NEP foi com base em Lijphart e os dados do Brasil foram extraídos do banco anterior.

O segundo banco de dados referente à localização do Brasil no espaço, utiliza os dados da pesquisa de Arantes e Couto (2010) sobre a quantidade (em %) de dispositivos constitucionais destinados a políticas públicas (*policy*) e destinados a instituições políticas (*polity*). O conjunto de países é diferente daquele utilizado por Lijphart mas o número de casos é bem menor, são apenas dez. A expectativa é a de que à medida em que o percentual de dispositivos constitucionais destinados a *policy* aumentem, também aumente a extensão judicial. Em relação a *polity* o efeito é inverso, quanto maior o percentual de dispositivos constitucionais destinados a instituições políticas menor será a extensão judicial.

A hipótese era a de que outros fatores causassem impacto no empoderamento judicial. Em relação à análise de *policies* e *polities*, a quantidade de casos impede a análise. Já na análise comparada do Brasil com as democracias estudadas por Lijphart, a hipótese de que a fragmentação partidária causa aumento no empoderamento judicial foi rejeitada, uma vez que houve uma correlação negativa (ver o capítulo 5).

3.3 MÉTODOS

Ao término da coleta dos dados para o banco do Judiciário no tempo, havia seis variáveis divididas em dois grupos: Dependentes (NPPJ, D e iSTF) e Independentes (NMP, NEP e F). Como essas variáveis mensuravam a mesma coisa, o ideal foi usar a análise fatorial com análise de componentes principais para se estabelecer duas variáveis indicadoras (média igual a zero e desvio padrão igual a um).

3.3.1 Análise Fatorial

Após o cálculo das variáveis dependentes e independentes anteriormente expostas, é possível verificar que as variáveis dependentes mensuram situações parecidas, ou seja, mensuram o poder do Judiciário, seja pelas prerrogativas do STF, pelo número de palavras que o capítulo constitucional do judiciário dispõe, ou seja, pelo grau de detalhamento do capítulo. Ao se fazer uma correlação entre essas variáveis, é possível verificar o alto grau de correlação que elas têm entre si, como evidenciado a seguir. É possível verificar uma correlação positiva e altíssima entre NPPJ e iSTF ($r = 0,914$). O iSTF também se correlaciona positivamente forte com D e NPPJ, com $r = 0,665$ e $0,549$ respectivamente.

Tabela 10 *Correlação entre Variáveis Dependentes*

		NPPJ	D	iSTF
NPPJ	Correlação de Pearson	1	0,549**	0,914**
	Sig. (bicaudal)		0,002	0,000
	N		29	29
D	Correlação de Pearson		1	0,665**
	Sig. (bicaudal)			0,000
	N			29
iSTF	Correlação de Pearson			1
	Sig. (bicaudal)			
	N			

** A correlação é significativa a 99%.

Devido a essa associação entre as variáveis, o ideal a se fazer é uma análise fatorial. Segundo Hair, Anderson, Tatham e Black (2005, p. 89) “a análise fatorial pode ser usada para examinar padrões ou relações latentes em um grande número de variáveis e determinar se a informação pode ser condensada ou resumida em um conjunto menor de fatores ou componentes.” Esse tipo de análise é uma técnica multivariada de métodos estatísticos, cujo propósito é definir a estrutura subjacente em uma matriz de dados. (Hair *et al.*, 2005. P. 91). As variáveis independentes também seguem o mesmo padrão de correlação como mostrado abaixo.

Tabela 11 *Correlação entre variáveis independentes*

		NMP	NEP	F
NMP	Correlação de Pearson	1	0,871**	0,395
	Sig. (bicaudal)		0,000	0,000
	N		21	21
NEP	Correlação de Pearson		1	0,669**
	Sig. (bicaudal)			0,000
	N			25
F	Correlação de Pearson			1
	Sig. (bicaudal)			
	N			

** A Correlação é significativa a 99%

Figueiredo Filho e Silva Júnior (2010) estabelecem didaticamente três estágios de planejamento de uma análise fatorial. No primeiro deles há quatro pressupostos a serem satisfeitos: 1) Número mínimo de casos entre 50 e 100 e a razão de 5 casos para cada variável. Embora não haja 100 casos que, segundo Hair (2005) seria o ideal para um resultado mais robusto, a razão entre o número de casos e a quantidade de variáveis deve ser maior do que cinco para um. Sendo assim, com 29 eventos e três variáveis esse pressuposto foi satisfeito. 2) Os coeficientes de correlação entre as variáveis devem ficar acima de 0,30. Por ambas as tabelas de correlação, fica claro que esse pressuposto também foi satisfeito. 3) O teste de Kaiser-Meyer-Olkin (KMO), que varia entre 0 e 1 (quanto mais próximo de 1 melhor). Para Hair *et al.* (2005) um KMO de 0,50 é considerável aceitável. 4) O *Bartlett's Test of Sphericity* (BTS) deve ter um *p* valor <0,05. A tabela 12, a seguir, apresenta os coeficientes desses dois testes tanto em relação às variáveis dependentes, quanto em relação às variáveis independentes.

Tabela 12 *Teste de KMO e BTS*

	Variáveis Dependentes	Variáveis Independentes
Kaiser-Meyer-Olkin	0,602	0,509
Bartlett	0,000	0,000

Superado esse primeiro estágio de satisfação dos pressupostos, o segundo é centrado na técnica de extração dos fatores: componentes principais, fatores principais, fatoração por imagem, fatoração por verossimilhança máxima, fatoração alfa, mínimos quadrados não ponderados e mínimos quadrados (Figueiredo Filho e Silva Júnior, 2010, p. 167). Os autores mostram que tanto a análise de componentes principais (ACP) quanto a análise fatorial (AF) “procuram produzir combinações lineares de variáveis que capturem o máximo possível da variância das variáveis observadas” (Figueiredo Filho e Silva Júnior, 2010, p. 167). Sobre a melhor técnica os autores mostram que

Para Garson (2009), “a análise de componentes principais é em geral preferida para fins de redução de dados (traduzindo o espaço das variáveis num espaço ótimo de fatores), enquanto a análise fatorial é em geral preferida quando o objetivo da pesquisa é detectar a estrutura dos dados ou a modelagem causal”. De acordo com Hair et al (2006), na maioria dos casos tanto a ACP, quanto a AF, chegam aos mesmos resultados se o número de variáveis superar 30 ou se as comunalidades excederem 0,60 para a maior parte das variáveis. Este artigo utilizará o método de componentes principais por ser o mais utilizado (PALLANT, 2007). (Figueiredo Filho e Silva Júnior, 2010, p. 167)

A técnica utilizada nessa pesquisa, para reduzir essas duas categorias de variáveis a dois fatores, é a de componentes principais, onde se mede a quantia total de variância que uma variável original compartilha com todas as outras variáveis incluídas na análise. A questão agora passa a ser a quantidade de fatores.

Aqui o pesquisador enfrenta um *trade off* entre parcimônia e explicação. Quanto mais fatores forem extraídos, menor é o grau de parcimônia, no entanto, maior é a quantidade total de variância pelos fatores. Por outro lado, quanto menos fatores forem extraídos, maior é o grau de parcimônia, todavia, menor será a quantidade total de variância carregada pelos fatores. Dessa forma, a solução ótima é identificar o número mínimo de fatores, que maximiza a quantidade de variância total explicada. (Figueiredo Filho e Silva Júnior, 2010, p. 168)

Segundo esses autores, a regra do *eigenvalue* (critério de Kaiser) sugere que devem ser extraídos apenas fatores com *eigenvalue* acima de 1, já que “o fator que apresenta baixo *eigenvalue* está contribuindo pouco para explicar a variância nas variáveis originais” (Figueiredo Filho e Silva Júnior, 2010, p. 168). Para eles, o segundo estágio do planejamento da análise fatorial deve seguir por: 1) tipo de extração, que no caso desse trabalho é a dos componentes principais, 2) Regra de Kaiser, onde apenas

fatores com *eigenvalue* acima de 1 devem ser extraídos, 3) A variância acumulada deve ser acima de 60%. As tabelas a seguir resumem esses dados tanto para as variáveis dependentes, quanto para as variáveis independentes.

Tabela 13 Regra de Kaiser

Variáveis Dependentes			
Componente	<i>Eigenvalues</i> Iniciais		
	Total	% da Variância	% acumulado
1	2,430	81,007	81,007
2	0,497	16,559	97,566
3	0,073	2,434	100
Variáveis Independentes			
Componente	<i>Eigenvalues</i> Iniciais		
	Total	% da Variância	% acumulado
1	2,275	75,836	75,836
2	0,635	21,160	96,996
3	0,090	3,004	100

Como o critério de Kaiser sugere que deve-se extrair um fator, não há necessidade de se fazer rotação. Dessa forma ficam criadas duas novas variáveis: Indicador de Empoderamento do Poder do Judiciário (Fator 1) e Indicador de Fragmentação partidária (Fator 2). A tabela abaixo resume as descrições dessas duas novas variáveis.

Tabela 14 Descrição das Variáveis Dependente (Fator 1) e Independente (Fator 2)

	N	Mínimo	Máximo	Média	Desvio Padrão
Indicador de Empoderamento do Judiciário (Fator 1)	29	-1,02712	2,17031	0E-7	1,00000000
Indicador de Fragmentação partidária (Fator 2)	21	-1,42001	1,90843	0E-7	1,00000000
N válido	21				

É importante perceber que a média e o desvio padrão estão padronizados, fazendo com que as variáveis sejam plenamente comparáveis. A utilização da análise fatorial facilitou a construção de modelo linear no lugar de vários modelos para explicar o mesmo fenômeno.

3.3.2 Modelos de Contagem: Poisson e Binomial Negativo

Segundo Ramalho (1996) os modelos clássicos de regressão linear não são adequados para explicar variáveis discretas (valores positivos e não fracionados), “que somente podem tomar um pequeno número de valores com probabilidades estritamente positivas [...]” (Ramalho, 1996, p. 7). Segundo ele, as razões fundamentais para se utilizar *Poisson* são: 1) adequação da distribuição de *Poisson* à principal característica dos dados de contagem: valores inteiros não negativos; 2) é possível inferir relativamente a probabilidade de ocorrência futura de um dado acontecimento, desde que o modelo esteja bem especificado; 3) o modelo de *Poisson* possui uma estrutura simples, podendo ser facilmente estimado (Ramalho, 1996, p. 10).

Em relação ao modelo Binomial Negativo, “há muitas maneiras de derivar o BN. Por exemplo, ele pode ter origem na soma de n variáveis aleatórias independentes com a mesma distribuição logarítmica” (Ramalho, 1996, p. 11). Ainda segundo esse autor, há na literatura econométrica, duas razões apontadas para o uso de modelos binomiais negativos: 1) a primeira, originalmente formulada por Hausman, Hall e Griliches (1984), supondo que a distribuição da variável dependente (Y_i) condicional em λ_i ⁶² é efetivamente Poisson. “Todavia, admite-se que β não é constante na população, pelo que λ_i é um parâmetro estocástico que varia aleatoriamente de acordo com uma distribuição Gama, daí resultando que a distribuição de Y_i , condicional apenas nos regressores, seja BN” (Ramalho, 1996, p. 16). Já a segunda razão

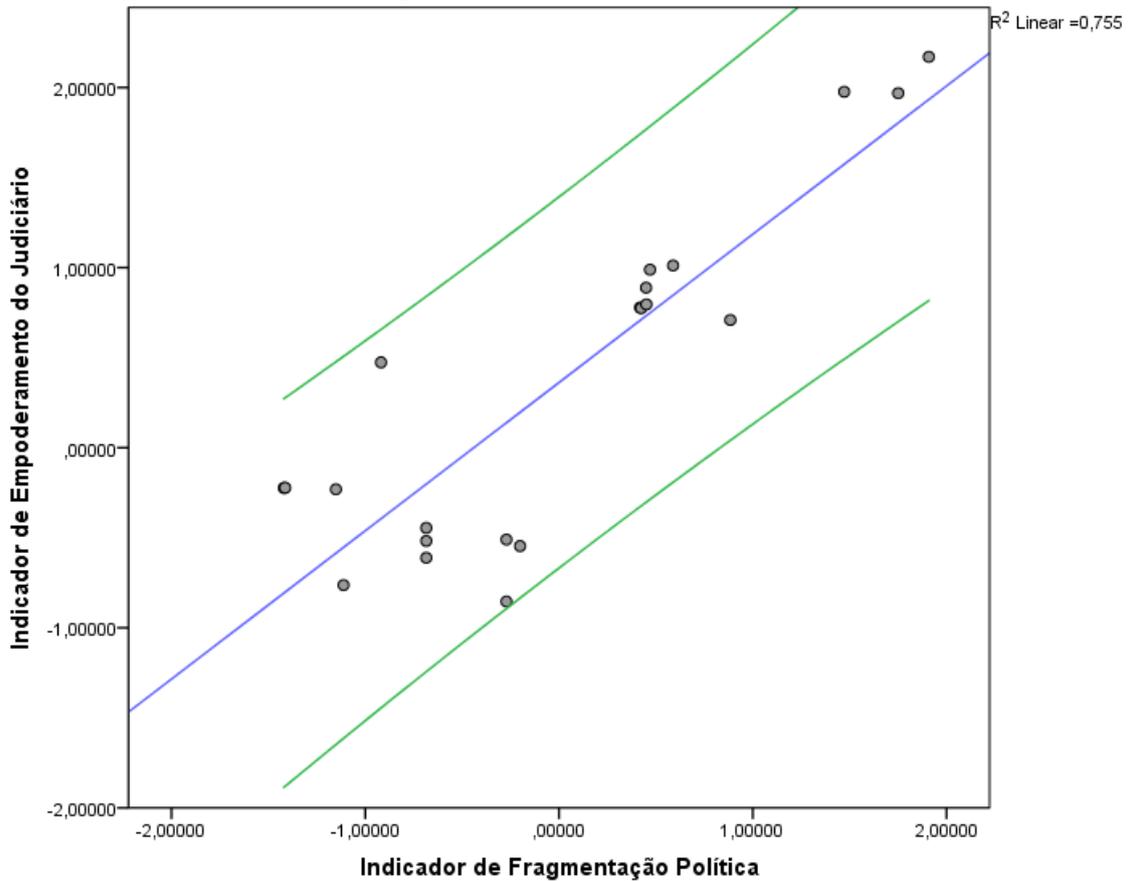
introduzida por Gourieroux, Monfort e Trognon (1984), baseia-se na aceitação de que o verdadeiro modelo é o de Poisson, mas que, devido à impossibilidade de se observarem todas as variáveis de interesse, existe um erro de especificação cuja distribuição é a Gama. Condicionando, então, Y_i apenas nos regressores observados, a distribuição obtida será a BN (Ramalho, 1996, p. 16-7).

Enquanto que as variáveis dependentes eram contagens o modelo mais indicado era o de *Poisson*. Entretanto, um dos pressupostos desse modelo é o de que a variância e a média sejam iguais, o que não ocorreu. Sendo assim, seria necessário um modelo binomial negativo, cujo Pseudo R^2 é geralmente bastante baixo.

⁶² O modelo de regressão resulta da colocação do parâmetro λ_i em função de um conjunto de variáveis explicativas: $\lambda_i = f(x_i, \beta)$, sendo x_i um vector $1 \times m$ (contém observações das mesmas variáveis exógenas para o indivíduo i) e β um vector $m \times 1$, composto por parâmetros desconhecidos. Como λ_i representa o valor esperado condicional de Y_i , só pode tomar valores não negativos, pelo que a função f deve ter como contradomínio apenas os números reais não negativos. Por este motivo, ela é geralmente expressa na forma exponencial, $\lambda_i = \exp(x_i \beta)$ (Ramalho, 1996, p. 11)

Como as duas novas variáveis agora são consideradas variáveis contínuas (por serem fracionalizadas e terem valores positivos e negativos) o modelo mais indicado é o dos Mínimos Quadrados Ordinários. O gráfico 1 mostra uma relação linear positiva entre as duas variáveis, com uma reta de ajuste (azul) significativa cujos pontos encontram-se todos dentro do intervalo de confiança (linhas verdes).

Gráfico 1 *Relação Linear entre Empoderamento do Judiciário e Fragmentação partidária (1946-2014)*



Assim, com dois indicadores (um para empoderamento judicial e outro para fragmentação partidária) de natureza contínua, fica mais simples estimar o modelo linear e testar a hipótese de que a fragmentação partidária, não apenas está correlacionada ao empoderamento judicial, como ela é uma de suas principais causas.

4 MUDANÇAS CONSTITUCIONAIS E EMPODERAMENTO INSTITUCIONAL: O Poder Judiciário Brasileiro no Tempo

Nada mais perigoso do que fazer-se uma Constituição sem o propósito de cumprí-la. Ou de só cumprirem os preceitos de que se precisa, ou se entende devam ser cumpridos – o que é pior⁶³. (MIRANDA, Pontes de, 1983)

Uma vez criadas, as instituições frequentemente mudam de forma sutil e gradual ao longo do tempo. Essas mudanças podem igualmente ser consequências da padronização do comportamento humano ou da moldagem de resultados políticos substantivos (Mahoney e Thelen, 2010, p. 1). A crítica desses autores mostra que a análise institucional ganhou lugar proeminente nas Ciências Sociais contemporâneas, mas a vasta literatura contribui pouco ao buscar dar sentido aos processos de mudanças institucionais. Segundo eles, há boas teorias que explicam o porquê de várias configurações institucionais básicas se transformarem em certos casos e a certo tempo, e outras teorias que explicam esses momentos cruciais, quando essas configurações institucionais são repentinamente substituídas por outras. Entretanto, faltam ferramentas para explicar essas mudanças graduais, uma vez estabelecidas. “Constituições, sistemas de previdência social, e arranjos de direito de propriedade, não apenas emergem e desmoronam; eles também evoluem e mudam nas formas mais sutis ao longo do tempo” (Mahoney e Thelen, 2010, p. 2)⁶⁴.

Ainda segundo esses autores, a literatura sobre mudança institucional aponta choques exógenos como causa de reconfigurações institucionais radicais, não observando mudanças baseadas em desenvolvimentos endógenos, que muitas vezes se desdobram incrementalmente. Quando instituições são tratadas como causas, os pesquisadores estão muito aptos a assumir que mudanças grandes e abruptas em formas institucionais, são mais importantes do que mudanças lentas e incrementais (Mahoney e Thelen, 2010, p. 3-4). Entre outras coisas, uma vasta literatura⁶⁵ tem levado pesquisadores a teorizar as circunstâncias sob as quais as instituições estão ou não, sujeitas a um auto-reforço do tipo *lock-in*.

⁶³ Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição Federal de 10 de Novembro de 1937. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Editores, 1938.

⁶⁴ Constitutions, systems of social provision, and property right arrangements not only emerge and break down; they also evolve and shift in more subtle ways across time.

⁶⁵ Ver North (1990), Collier e Collier (1991), Arthur (1994), Clemens and Cook (1999), Mahoney (2000), Pierson (2004), Thelen (1999 e 2004).

Importantes ramos dessa literatura sugerem que *path-dependence lock-in* é um fenômeno raro, dando abertura à possibilidade na qual instituições normalmente evoluem de forma incremental. Do mesmo modo, trabalhos como *Politics in Time* de Pierson (2004) que discutem vários processos causais lentos (como causas cumulativas, efeitos limiares e cadeias causais) não evocam o modelo de mudança de equilíbrio pontuado comumente que é frequentemente incorporado nas conceptualizações de *path dependence*. (Mahoney e Thelen, 2010, p. 3).

4.1 Síntese Histórica do Sistema Político e a Evolução do Controle de Constitucionalidade da Primeira República à Democracia Contemporânea

O controle de constitucionalidade tem-se revelado uma das mais eminentes criações do Direito Constitucional e da Ciência Política. As mais variadas formas de controle, entretanto, mostram a flexibilidade e capacidade desse mecanismo nos mais diversos desenhos institucionais. Também é interessante observar que o controle de constitucionalidade sofreu incrível expansão na ordem jurídica moderna. É uma nova divisão de Poderes com a instituição de uma Corte com nítido poder normativo, cujas decisões tem o atributo da definitividade (Mendes e Branco, 2014, p. 1058).

4.1.1 A Constituição de 1891: Controle de Constitucionalidade de Primeira Geração

Apesar das anunciadas reformas, o início do período republicano no Brasil mostrou a antítese do republicanismo, os governos militares de Deodoro da Fonseca foram marcados pelo desmonte do Poder Legislativo. Juntamente com Floriano Peixoto, ambos corroboraram a percepção de um precário e errante ensaio institucional (Hollanda, 2009).

O modelo de representação política que organizou a cena republicana original baseou-se, portanto, em um fundamento claramente antiliberal, avesso ao sistema partidário e aos demais instrumentos da democracia representativa liberal. Nessa matriz política, eram os Estados, e não o indivíduo ou povo, o objeto por excelência da representação (Hollanda, 2009, p. 19-20).

Na primeira década da primeira República havia um ambiente de euforia e a indeterminação instigava a criatividade dos legisladores. A Lei Rosa e Silva, de 15 de novembro de 1904 foi o principal episódio de reforma eleitoral na Primeira República, mas protestos e críticas marcaram os anos subsequentes, em função de um sistema representativo ainda distante da realidade (Hollanda, 2009, p. 177-190), com um sistema partidário nacional fragmentado, no qual cada Estado tinha um partido político local.

Segundo Cristina Buarque de Hollanda,

se a retórica política tinha o bem comum como objetivo, o *télos* da justiça era, por princípio, a produção da verdade. Quando o bem comum é entendido como verdade – e esta é, claramente, a matriz teórica do positivismo – não há distância substantiva entre essas duas esferas de organização da vida pública. Política e justiça, nesse caso, servem a um mesmo fim. No modelo positivista, o resultado desse acúmulo pleonástico de funções é a hipertrofia da política em detrimento do sistema judiciário (Hollanda, 2009, p. 209)

Nesse período de turbulência política e acirrada disputa, os magistrados começaram a ter posição de destaque em virtude de o positivismo colocá-los como neutros, capazes de produzir verdade no campo eleitoral. “Nada mais adequado aos anseios por *verdade eleitoral*, do que a habilitação de um personagem alheio às rotinas da política e imerso em uma áurea de pureza. Somente ele poderá introduzir um princípio de isenção na luta política facciosa. Para muitos Parlamentares, a justiça significa o derradeiro bastião da moralidade pública” (Hollanda, 2009, p. 209-10).

Segundo a genealogia de Walter Costa Porto citada por Hollanda (2009, p. 210) a presença do magistrado na política vem desde as primeiras eleições ainda nos tempos do Império. Já em 1824, estava prevista a presença de um juiz ordinário na presidência das mesas eleitorais. “Menos de 20 anos depois, em 1842, o papel da magistratura foi ampliado [...]. Em 1875, a chamada Lei do Terço confiou ainda a presidência da junta municipal ao juiz de direito. Pouco depois, em 1881, a Lei Saraiva previu um lugar ainda tímido para os juízes nos preparativos eleitorais [...]” (Hollanda, 2009, p. 210).

“O ceticismo com os rumos da política deslocou as expectativas de futuro para a justiça. Salvo raras exceções, houve importante consenso em torno da suposição de integridade moral dos juízes” (Hollanda, 2009, p. 211).

Na primeira Carta Política republicana, os juízes podiam exercer atividade político partidária (ver Tabela 15) e o Judiciário seguia uma lógica dualista entre a Justiça Federal e a Justiça dos Estados. Segundo Baleeiro (2001), competia aos juízes e aos tribunais federais julgar as causas fundadas na Constituição, e ao Supremo Tribunal Federal julgá-las em grau de recurso. Os juízes não mais podiam ser suspensos como na época do Império e foi estabelecida a vitaliciedade cuja perda só poderia ser mediante decisão judicial, o que significa mais independência em relação ao Executivo, uma vez que o Judiciário durante o período imperial era praticamente um apêndice da Coroa (Carvalho Neto, 2005). Um fato peculiar em relação ao Supremo foi a nomeação de um general e do médico Barata Ribeiro para a mais alta corte do país, momento em que o

Senado determinou que só juristas poderiam ser nomeados ministros, apesar de não constar na Constituição essa exigência.

As prerrogativas do Judiciário eram poucas em relação à Constituição atual. A Carta de 1891 incorporou os dispositivos do Decreto nº 848 de 1890, que em seu art. 3º estabelecia que a guarda e a aplicação da Constituição pela magistratura federal só se daria mediante provocação. Segundo Agrícola Barbi (*apud* Mendes e Branco, 2014, p. 1059) “esse dispositivo consagra o sistema de controle por via de exceção [...]”. Portanto, a revisão judicial ainda era a de *primeira geração*, ou seja, o controle difuso exercido por juízes e tribunais com revisão final pelo Supremo Tribunal Federal. O controle difuso de constitucionalidade aqui é considerado de primeira geração por ter sido o primeiro controle político exercido pelo Poder Judiciário na República, sobre os demais poderes. Sua gênese encontra-se no desenho institucional dos Estados Unidos que atribuiu à sua Suprema Corte a revisão judicial (*Judicial Review*) dos atos dos demais poderes. O Brasil, por influência de Rui Barbosa, grande estudioso e entusiasta do desenho institucional norte-americano, apenas fez uma cópia mal feita do modelo que fora fruto de uma construção jurisprudencial (caso *Marbury vs. Madison*), positivando no texto constitucional pátrio as prerrogativas⁶⁶ da mais alta corte.

A Constituição de 1891 acabou por formalizar o papel do magistrado como árbitro político, ao estabelecer o controle difuso de constitucionalidade diminuindo, portanto, o espectro de atuação político-partidária dos juízes. Essa formalização produziu uma maior autonomia do Judiciário em relação aos demais poderes, enquadrando os juízes na clássica separação dos poderes (Carvalho Neto, 2005).

Walber de Moura Agra (2009, p. 584) mostra que o grande erro da Constituição de 1891 foi ter estabelecido o sistema difuso de constitucionalidade, sem prescrever um instituto que pudesse uniformizar as decisões, o que só foi realizado na Constituição de 1934, que outorgou ao Senado Federal a prerrogativa de determinar a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional pelo STF. Ainda segundo Agra, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro valia exclusivamente para casos particulares devido à ausência de um mecanismo *erga omnes*, enfraquecendo o sistema.

Esse efeito não ocorria nos Estados Unidos devido à regra do *Stare Decisis*, que vincula as decisões da Suprema Corte. “A força do *stare decisis* advém do fato de que o sistema da *common Law* tem a origem de suas normas radicada no precedente judicial e

⁶⁶ Ver Tabela A1 (no anexo) para visualizar todas as prerrogativas do STF ao longo das Constituições.

não no direito legislado, vinculando a decisão dos juízes na direção do que fora decidido anteriormente” (Agra, 2009, p. 585).

A tabela abaixo mostra a composição do STF a partir da nomeação dos ministros. Entre parênteses estão os valores percentuais para o período. É notório que a maior parte das nomeações vem da magistratura de carreira. Os ministros que anteriormente exerciam a magistratura em tribunais inferiores, pela via do quinto constitucional, para efeitos desse trabalho, não foram considerados magistrados de carreira, pois a ideia é captar a endogeneidade dos juízes como apontam Barbosa, Marona e Gomes Neto (2013). É bom ressaltar que, entre 1891 e 1931, o STF era composto por 15 ministros, passando para 11 através do Decreto 19.656/31 do Governo Provisório. Por força do Ato Institucional nº 2 de 1965, o Supremo passou a ser composto por 16 ministros até 1969, quando o Ato Institucional nº 6 reduziu para os atuais 11 membros⁶⁷.

Tabela 15 *Origem Institucional dos Ministros do STF entre 1891 e 2014*

Cargo/Período	1891- 1933	1934- 1936	1937- 1945	1946- 1966	1967- 1987	1988- 2014
Magistrado de Carreira	24 (29,6)	1(33)	9 (69,2)	6 (31,6)	12 (41,4)	7 (30,4)
Membro do MP	1 (1,2)	0	0	1 (5,2)	5 (17,2)	6 (26,1)
Exerceu Cargo Eletivo	34(42)	1(33)	2 (15,4)	6 (31,6)	5 (17,2)	3 (13)
Exerceu Cargo Público	17 (21)	1(33)	2 (15,4)	6 (31,6)	4 (13,8)	0
Advogado ⁶⁸	4 (4,9)	0	0	0	3 (10,4)	6 (26,1)
Membro de Partido Político ⁶⁹	0	0	0	0	0	1 (4,4)
Médico	1(1,2)	0	0	0	0	0
Total	81 (100)	3 (99)	13 (100)	19 (100)	29 (100)	23 (100)

Elaboração própria. Fonte: STF
Percentuais entre parênteses.

A Reforma Constitucional de 1926 (Emenda Constitucional nº 3 de setembro de 1926) procedeu a algumas alterações, sem modificar a substância, consolidando assim um amplo sistema de controle difuso de constitucionalidade, havendo consciência de que esse controle não era abstrato (Branco e Mendes, 2014, p. 1060). Esses autores também citam as palavras de Rui Barbosa, que afirmou que a revisão judicial “é um poder de hermenêutica, não um poder de legislação”.

⁶⁷ Sobre as composições do STF e contextos históricos, ver COSTA (2006).

⁶⁸ Nesse estudo, também são considerados advogados aqueles magistrados que ingressaram na magistratura pelo quinto constitucional, e não por concurso público.

⁶⁹ Para essa categoria só foram consideradas as filiações pós-1988, uma vez que na primeira república, magistrados tinham carreiras políticas. Essa proibição passou a ser constitucionalizada a partir do Texto de 1934. Mesmo com a proibição, buscou-se medir aqueles magistrados que exerceram atividade político partidária anteriormente à magistratura.

4.1.2 A Constituição de 1934: Rudimentos do Controle Concentrado de Constitucionalidade

O processo de empoderamento judicial, iniciado em 1824, ganha corpo com o Código Eleitoral de 1932, que foi

[...] o corolário de uma longa trajetória política do magistrado. A crença na pureza e na autonomia do corpo jurídico inspirou reiterados movimentos de reforma do campo político com fins de torná-lo menos suscetível aos interesses e oportunidades mutáveis. As qualidades de fixidez e austeridade da justiça opunham-se à ideia degradada da política, dissipada em fragmentos autointeressados. A forte expectativa de isenção associada à Justiça opunha-se à descrição usual da política corrompida. Além de conduzir o processo de verificação de poderes, o novo magistrado também passou a estabelecer normas para a aplicação das leis e regulamentos eleitorais em todo país. Desse modo, superava-se a excessiva fragmentação da rotina eleitoral, que era tão diversa, quanto diversos eram os Estados federados. (Hollanda, 2009, p. 245-7)

A Carta de 1934 contemplou a tese da unidade defendida no anteprojeto, que terminava com o sistema dualista do Judiciário, vigente na Ordem Constitucional de 1891. O órgão supremo do Poder Judiciário “terá por missão principal manter, pela jurisprudência, a unidade do direito, e interpretar conclusivamente a Constituição em todo o território brasileiro” (Poletti, 2001, p. 27). Entretanto, a subordinação se devia a preceitos constitucionais, não se dava pela via administrativa. Defenderam a unidade, juristas como Rui Barbosa, Clóvis Bevilácqua e João Monteiro. Entretanto, os tribunais de São Paulo, Rio Grande do Sul e Minas Gerais foram contra a tese da unidade, alegando a dualidade do sistema federativo norte-americano. Poletti (2001) mostra que a unidade não implicava ferir a federação, pois a própria constituição Austríaca também era federal e Kelsen afirmava que “toda jurisdição emana da Federação; a legislação federal fixará a organização e a competência dos tribunais” (Kelsen *apud* Poletti, 2001, p. 28).

Outras inovações na Constituição de 1934 incluíram:

- 1) a interpretação conclusiva da Constituição em todo o território brasileiro pelo STF mediante *quórum* de dois terços de seus membros;
- 2) a interpretação e aplicação das leis não pode contrariar o interesse coletivo;
- 3) criação do *habeas corpus* e mandado de segurança;
- 4) criou o Tribunal das Reclamações, instância recursal que visava diminuir o volume de trabalho do STF;

5) possibilitou ao Senado Federal suspender a execução de ato declarado inconstitucional, pelo Supremo estendendo os efeitos do caso concreto como precedente para casos futuros (*in abstracto*), logo, efeitos *erga omnes*; e

6) introdução da Ação Direta de Inconstitucionalidade, de natureza interventiva, com o objetivo de assegurar a integridade de princípios sensíveis (Agra, 2009, p. 585).

Essa ação só poderia ser impetrada pelo Procurador-Geral da República (art. 12, § 2º) para assegurar a observância de princípios constitucionais (forma republicana representativa; independência e coordenação de poderes; temporariedade das funções eletivas, limitada aos mesmos prazos dos cargos federais correspondentes, e proibida a reeleição de Governadores e Prefeitos para o período imediato; autonomia dos Municípios; garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público locais; prestação de contas da Administração; possibilidade de reforma constitucional e competência do Poder Legislativo para decretá-la; representação das profissões) e a execução de leis federais.

Essa Ação Direta de Inconstitucionalidade ainda não pode ser comparada com o modelo de controle concentrado de constitucionalidade Austríaco, cujas competências da Corte Constitucional eram bem mais amplas e com outros atores detendo a prerrogativa de acionar a corte. Carvalho Neto (2005) afirma que houve uma tendência iniciada com a Carta de 1891 em formalizar a participação do Judiciário na solução dos conflitos públicos e que ganhou força em 1934 com a exclusividade do Procurador-Geral da República impetrar ações interventivas sobre conflitos federativos. Segundo ele “esse ponto também constitui na primeira experiência constitucional brasileira de algo próximo de um controle concentrado” (Carvalho Neto, 2005, p. 52).

A constituição do primeiro período Vargas também é muito peculiar no tocante à atuação do Judiciário sobre questões políticas. O primeiro dispositivo é a vedação do conhecimento de questões exclusivamente políticas pelo Poder Judiciário, no artigo 68. Mais adiante, no artigo 79 é criado um Tribunal composto por juízes nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal, cuja competência é julgar em matéria constitucional os recursos de decisões definitivas do Poder Executivo, e das sentenças dos juízes federais quando a União for parte. Embora essas prerrogativas sejam fortes, elas não serão computadas no rol de competências do STF na *Tabela A1*, chamado pela Carta de 34 de Corte Suprema.

4.1.3 A Constituição de 1937: Retrocesso no Controle de Constitucionalidade

Com o golpe do Estado Novo em 10 de novembro de 1937, a Justiça Eleitoral foi extinta. Das anteriores, a Carta de 37 foi a mais autoritária. Manteve em seu artigo 94 a vedação de o Judiciário conhecer questões exclusivamente políticas e “fez uma apologia ao desequilíbrio entre os poderes” (Agra, 2009, p. 585). A apologia a qual Agra se refere encontrava-se no art. 96, parágrafo único, que permitia que o Presidente da República submetesse ao Parlamento o ato declarado inconstitucional pelo Tribunal, onde havendo confirmação por dois terços em ambas as casas, ficaria sem efeito a decisão da Justiça, nos casos de “bem-estar do povo” e de “promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta”.

Outro aspecto que marca a Lei Maior são as práticas plebiscitárias. Segundo Porto (2001) o termo *plebiscito* aparece nove vezes. Na Constituição democrática de 1988 o termo aparece apenas cinco vezes, ou seja, quase a metade da Constituição de 1937, o que reforça seu caráter fascista. Como afirma Carvalho Neto (2005, p. 52) “a História das Constituições brasileiras é, em boa parte, a História das rupturas políticas”. Para ele o texto de 1937 não fugiu à regra, deixando de trazer princípios fundamentais das Constituições anteriores, como a separação entre os poderes ao centralizá-los nas mãos do Presidente da República. A própria submissão de decisão judicial ao Parlamento mostra um retrocesso institucional.

4.1.4 A Constituição de 1946: O Controle Abstrato de Constitucionalidade via Presidente da República

Antes de iniciarmos a discussão sobre os mecanismos constitucionais trazidos pela Nova Ordem de 1946 é interessante analisar os momentos políticos que antecederam sua elaboração. O advento do pluralismo partidário, de eleições diretas e o retorno à separação formal de poderes, determinados pela Constituição de 1946, foram acoplados à estrutura anterior, marcada pelo sistema de interventorias, por um desenho sindical intervencionista e pela presença de uma burocracia estatal com forte capacidade decisória. Some-se a isso um Legislativo incerto, pendulando entre a altivez e a submissão e um sistema partidário aparentemente incapaz de se expandir (Souza, 1990, p. 105-6).

O enfraquecimento a que foi submetido o poder legislativo sob o Estado Novo e após 1964 foi de tal ordem que, em retrospecto, ele pode parecer dotado de grande força e autonomia, no período constitucional iniciado em 1946. É necessário assinalar, todavia, que ele esteve continuamente sujeito a importantes limitações, tanto formais, na divisão das áreas e na iniciativa da

legislação, quanto informais, ou antes, limitações devidas à precariedade de seus recursos, ao peso de sua estrutura e de seus procedimentos internos e à morosidade talvez inevitável de sua ação em muitas arenas decisórias [...] (Souza, 1990, p. 106-7).

Foi na vigência da Carta de 46 que houve a introdução da competência exclusiva do Presidente da República pela via do art. 68, modificado pela Emenda Constitucional nº 17 de 1965 e pela via do art. 208 (quando houver intervalo das sessões legislativas será de competência exclusiva do Presidente a decretação ou prorrogação do estado de sítio). Baleeiro e Lima Sobrinho (2001) argumentam que houve uma exacerbação do presidencialismo pela hipertrofia dos poderes presidenciais, por conta da precária organização dos partidos, fenômeno que segundo eles também aconteceu nos Estados Unidos, como demonstrou o historiador Arthur Schlesinger Jr. no livro *The Imperial Presidency* (1973), mas que após o caso *Watergate*, o Congresso e o Judiciário recuperaram seu prestígio.

O Supremo Tribunal Federal ainda exercia um papel tímido nas grandes crises em que foi chamado a intervir, contrariando as expectativas de Rui Barbosa, Levi Carneiro e João Mangabeira, presidencialistas históricos (Baleeiro e Lima Sobrinho, 2001, pp. 20-1). Segundo Carvalho Neto (2005) pouca coisa mudou em relação ao STF. O método de recrutamento permaneceu inalterado e algumas prerrogativas alteradas foram de natureza administrativa. Sobre o controle de constitucionalidade pontua que a Carta de 46 preservou alguns aspectos da Ordem Constitucional de 1934, como a exigência de maioria absoluta dos membros do Tribunal, para eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade e a prerrogativa do Senado Federal, de suspender a eficácia de ato inconstitucional e dar-lhe efeito *erga omnes*. Os aspectos do controle de constitucionalidade interventivo permaneceram inalterados em relação ao texto de 34.

Um ponto congruente entre as Cartas de 1946 e de 1988 é que elas

[...] não foram elaboradas com base em um projeto preordenado que fosse oferecido previamente à Assembleia Constituinte. Talvez, não por acaso, sejam elas pioneiras na delegação de poderes de controle ao Judiciário. A abertura política antecedida de um regime de exceção, criou o ambiente propício às mudanças institucionais que mitigassem o forte poder exercido pelo Executivo. Essa tendência de expansão do poder judicial em momentos de forte mudança do *status* político, econômico e/ou social culmina com a experiência norte-americana e europeia (Carvalho Neto, 2005, p. 55).

Entretanto, o poder de Judicializar ainda permanecia exclusivo do Procurador-Geral da República, que era nomeado pelo Presidente da República e aprovado pelo Senado Federal, porém podendo ser demitido *ad nutum*, ou seja, de acordo com a conveniência

da Presidência. Assim, o controle de constitucionalidade permanecia nas mãos do Executivo. Carvalho Neto chama esse mecanismo de “judicialização tutelada”. Contudo, ainda não é possível dizer que havia um controle concentrado de constitucionalidade nos moldes da Constituição austríaca, gênese do modelo abstrato.

Agra (2009, p. 585) afirma que houve uma pequena desburocratização quando da comunicação de decisão proferida pelo STF ao Senado Federal, antes feita pelo Procurador-Geral da República, em 1946 passou a ser feita pelo próprio Supremo.

A Emenda Constitucional nº 16 de 26 de novembro de 1965 instituiu juntamente com a representação interventiva o controle abstrato de normas estaduais e federais. Segundo Mendes e Branco,

[...] parte das mudanças recomendadas já havia sido introduzida pelo Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965. A Exposição de Motivos encaminhada pelo Ministro da Justiça, Dr. Juracy Magalhães, ao Presidente da República ressaltava que ‘a atenção dos reformadores tem-se detido enfaticamente na sobrecarga imposta ao Supremo Tribunal e ao Tribunal de Recursos’. Não obstante, o próprio Supremo Tribunal Federal houve por bem sugerir a adoção de dois novos institutos de legitimidade constitucional [...] (Mendes e Branco, 2014, p. 1066).

Esses institutos foram: 1) A representação de inconstitucionalidade de lei federal, de exclusiva iniciativa do Procurador-Geral da República e; 2) A representação prejudicial de inconstitucionalidade, exclusiva do próprio STF ou Procurador-Geral da República, em qualquer processo em curso perante outro juízo. Mas o segundo instituto foi rejeitado. Entretanto, consagrou-se o controle abstrato.

Nos primeiros anos da década de 1950, houve um declínio dos partidos mais conservadores e uma migração da concentração para a dispersão eleitoral.

Quadro 2 *Composição Partidária da Câmara dos Deputados (1945-1962)*

Partidos	1945	1950	1954	1958	1962
PSD	52,8	37,0	35,0	35,3	30,3
UDN	29,0	24,4	22,7	21,5	23,4
PTB	7,7	16,8	17,2	20,2	29,8
PSP	-	7,9	9,8	7,7	5,4
PCB	4,9	-	-	-	-
Pequenos	5,6	13,9	15,4	15,3	16,2
Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
N	286	303	326	326	389

Reprodução de Souza, 1990, p. 144

No lugar de levarem a uma grande crise institucional, o declínio dos grandes partidos conservadores (UDN e PSD), e a consequente dispersão eleitoral, introduziram no médio prazo um realinhamento do sistema partidário. A questão era saber se a dispersão eleitoral configurava automaticamente uma situação de crise (Souza, 1990, p. 143). A autora cita os dados trazidos por Gláucio Ary Dillon Soares, conforme quadro anterior. Nesse período (1945-1962), portanto, Souza argumenta que houve o fortalecimento do Estado e do sistema partidário, com a coexistência de tendências ao fortalecimento e à desagregação. O quadro 2 mostra a composição partidária da Câmara dos Deputados. É interessante perceber que no último ano do Estado Novo, o PSD ainda detinha a maioria absoluta das cadeiras parlamentares. Com o passar dos anos foi perdendo força, principalmente para o PTB. Os partidos pequenos também conseguiram ampliar suas bancadas. Ou seja, já a partir da década de 1950 nenhum partido detinha a maioria absoluta, apresentando, uma fragmentação partidária.

Em 1965, por força do Ato Institucional nº 2, regulamentado pelo Ato Complementar nº 4, ficava extinto, por decreto dos militares, o pluripartidarismo no país. No bipartidarismo imposto, um partido daria apoio ao regime militar e o outro faria “oposição”. O termo está em aspas porque o bipartidarismo fortaleceu o Executivo com uma legenda de apoio muito forte, enfraquecendo a oposição. Os militares permitiram que houvesse um único partido de oposição, para dar ares de legalidade ao sistema. O Judiciário permaneceu sendo fortalecido, uma vez que o Executivo detinha o controle do Procurador-Geral da República, até então o único a quem competia impulsionar as ações de inconstitucionalidade.

4.1.5 A Constituição 1967: Ampliando o Papel do Procurador Geral da República

No que diz respeito ao controle de constitucionalidade, a Carta de 67 manteve o controle interventivo de iniciativa do Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal, mesmo tendo a oportunidade de extinguir o controle difuso durante a reforma do judiciário (Carvalho Neto, 2005, p. 57). Inclusive

O próprio Supremo Tribunal Federal propôs a introdução da representação de inconstitucionalidade como forma de ação direta, como controle abstrato das normas. E foi além quando sugeriu, ele mesmo, “uma ação prejudicial de inconstitucionalidade, a ser suscitada, exclusivamente, pelo próprio Supremo Tribunal Federal ou pelo Procurador-Geral da República, em qualquer processo em curso perante outro juízo”, ou seja, uma espécie de advocatária para assuntos constitucionais relevantes” (Arantes, 1994, p. 79)

Carvalho Neto (2005) defende que se a proposta do Supremo tivesse sido aceita, o Executivo perderia o controle sobre a revisão abstrata, uma vez que além do Procurador-Geral da República, a proposta do Supremo contemplaria todos os seus ministros, como agentes iniciadores do processo de controle constitucional. Outro aspecto importante sobre o desenho institucional do STF, foi a suspensão de suas garantias (vitaliciedade e inamovibilidade) de toda a magistratura por força do Ato Institucional nº 2, de 17 de outubro de 1965 (revogado pelo art. 98 da Constituição de 1967) e da introdução do controle abstrato de normas estaduais e federais, ampliando a atuação do Procurador-Geral, após a Constituição de 1967.

4.1.6 A “Constituição” 1969: Controle de Constitucionalidade de Segunda Geração

“A Constituição de 1967 não trouxe grandes inovações ao sistema de controle de constitucionalidade. Manteve incólume o controle difuso. A ação direta de inconstitucionalidade subsistiu, tal como prevista na Constituição de 1946 com a Emenda Constitucional nº 16 de 1965” (Mendes e Branco, 2014, p. 1068).

Segundo contam os autores acima, em 1970 o único partido de oposição ao regime, por imposição ditatorial, o Movimento Democrático Brasileiro – MDB solicitou ao Procurador-Geral da República a instauração de ação de inconstitucionalidade contra um decreto-lei que legitimava a censura prévia de livros. O Procurador negou o pedido por não estar constitucionalmente obrigado a fazê-lo.

Foi a Emenda Constitucional nº 7 de 1977 que ao alterar, entre outros dispositivos, o art. 119, I da Carta de 1969, introduziu a *segunda geração* de controle de constitucionalidade, através da revisão abstrata das normas estaduais e federais ao dispor que compete ao STF processar e julgar originariamente a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual. Ou seja, a Procuradoria-Geral da República passou a ter papel protagonista nessa primeira versão do controle de constitucionalidade abstrato.

4.1.7 Constituição de 1988: Controle de Constitucionalidade de Terceira e Quarta Gerações

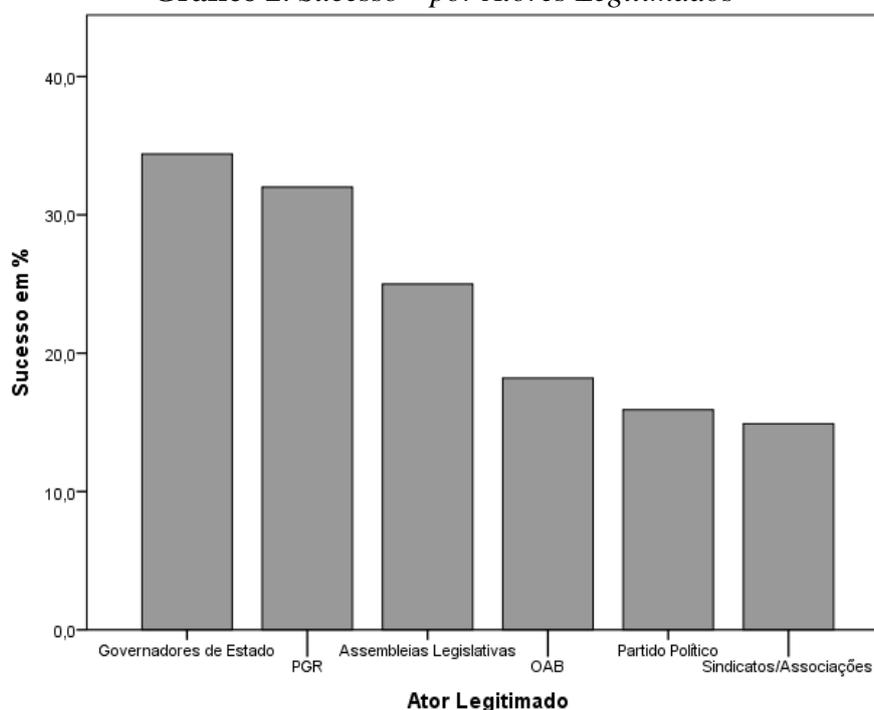
Com a Constituição de 1988 houve uma grande abertura de temas e um aprofundado detalhamento deles, inaugurando uma nova dinâmica de produção constitucional. As emendas subsequentes irão redefinir o que está na Lei Maior. Isso

vale tanto para a dinâmica geral, quanto para a dinâmica do Poder Judiciário (como de forma fica evidenciado nos gráficos). A Carta de 1988 aperfeiçoou o controle difuso inserido pela Constituição de 1891 e o controle abstrato melhor delineado até então pela Constituição de 1969 (Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969). A junção de ambos conformou um modelo híbrido, aqui chamado de *terceira geração*, uma vez que, unificou em um só órgão julgante os modelos, kelseniano e madisoniano, ou seja, fundiu em torno de um mesmo órgão, o modelo difuso norte-americano que fortalece sua Suprema Corte e o modelo austríaco que foi originalmente desenvolvido, após vários debates na Europa sobre adotar o modelo difuso de revisão judicial ou nenhum outro (Lijphart, 2003, p. 253). Assim, o Supremo Tribunal Federal exerce o controle difuso de constitucionalidade pela via recursal (art. 102, III) e pela via originária (art. 102, I, a) através de instrumento processual próprio, a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI. Diferentemente do modelo anterior (1969), o Procurador-Geral da República não exerce mais o papel de protagonista, embora ainda seja o ator com maior sucesso em derrubar atos normativos inconstitucionais no STF (Gráfico 2), uma vez que o rol de legitimados a propor as ADIs foi ampliado de um ator, o PGR, para mais oito: Presidente da República, Mesa Diretora do Senado Federal, Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, Mesa Diretora de Assembleia Legislativa, Governador de Estado e do DF, Conselho Federal da OAB, Partido Político com representação no Congresso Nacional e Sindicatos e Associações de classe de âmbito nacional. Com a plenitude da jurisdição constitucional (art. 5º, XXXV) o STF fica autorizado a se posicionar contra qualquer tipo de lei ou ato normativo, das três esferas de poder, que se choque com a Constituição Federal. Todavia, os efeitos que essas decisões geram ficam restritos às partes processuais, cabendo ao Senado Federal estender esses efeitos de forma universal (*erga omnes*) pela força do art. 52, X.

Outro ponto importante a ser ressaltado é que antes da Emenda Constitucional 45 de 2004, que incluiu o § 3º no inciso III do art. 102, estabelecendo o filtro da repercussão geral, todo e qualquer caso que chegasse ao STF teria de ser julgado. Assim, o recorrente precisa demonstrar a repercussão do caso para que ele seja analisado pela Corte, que pode negá-lo por dois terços de seus membros. Mas como o filtro só foi inserido dezesseis anos depois, a limitação até então imposta ao STF era a de que as decisões do controle difuso se limitavam às partes, já que raras foram as vezes

em que o Senado Federal usou sua prerrogativa⁷⁰ de dar efeito universal, e no controle abstrato, os atos dos governos municipais não poderiam ser alvo de uma ADI. Outro filtro consagrado pela Constituição de 1988 era o de que não caberia controle de constitucionalidade de leis ou atos anteriores à Constituição, uma vez que isso entraria na seara da regra da recepção, ou seja, se uma lei ou ato anterior à Constituição é contrário a ela, não se fala em inconstitucionalidade, mas em não recepção. O gráfico 2 mostra o desempenho dos nove atores legitimados a propor ADI. Tirando os governadores, cuja maior parte das ações era destinada às leis do próprio Estado, o Procurador-Geral da República é o ator que obteve mais sucesso, considerada a legitimidade universal (sem restrição temática) de suas ações.

Gráfico 2: Sucesso⁷¹ por Atores Legitimados



Fonte: Barbosa, Carvalho e Gomes Neto, 2010, p. 149.

Portanto, ao juntar dois modelos de revisão judicial, o Supremo Tribunal brasileiro passou a ter muito mais poder normativo sobre o processo decisório do que outros países. Mesmo assim, o legislador constituinte originário ainda criou dois mecanismos, aqui chamados de *quarta geração*: 1) A Arguição por Descumprimento de

⁷⁰ Foram apenas 5 em 2012; 4 em 2010; 2 em 2007 e 2 em 2005, desde 1988). Para verificar as Resoluções do Senado Federal acessar o site a seguir substituindo o ano que deseja ao final: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/pdf/Resolucoes/2012.pdf>

⁷¹ Sucesso é uma proporção entre as ações propostas por ator legitimado e as que foram consideradas procedentes no todo ou em parte. Ou seja, a taxa de sucesso pode ser vista como uma taxa de procedência, em termos percentuais.

Preceito Fundamental – ADPF, um tipo específico de ação direta (art. 102, § 1º) que abrange leis e atos normativos de todas as esferas de poder e também os que são anteriores à Constituição de 1988, mas limitada aos preceitos fundamentais e; 2) A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO. Segundo Agra (2009) o texto constitucional de 1988 tem características de uma Constituição dirigente, onde há uma intervenção demasiada do Estado em diversos setores da sociedade, para garantir condições mínimas aos hipossuficientes. Entretanto, segundo pontua, “o maior problema que atinge esse tipo de texto constitucional em países periféricos é a baixa eficácia de seus dispositivos normativos, o que acarreta descrédito com relação à sua força normativa e, conseqüentemente, enfraquece o sistema constitucional” (Agra, 2009, p. 601). A ADO, que tem os mesmos requisitos materiais e processuais da ADI, acaba por ampliar ainda mais o espaço de poder decisório do STF, uma vez que não basta o controle de atos normativos das três esferas antes e pós 1988 em questões de preceitos fundamentais, nem o controle de atos normativos federais e estaduais pós 1988 e nem o controle de qualquer ato normativo em grau de recurso, era necessário um controle de inconstitucionalidade por omissão.

4.1.8 Emenda Constitucional 3 de 1993: Controle de Constitucionalidade de Quinta Geração

Um ponto falho na trajetória de empoderamento institucional do Supremo Tribunal Federal era a ausência do efeito vinculante de suas decisões. Dessa forma, as diversas ações contra a União que estivessem sendo julgadas pelas instâncias inferiores teriam de ser apreciadas uma a uma pelo STF. A EC 3/93 é o resultado da PEC 48/1991 da Câmara dos Deputados (PEC 2/1993 no Senado), apresentada em 8/11/1991 pelo então Deputado Luiz Carlos Hauly (à época no PMDB-PR). A emenda alterou os artigos 40, 42, 102, 103, 150, 155, 156, 160, 167. Os dois primeiros tratavam de questões previdenciárias e os cinco últimos de questões tributárias e orçamentárias. Apenas os artigos 102 e 103 tratavam da competência do Supremo Tribunal Federal.

O então Deputado Benito Gama (PFL-BA) alterou a alínea “a” no inciso I do art. 102 criando a Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC, mecanismo processual constitucional de *quinta geração* até então inexistente e único com efeito vinculante até a criação do instituto da Súmula Vinculante pela Emenda Constitucional 45 de 2004. O parágrafo único do mesmo artigo que tratou da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, foi reescrito como §1º para que a inclusão do §2º

tratasse dos efeitos das decisões de mérito com sede em ADC: eficácia contra todos e efeito vinculante perante os demais órgãos do Judiciário e do Poder Executivo. Já o §4º do art. 103 tratou dos legitimados a propor ADC, restrita apenas ao Presidente da República, Mesa da Câmara, Mesa do Senado e Procurador-Geral da República.

Apenas após a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 ampliou-se o rol de legitimados a propor ADC sendo os mesmos que podem propor a ADI. Também alterou os efeitos das decisões de mérito da ADC estendendo-os aos órgãos da Administração Direta e Indireta e a todos os poderes das esferas Estadual e Municipal. O importante a ressaltar é que, entre 1993 e 2004 apenas quatro atores podiam ingressar com a ADC. Outro ponto interessante é que a explicação da ementa constante do processo legislativo tratava apenas da alteração dos artigos 146, 149, 150, 153, 155, 158, 159 e 161, que “tratam de tributação, com o objetivo de promover o ajuste fiscal⁷²”, isto é, não contemplava os artigos 102 e 103. Ou seja, uma manobra que deu ainda mais poder ao STF dentro do bojo de uma emenda constitucional que tratava de matéria tributária.

Outro detalhe importante é que o controle concentrado necessitava de regulamentação, que se deu pela Lei 9882/1999 (projeto de lei 2872/1997 de autoria da Deputada Sandra Starling do PT-MG), que trata da reclamação ao Supremo Tribunal Federal por descumprimento de preceito fundamental, ou seja, regulamenta a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF prevista na Constituição Federal de 1988. A CCJ deu parecer favorável em 4 de novembro de 1998⁷³. Como a regulamentação da ADPF demorou cerca de doze anos, todas as ADPFs impetradas nesse período foram rejeitadas pelo STF (Agra, 2009, p. 612).

O STF tratou a ADC de forma bastante diferente. Sua regulamentação se deu pela Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999 de autoria do Poder Executivo. O projeto de lei nº 2.960 de 8 de abril de 1997 tratava sobre o processo de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade – ADI e da ação declaratória de constitucionalidade – ADC. A relatoria coube ao então Deputado Aloysio Nunes Ferreira (ainda no PMDB-SP). Em 20 de janeiro de 1998, os deputados Inocêncio Oliveira (Pernambuco, líder do PFL), Paulo Heslander (Minas Gerais, líder do bloco **PTB/PSD/PRONA**), Valdemar Costa Neto (PL-SP), Geddel Vieira Lima (PMDB-BA), José Machado (São Paulo, líder do bloco **PT/PDT/PCdoB**), Luis Eduardo (PFL-BA e Líder do Governo), Odelmo Leão (Minas Gerais, líder do PP) e Aécio Neves (Minas Gerais, líder do PSDB) solicitaram pedido

⁷² Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=169319>

⁷³ <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD26JAN1999.pdf#page=28>

de urgência⁷⁴. Porém, devido à relevância da matéria em discussão em plenário, no dia 21 de janeiro, o Deputado José Machado apresenta requerimento solicitando a retirada de pauta da ordem do dia, o requerimento do pedido de urgência anteriormente formulado.

O pedido é deferido de ofício pela Presidência da Câmara e assim o projeto segue para análise na CCJ. Em 10 de novembro de 1998⁷⁵, o Deputado Luiz Eduardo Greenhalgh (PT-SP) novamente solicita a retirada do regime de urgência, por estar o projeto em análise na CCJ. Juntamente com ele estão o PPS, PCdoB, PL, PSB, PDT, PTB, PT, PMDB, PFL e PSDB. O PSDB concordou em retirar o pedido de urgência para que a CCJ deliberasse sobre o mérito do projeto, alegando que concorda com a retirada, desde que o projeto seja votado em plenário em no máximo uma semana.

Segundo Arantes e Couto (2009, p. 30), a EC 3 de 1993 introduziu medidas de grande impacto na tentativa de planejar e executar um novo plano de combate à inflação, o Plano Real. Essas medidas foram o Imposto Provisório sobre Movimentação financeira (IPMF)⁷⁶ e a desvinculação das receitas tributárias entre os entes federativos (Fundo Social de Emergência). Para os autores havia à época o receio de que a criação do novo imposto e das demais medidas econômicas levassem a uma avalanche de ações judiciais, questionando a constitucionalidade da EC 3 de 1993, e a ADC poderia ajudar o governo a abreviar a controvérsia jurídica por meio de recurso direto ao STF. Para uma visualização do que representou o instituto da ADC, ver a tabela 16, a seguir.

A tramitação total durou 31 meses. Em 18 de novembro foi aprovado o parecer do relator por unanimidade. No dia seguinte onze emendas são apresentadas em plenário, fazendo com que o projeto voltasse às comissões. Em 14 de janeiro de 1999, é lido e publicado o parecer da CCJ pela aprovação do projeto⁷⁷. Em 19 de janeiro se inicia a sessão deliberativa⁷⁸ para votação. Foram 315 votos pela aprovação, 105 contrários e duas abstenções. O que importa ressaltar com toda essa movimentação pela aprovação da regulamentação da ADC, é que diferentemente do que ocorreu com as ADPFs rejeitadas pelo STF por falta de regulamentação, a Suprema Corte não só recebeu, como julgou cinco ADCs como mostra a tabela 16, na próxima página.

⁷⁴ <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD21JAN1998.pdf#page=187>

⁷⁵ <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD11NOV1998.pdf#page=74>

⁷⁶ Posteriormente o IPMF foi julgado inconstitucional (vigorou até 31 de dezembro de 1994) por ter destinação específica para suas receitas o que o descaracteriza como imposto (tributo de receitas livres) e o configura como Contribuição, sendo posteriormente estabelecida a CPMF.

⁷⁷ <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD14JAN1999.pdf#page=11>

⁷⁸ <http://www.camara.gov.br/internet/ordemdodia/ordemDetalheReuniaoPle.asp?codReuniao=10116>

Tabela 16 *Ações Declaratórias de Constitucionalidade entre 1988 e 2011*

Processo	Data da Distribuição	Relator	Indicado pelo Presidente Vigente*	Partes	Decisão por	Declaração de Constitucionalidade	Matéria
ADC 1	03/08/93	Moreira Alves	Não	PR, MSF, MCD	Unanimidade	Parcial	Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social e aumento da alíquota da CSLL
ADC 3	21/08/97	Nelson Jobim	Sim	PGR	Maioria	Total	FUNDEF
ADC 4	27/11/97	Sidney Sanches	Não	PR, MSF, MCD	Maioria	Parcial (liminar)	Suspensão da Concessão Tutela Antecipada Contra Fazenda Pública
ADC 5	08/09/98	Nelson Jobim	Sim	PGR ⁷⁹	Maioria	Total	Gratuidade do Registro Civil
ADC8	09/06/99	Celso de Mello	Não	PR	Unanimidade	Total	Constitucionalidade da contribuição para o custeio da previdência social dos servidores públicos inativos e dos pensionistas
ADC 9	11/06/2001	Néri da Silveira	Não	PR	Maioria	Total	Aumento de Tarifa da Energia Elétrica frente o racionamento – Concessão de bônus a quem poupa energia
ADC 11	18/11/2005	Gilmar Mendes	Não	Gov. DF	Maioria	Aguarda Julgamento	Prazo Processual para Embargos de 10 para 30 dias
ADC 12	02/02/2006	Ayres Britto	Sim	AMB	Unanimidade	Total	Constitucionalidade da Resolução 7/2005 do CNJ que proíbe o nepotismo no âmbito do Judiciário
ADC 16	07/03/2007	César Peluso	Sim	Gov. DF	Maioria	Total	A inadimplência do contratado não transfere à União a sua responsabilidade
ADC 18	10/10/2007	Celso de Mello	Não	PR	Maioria	Total (liminar)	Exclusão do valor do ICMS da base de cálculo do PIS/PASEP
ADC 19	19/12/2007	Marco Aurélio	Não	PR	Unanimidade	Total	Lei Maria da Penha
ADC 29	19/04/2011	Luiz Fux	Sim	PPS	Maioria	Parcial	Constitucionalidade LC 135 (Lei Ficha Limpa)
ADC 30	03/05/2011	Luiz Fux	Sim	OAB	Maioria	Parcial	Constitucionalidade LC 135 (Lei Ficha Limpa)

Elaboração: Barbosa e Regis, 2012, p. 14

* Vigente à época da decisão.

PR – Presidente da República; MSF – Mesa do Senado Federal; MCD – Mesa da Câmara dos Deputados; PGR – Procurador Geral da República; AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros; Gov.DF – Governador do Distrito Federal; PPS – Partido Popular Socialista; OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

⁷⁹ Quando atender ao pedido do Ministro da Justiça e do Secretário Nacional de Direitos Humanos

4.1.9 Emenda Constitucional 45 de 2005: Ampliando a Participação e a Extensão dos Efeitos Vinculantes

Como dito antes, foi essa emenda que ampliou o rol de legitimados a propor a ADC, antes restrita a quatro atores (Presidente da República, Procurador-Geral da República e as Mesas do Senado e da Câmara) e que a partir de 2004 passou aos nove legitimados autorizados a propor a ADI. Entretanto, mesmo com toda a ampliação das prerrogativas do STF e do controle judicial de constitucionalidade, as decisões do Supremo só passaram a ter efeito vinculante com a ADC de 1993, que até 2004 era a única ação cuja decisão tinha força vinculante, vinculando os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta, de todos os entes da Federação. “O único órgão que não fica adstrito às decisões do Egrégio Tribunal é o Poder Legislativo, em decorrência da liberdade de produção normativa que foi deferida a este poder pela Constituição Federal” (Agra, 2009, p. 520-1). Porém, em 2004 foi introduzido o mecanismo da Súmula Vinculante, baseada nas reiteradas decisões do STF sobre determinada matéria, que após obter o consentimento de dois terços de seus membros e a partir de sua publicação, torna-se de observância obrigatória para os mesmos órgãos afetados pela ADC.

Segundo Agra (2009, p. 521) várias críticas foram endereçadas à súmula vinculante, dentre elas a quebra do livre convencimento dos juízes, o impedimento da renovação da jurisprudência e a criação de uma hierarquização entre os órgãos do Judiciário. Seus defensores argumentaram que ela traria mais agilidade à prestação jurisdicional, ao dificultar a repetição de processos que versem sobre matéria já sumulada. Além dos efeitos vinculantes a EC 45 de 2004 inovou ao ampliar o rol dos que podem provocar o STF para a edição de súmula vinculante, sendo eles os nove já habilitados para propor ADI, ADC, ADO e ADPF, e mais o Defensor Público-Geral da União, os quatro tribunais superiores da União (STJ, TST, TSE, STM), os 27 Tribunais de Justiça dos Estados, os cinco Tribunais Regionais Federais, os 27 Tribunais Regionais Eleitorais, os Tribunais Regionais do Trabalho das 24 regiões e os três Tribunais de Justiça Militar (SP, MG e RS). Ou seja, no total, 97 órgãos estão habilitados a requerer ao STF a edição de súmula vinculante.

Paralelamente ao aumento de poder normativo do STF pelos mecanismos já apontados, é curioso ver como se deu a evolução das prerrogativas do STF em comparação aos demais poderes. Melo e Pereira (2013) argumentam que, para que o

presidencialismo de coalizão brasileiro funcionasse, seria necessário um Executivo forte fiscalizado pelo Judiciário.

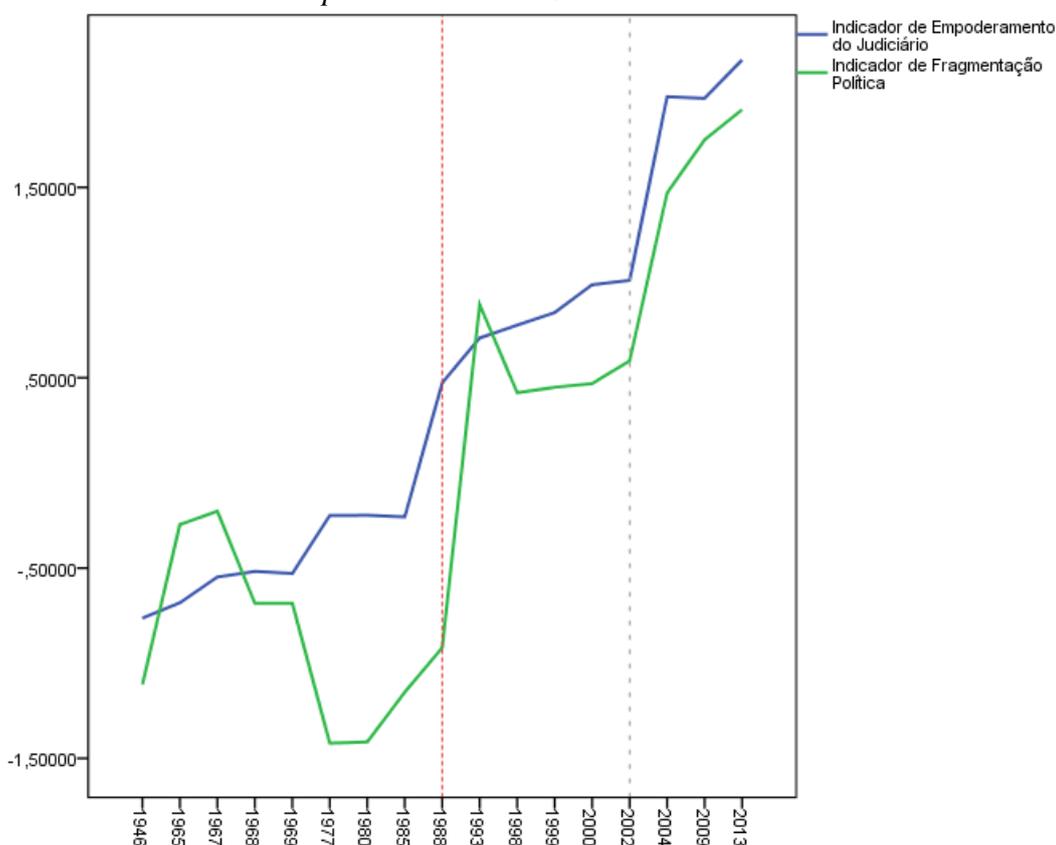
Até aqui, ainda não é possível visualizar a dimensão do empoderamento do Judiciário, mas já se tem uma ideia de como as prerrogativas do Presidente da República e do STF foram sendo modificadas ao longo dos períodos constitucionais. A percepção do empoderamento do Judiciário pode ser dada pelo gráfico 4, na página seguinte. Para construí-lo, foi contabilizada a quantidade de palavras que cada um dos três poderes teve em todas as constituições e nos períodos posteriores a cada Carta Política, onde houve emendamentos. Ressalto que após 1988, os períodos coincidem com o término dos mandatos dos governos Collor/Franco (1994), Cardoso (2002), Lula (2010) e Dilma (2014).

Em alguns momentos as Forças Armadas estão dentro do capítulo do Poder Executivo. Foram deixados de fora do Executivo os funcionários e o Ministério Público, que até 1988 era um órgão do Executivo, mas foram mantidas as Forças Armadas por conta dos regimes ditatoriais. Já o orçamento, como disposto na Constituição, foi contabilizado no Poder Legislativo. Em relação ao Judiciário, a parte relativa aos tribunais e juízes dos Estados não fora contabilizada.

Os dois gráficos a seguir mostram a dispersão da fragmentação partidária e do número de palavras relativas ao Poder Judiciário na Constituição, no tempo. Na dispersão do NEP é possível captar a curva à esquerda, que remete à fragmentação partidária da Primeira República (não há dados disponíveis sobre o número de parlamentares por partidos, uma vez que cada Estado possuía um partido). O gráfico 3 mostra uma relação quadrática em relação ao período. Isso se deve aos períodos ditatoriais (1930-1945; 1964-1985) nos quais os partidos foram severamente perseguidos.

O gráfico 5, mostra mais claramente a associação dos dois fenômenos (empoderamento judicial e fragmentação partidária) no tempo. A linha pontilhada vermelha indica o ponto de não retorno, ou seja, a partir do qual o Poder Judiciário se consolida como última palavra em matéria constitucional, incluindo as propostas que procurem tirar-lhe poder. A curva crescente da linha azul corrobora esse argumento. Já a linha verde sofre diversas oscilações e a maior área de distanciamento entre a verde e a azul se dá justamente no período ditatorial militar. Já a partir de 2002 verifica-se um alinhamento da linha verde com a azul marcado pela linha pontilhada cinza, ilustrando que o ápice de poder tem se dado no momento de maior robustez da democracia brasileira, principalmente a partir de 2003. Ao assumir a Presidência, Lula teve dificuldades em implementar sua agenda pela via Legislativa, optando pela via judicial ao nomear ministros progressistas ligados a partidos de esquerda e movimentos sociais Koerner (2013). Para tanto, precisaria de um Judiciário forte.

Gráfico 5 *Indicador de Empoderamento Judicial e Indicador de Fragmentação partidária entre 1945 e 2013.*



4.2 Análise dos Dados: O Poder Institucional do Judiciário Brasileiro no Tempo

O método de contagem do número de palavras totais do Poder Judiciário na Constituição pode sofrer críticas, pois a extensão da Constituição brasileira aumentou consideravelmente no tempo, tendo saltado de 8.111 palavras em 1891 para 49.913 em 1988 (textos originais, sem emendas), um aumento de 615,37% em pouco mais de 97 anos, uma média de 6,34% de aumento ao ano. Já entre 1988 e 2014⁸⁰ o aumento foi de 40,06% em 26 anos, já que o Texto Constitucional hoje está em torno de 70 mil palavras (considerando as emendas). Se for considerado o lapso temporal entre 1891 e 2014, chega-se ao cálculo de que foram 863,02% de aumento, com média de 7,01% ao ano. Apenas o capítulo referente ao Judiciário tinha, em 1891, 802 palavras. Em 2014 são 7.754, um aumento de 966,83% em 123 anos, com média de 7,86% ao ano. As taxas anuais de crescimento parecem não ser tão díspares, mas é importante considerar que a Constituição é extensa por conta de mais de 30% de seu texto ser destinado a Políticas Públicas. Ou seja, a proporção de texto dedicado ao Judiciário cresceu significativamente, mais do que a taxa média de crescimento da própria Constituição. Se em 1891 o Judiciário representava 9,88% do texto constitucional, em 2014 essa proporção equivalia a 11,07%, mesmo com toda a parte destinada aos atos transitórios e políticas públicas, que não estavam presentes em 1891. Tudo isso sem levar em conta que, todo o sistema tributário brasileiro está no texto constitucional.

Para ilustrar melhor o aumento do poder institucional do Judiciário, comparamos o Número de Palavras (NP) do Judiciário com o NP dos demais poderes. Essa ilustração servirá como média comparativa na próxima subseção. Como se pode observar no gráfico 5, as curvas mais inclinadas em direção ao aumento da extensão dos poderes judiciais se deram em períodos pós-constituintes como em 1926-34, 1945-6, 1972-88 e extraordinariamente entre 2002-10 por conta da Emenda Constitucional 45 de 2004. Todavia, o que aparenta ser mais incrível não é a inclinação das curvas, mas a superação da extensão do Poder Judiciário em relação ao Legislativo no período 2002-10, Governo Lula, portanto. No eixo *x* encontram-se os períodos históricos, enquanto que no eixo *y* encontra-se o número de palavras para cada poder (Judiciário em preto, Legislativo em vermelho e Executivo em azul). Também é importante reportar que não foram as Constituições as que mais aumentaram o número de palavras do Judiciário, mas as

⁸⁰ Considerando o texto emendado.

emendas constitucionais como fica claro no quadro abaixo, a partir de uma simples comparação de médias.

Quadro 3 *Aumento do Poder Judicial por tipo de modificação constitucional*

Tipo	NPPJ (média)	N	Desvio Padrão
Emenda Constitucional	4366,95	22	1938,004
Constituição	3028,71	7	1463,062
Total	4043,93	29	1901,378
	iSTF (média)	N	Desvio Padrão
Emenda Constitucional	81,23	22	40,737
Constituição	48,71	7	22,860
Total	73,38	29	39,460

O quadro acima traz dados interessantes. É intuitivo que o instrumento mais utilizado para aumentar o poder do Judiciário na Constituição, sejam as emendas constitucionais, pois elas captam os momentos subsequentes à Assembleia Constituinte. Entretanto, não é intuitivo que elas tenham produzido um aumento médio superior ao das constituições. Isso fica claro tanto para a medida de número de palavras (NPPJ) quanto para a medida de indicador de empoderamento institucional (iSTF) cuja variância se dá entre 12 e 137.

Quadro 4 *Autoria das Emendas Constitucionais*

Autoria	N	%	NPPJ (média)	Varição
Legislativo	10	45,5	5.177,5	9,33%
Executivo	12	54,5	3.691,5	-0,959%
Total	22	100	4.366,95	3,72%

NPPJ (média): média do número de palavras por tipo de evento.

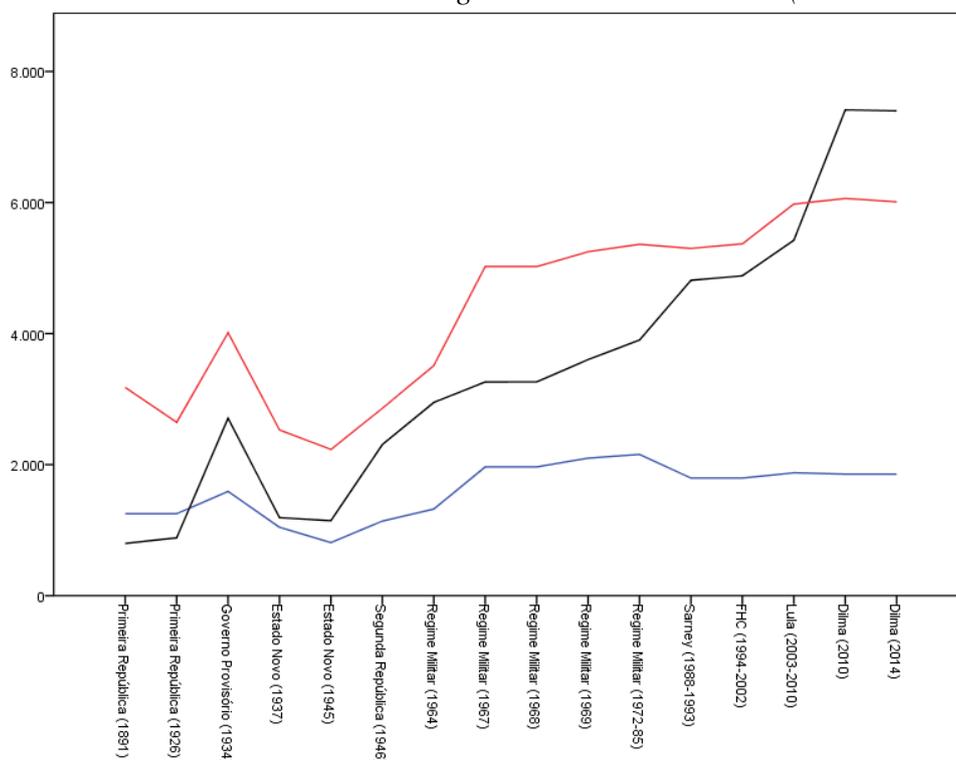
O quadro acima mostra que o Executivo foi quem mais propôs emendas constitucionais, com intuito de alterar o Judiciário. Entretanto, o Legislativo foi responsável por um aumento de 9,33% enquanto que o Executivo foi responsável por uma tímida diminuição de quase 1%. Para esse cálculo foram excluídas as sete constituições.

Quadro 5 *Autoria das Mudanças Constitucionais por Regime*

Variável \ Autoria	iSTF			NMP		
	Média	N	Desvio Padrão	Média	N	Desvio Padrão
Ditadura	45,06	17	14,56	1,33	9	0,5
Democracia	113,5	12	25,68	4,75	12	2,41
Total	73,38	29	39,64	3,29	21	2,513

O quadro acima mostra o impacto do regime nas prerrogativas do STF e no número mínimo de partidos. Sob o período ditatorial houve a maior parte das modificações das prerrogativas do Supremo, mas foi no período democrático em que essas mudanças foram mais significativas. Pelo quadro acima, no período democrático o STF teve um aumento de prerrogativas 2,51 vezes maior que no período ditatorial. E fica bastante claro que o número mínimo de partidos necessários para implementar mudança constitucional no período ditatorial era, em média, próximo a um.

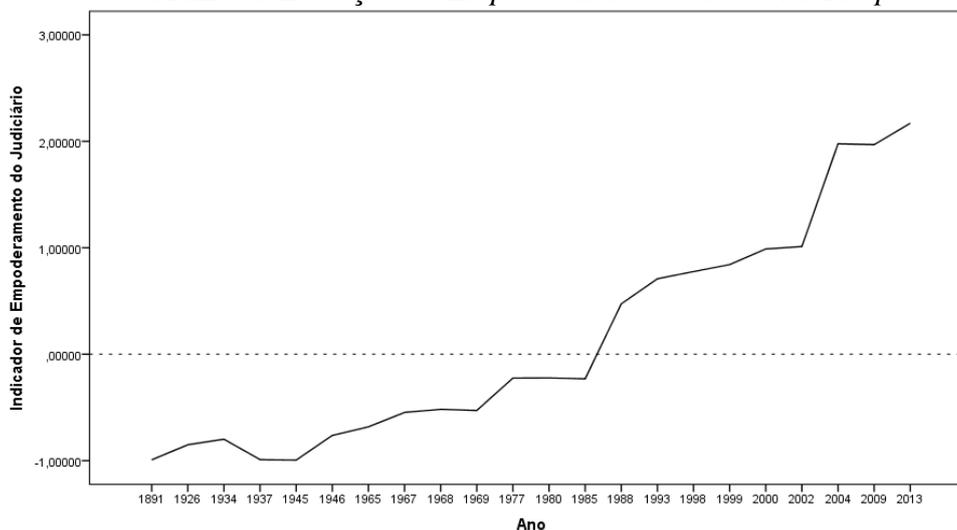
Gráfico 6 *Indicador das Prerrogativas dos Três Poderes (1891 – 2014)*



O gráfico acima mostra a evolução dos poderes institucionais para os três poderes. Enquanto que o Executivo permaneceu no mesmo patamar (aumentou 1,432 vezes), o

Judiciário que em 1891 tinha o menor tamanho dentre os três, aumentou 9,66 vezes, ultrapassando o Legislativo que na primeira república era o maior dos três e hoje está em segundo lugar, com um aumento de 1,667 vezes.

Gráfico 7 *Evolução do Empoderamento Judicial no Tempo*

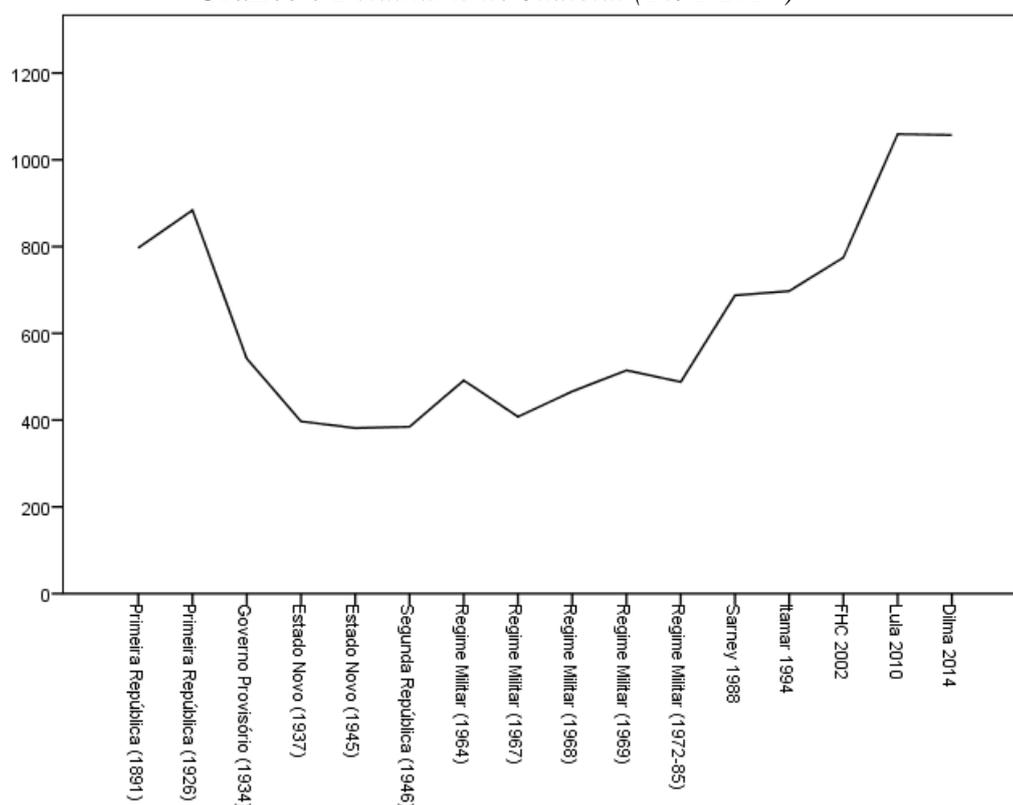


O gráfico acima mostra a evolução do empoderamento judicial no tempo já com a variável fatorizada. Uma outra variável importante a ser analisada é a do detalhamento da extensão do poder judiciário na Constituição com base em Elkins *et al* (2009). O gráfico 8 mostra a variação do detalhamento no tempo. É importante mostrar que a primeira Constituição republicana (1891) e o primeiro emendamento (1926) elevam o detalhamento em virtude de não haver tópicos dentro da seção do Judiciário, o que passa a acontecer a partir de 1934. Durante todo o regime militar o nível de detalhamento do Judiciário permaneceu entre os mais baixos, passando a elevar-se após a Constituição de 1988 e tendo ápice no governo do Partido dos Trabalhadores (PT).

Para analisar o poder institucional do Judiciário brasileiro selecionamos quatro variáveis cuja unidade de análise é a mudança constitucional, através das constituições no ano de sua promulgação e os períodos de emendamento constitucional. Aqui não está se trabalhando com a amostra, mas com a população que constitui 29 casos. As variáveis dependentes são a extensão do poder institucional do Judiciário calculadas pelo indicador de poder institucional do STF (iSTF), o número de palavras (NPPJ) da seção destinada ao Judiciário pela Constituição, o grau de detalhamento (D) mensurado pelo número de palavras dividido pela quantidade de tópicos (NP/T) e o Indicador de Empoderamento do Judiciário (IEJ), que se trata da transformação fatorial das três

variáveis anteriores. As variáveis independentes medem a fragmentação das forças políticas mensuradas pelo Número Mínimo de Partidos (NMP), o número efetivo de partidos (NEP) e pelo índice de fracionalização de Rae (F), e pela transformação fatorial das demais variáveis independentes, que chamamos de Indicador de Fragmentação Partidária (IFP).

Gráfico 8 *Detalhamento Judicial (1891-2014)*



Como se pode observar na tabela 17 (próxima página), há quatro casos omissos para as variáveis NEP e F, em virtude da ausência de dados para períodos anteriores a 1945 e oito casos para NMP, por ausência de dados anteriores a 1946, todas utilizadas para o cálculo da fragmentação partidária. Também é possível perceber que apenas duas variáveis têm uma distribuição normal (quando a média é igual a zero e o desvio padrão igual a um).

Embora apenas essas duas variáveis possuam distribuição normal, elas satisfazem os outros pressupostos de uma relação linear, quais sejam: 1) *aleatoriedade* – como estamos trabalhando com parâmetros populacionais a aleatoriedade não é necessária; 2) *dispersão com padrão de reta* – o exame visual do diagrama de dispersão mostra uma relação linear que se aproxima de uma reta entre as variáveis dependentes e as variáveis independentes; 3) *outliers* – devem ser removidos caso se saiba que são erros. A tabela

18 (na página 122) mostra as correlações entre as variáveis que medem o empoderamento institucional do Poder Judiciário e as que medem a fragmentação das forças políticas na Câmara dos Deputados.

Tabela 17 *Descrição das Variáveis*

	N	Tipo	Mensuração	Mínimo	Máximo	Média	Desvio Padrão
iSTF	29	D	Contagem	12	137	73,38	39,460
NPPJ	29	D	Contagem	802	7754	4043,93	1901,378
D	29	D	Contagem	445	1108	665,64	185,395
IEJ	29	D	Contínua	-1,027	2,170	0	1
NMP	21	I	Contagem	1	9	3,29	2,513
NEP	25	I	Contagem	1,79	11,77	4,9984	2,93509
F	25	I	Contínua	0,494	0,915	0,77224	0,136521
IFP	21	I	Contínua	-1,420	1,908	0	1
N válido	21						

D. Variável Dependente

I. Variável Independente

Ela também expõe fortes e significativas correlações dentre as quais nos interessam sete. O argumento é o de que, à medida em que aumenta a fragmentação partidária, também aumenta a incerteza, que por sua vez aumenta a tendência de os partidos delegarem poderes a um corpo não eleito e que possa agir como um árbitro neutro em futuras disputas políticas levadas a ele. Pela tabela 18 é possível verificar que há dezesseis correlações significativas. A primeira delas se dá entre o número mínimo de partidos (NMP) e o IEJ com valor de 0,960 a 99% de significância, a mais forte⁸¹ das correlações. A segunda se dá entre o Indicador de Fragmentação partidária (IFP) e o Indicador de Empoderamento Judicial (IEJ) cuja correlação é de 0,869 com nível de 99% de significância. A terceira se dá entre o IEJ e o Número Efetivo de Partidos (NEP) com uma associação de 0,866 a 99%. O NEP tem forte correlação com o número de palavras destinadas ao Poder Judiciário, aqui utilizada como uma medida *proxy* para extensão de poder institucional. Ou seja, à medida que o NEP aumenta, a extensão do Poder Judiciário também aumenta. Um pouco menos robusta é a correlação entre as variáveis dependentes (que medem o poder institucional do Poder Judiciário) com o índice *F* (Índice de Fracionalização de Rae). Logo, pode-se concluir que há correlação

⁸¹ A correlação de 0,964 entre iSTF e IEJ e a de 0,966 entre IFP e NEP não são levadas em consideração, pois as variáveis correlacionadas medem a mesma coisa: empoderamento judicial e fragmentação política, respectivamente.

positiva entre as variáveis que medem o Poder Judicial do Judiciário e as que medem a fragmentação partidária.

Tabela 18 *Correlação entre Poder Judicial e Fragmentação partidária*

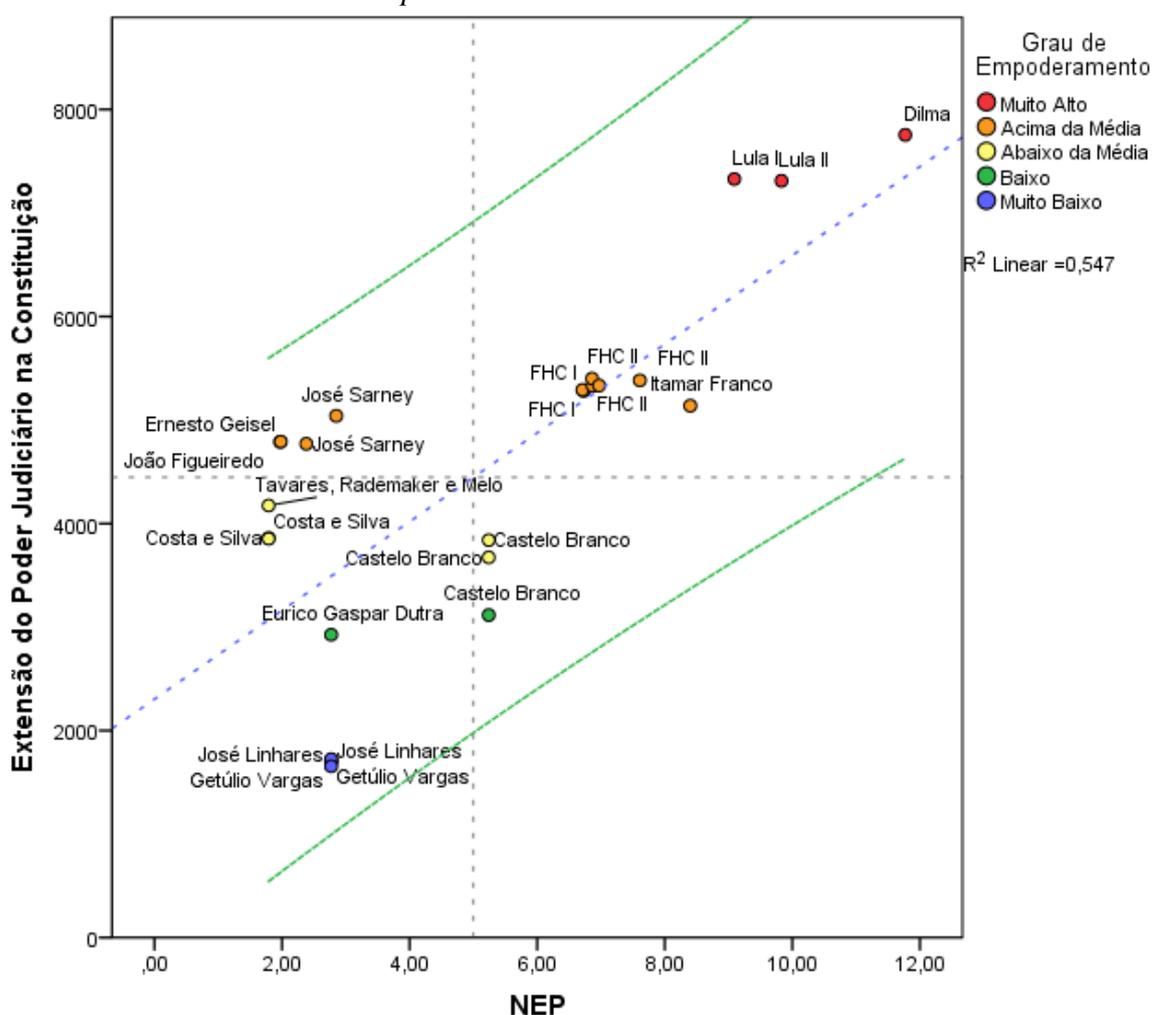
		IEJ	NPPJ	iSTF	D	IFP	NMP	NEP	F
IEJ	Correlação de Pearson	1	0,925**	0,964**	0,803**	0,869**	0,960**	0,866**	0,529**
	Sig. (bicaudal)		0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,000	0,007
	N		29	29	29	21	21	25	25
NPPJ	Correlação de Pearson		1	0,914**	0,549**	0,780**	0,946**	0,739**	0,481*
	Sig. (bicaudal)			0,000	0,002	0,000	0,000	0,000	0,015
	N			29	29	21	21	25	25
iSTF	Correlação de Pearson			1	0,665**	0,864**	0,895**	0,866**	0,578**
	Sig. (bicaudal)				0,000	0,000	0,000	0,000	0,003
	N				29	21	21	25	25
D	Correlação de Pearson				1	0,876**	0,966**	0,869**	0,448*
	Sig. (bicaudal)					0,000	0,000	0,000	0,025
	N					21	21	25	25
IFP	Correlação de Pearson					1	0,889**	0,966**	0,742**
	Sig. (bicaudal)						0,000	0,000	0,000
	N						21	21	21
NMP	Correlação de Pearson						1	0,871**	0,395
	Sig. (bicaudal)							0,000	0,076
	N							21	21
NEP	Correlação de Pearson							1	0,669**
	Sig. (bicaudal)								0,000
	N								25
F	Correlação de Pearson								1
	Sig. (bicaudal)								
	N								

O gráfico 9 (a seguir) mostra a relação entre a extensão do judiciário (número de palavras) e o número efetivo de partidos. Os dados estão agrupados (*cluster k*) para identificar similaridades e diferenças entre os períodos com base na variável do eixo y.

As cores foram definidas com base nas médias, cuja escala foi arbitrariamente construída para fins de melhor visualização.

Pela distância dos pontos em relação à reta de ajuste é possível verificar que a partir de FHC I a relação é bem linear. O gráfico 1 no capítulo 3, mostra uma relação linear mais robusta, uma vez que utiliza no eixo *x* o indicador de fragmentação partidária e no eixo *y* o indicador de empoderamento judicial. As linhas pontilhadas verdes significam o intervalo de confiança de 95%, dentro do qual encontram-se todos os casos.

Gráfico 9 *Dispersão entre Poder Normativo do Judiciário e NEP por Grau de Empoderamento Institucional*



Para medir o impacto da fragmentação partidária sobre o poder institucional do Judiciário, foi utilizado o método dos Mínimos Quadrados Ordinários (MQO). No modelo 1 foi feita uma regressão linear entre o Indicador de Empoderamento do Judiciário (IEJ) como variável dependente e o Número Mínimo de Partidos (NMP)

como variável independente. Como a variável dependente é uma transformação fatorial, suas unidades são contabilizadas em desvios padrão. Logo, a interpretação do modelo 1 é a de que o aumento de uma unidade (nesse caso, um partido) na variável NMP causa a elevação de 0,362 desvio padrão na variável dependente, com um p valor $< 0,01$ e com um R^2 ajustado indicando que o modelo explica 91,8% da variância. Os modelos são bivariados, pois as variáveis independentes NMP, NEP e F trarão problemas de multicolineariedade por estarem fortemente correlacionadas.

Tabela 19 Modelo MQO para Medir o Impacto da Fragmentação Partidária no Empoderamento Institucional

	Modelo 1	Modelo 2	Modelo 3	Modelo 4
NMP	0,362*** (0,024)			
NEP		0,296*** (0,036)		
F			3,888*** (1,300)	
IFP				0,823*** (0,108)
Constante	-0,827*** (0,099)	-1,335*** (0,205)	-2,857*** (1,019)	0,362*** (0,105)
R ² Ajustado	0,918	0,740	0,249	0,742
N	21	25	25	21

Variável Dependente: Indicador de Empoderamento Judicial (IEJ).

*** p valor $< 0,01$ ** p valor $< 0,05$ * p valor $< 0,10$

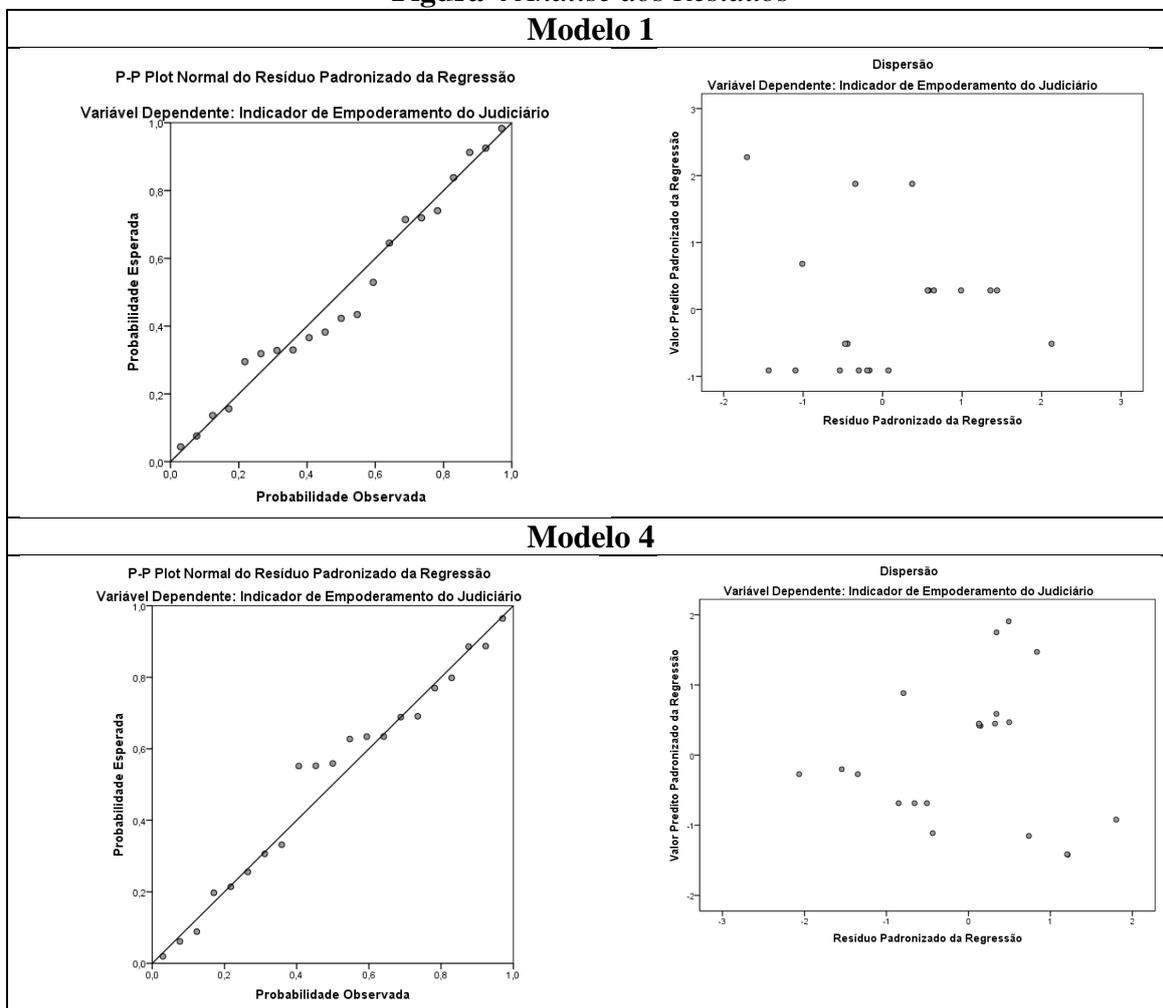
No modelo 2 foi feita uma regressão linear entre o IEJ a variável independente NEP. A significância estatística do coeficiente permaneceu a mesma (p valor $< 0,01$), mas o ajuste do modelo foi pior, caindo de 91,8 para 74% de força explicativa. Assim, o aumento de um partido efetivo causa um impacto de 0,296 desvio padrão na variável dependente.

No modelo 3 foi feita outra regressão linear com a variável da fracionalização de Rae (F). O coeficiente de impacto desse modelo foi o maior, e isso se deve em função da distribuição da variável F, cuja variância vai de 0 a 1 (onde zero é menos fracionalizado e um é totalmente). Assim o aumento de uma unidade em F, causa o aumento de 3,888 desvios padrão na variável dependente. O ajuste do modelo, entretanto, foi o pior de todos com um R^2 indicando 24,9% de explicação da variância.

No modelo 4 foi feita uma regressão linear entre IEJ e o indicador de fragmentação partidária, que é uma transformação fatorial das variáveis independentes anteriores. Sendo assim a leitura do modelo é a de que o aumento de um desvio padrão

na fragmentação partidária, causa a elevação de 0,823 desvio padrão do empoderamento institucional do judiciário com um p valor $< 0,01$. Entretanto, o modelo explica 74,2% da variância, que aponta para um bom modelo, mas inferior ao modelo 1.

Figura 4 Análise dos Resíduos



Em relação aos resíduos dos modelos, segundo Triola (2008, pp. 436-8), ao se plotar as duas variáveis presentes no modelo de regressão, o ideal é que haja uma relação linear entre elas como aponta o gráfico da esquerda. Em relação à análise dos resíduos, a equação de regressão é uma boa representação da associação entre as duas variáveis se o gráfico dos resíduos não revela qualquer padrão, como fica registrado no gráfico à direita. Como visto, o modelo 1 (que utiliza a variável independente NMP) é o que possui o melhor ajuste. Além do MQO há outros modelos que foram utilizados para mensurar os diferentes impactos das variáveis independentes nas variáveis dependentes. Em virtude da transformação fatorial, as três variáveis dependentes (NPPJ, D e iSTF) que são do tipo contagem, foram transformadas em uma variável contínua, sendo

possível a análise através de um modelo linear. A seguir foram utilizados dois modelos para variáveis de contagem. Já que o objetivo da análise de regressão é encontrar uma equação que estima, da melhor forma o impacto na variável dependente, a partir de um conjunto de variáveis explicativas (Hair *et al*, 2005), também é interessante usar outros modelos, já que o fenômeno do empoderamento judicial possui mais de um tipo de variável dependente. O primeiro desses modelos é o de Poisson. Esse modelo faz parte da família dos Modelos Lineares Generalizados (MLG) que representa a união de modelos lineares e não lineares, com uma distribuição da família exponencial, que é formada pela distribuição normal, Poisson, binomial, gama, normal inversa e incluem modelos lineares tradicionais (erros com distribuição normal), bem como modelos logísticos (Schmidt, 2003, *apud* Tadano, Ugaya e Franco, 2009, p. 243). O modelo de regressão de Poisson tem por característica a análise de dados em forma de proporções ou razões de contagem (Tadano *et al*, 2009). O problema do modelo de Poisson para os dados dessa pesquisa é que a média da variável dependente tem de ser igual à variância.

Tabela 20 Modelo de Poisson para variável dependente *iSTF*

	Modelo 1	Modelo 2	Modelo 3	Modelo 4
NMP	0,122*** (0,008)			
NEP		0,124*** (0,007)		
F			2,216*** (0,192)	
IFP				0,328*** (0,023)
Constante	4,032*** (0,041)	3,699*** (0,049)	2,639*** (0,157)	4,433*** (0,024)
Log Likelihood	-105,49	-134,63	-204,97	-105,75
LR Chi ²	201,49***	288,32***	147,64***	200,97***
Pseudo R ²	0,4885	0,517	0,264	0,487
N	21	25	25	21

*** *p* valor < 0,01 ** *p* valor < 0,05 * *p* valor < 0,10

Mesmo violando esse pressuposto, o modelo de Poisson foi rodado e os coeficientes estão na tabela acima. Diferente do modelo MQO, a variável independente NEP deu a melhor resposta nos modelos 1 a 4, cuja variável dependente é o indicador de poder do Supremo (*iSTF*).

Tabela 21 Modelo de Poisson para variável dependente NPPJ

	Modelo 5	Modelo 6	Modelo 7	Modelo 8
NMP	0,088*** (0,001)			
NEP		0,090*** (0,000)		
F			1,468*** (0,024)	
IFP				0,197*** (0,003)
Constante	8,195*** (0,005)	7,912*** (0,006)	7,247*** (0,019)	8,492*** (0,003)
Log Likelihood	-586,47	-4414,62	-6590,02	-1383,28
LR Chi ²	5.611,58***	8.168,94***	3.818,14***	4.017,96***
Pseudo R ²	0,827	0,480	0,224	0,592
N	21	25	25	21

Variável dependente: iSTF nos modelos 1 a 4. Variável dependente: NPPJ nos modelos 5 a 8

*** p valor < 0,01 ** p valor < 0,05 * p valor < 0,10

Já nos modelos 5 a 8, cuja variável dependente é o número de palavras da Constituição, a variável independente NMP teve melhor resposta. No primeiro caso, o ajuste teve um Pseudo R² de 0,488. Já no segundo o modelo explicou 82,7% da variância. Além do modelo de Poisson, o binomial negativo também é utilizado para variáveis de contagem. Os modelos a seguir (quatro para cada variável dependente) serão univariados por conta da alta correlação entre variáveis independentes (que inclusive permitiu uma análise fatorial resultando na variável utilizada nos modelo 4, a seguir.

Tabela 22 Modelo Binomial Negativo para Variável Dependente NPPJ

	Modelo 1	Modelo 2	Modelo 3	Modelo 4
NMP	0,091*** (0,009)			
NEP		-0,085*** (0,021)		
F			1,253** (0,516)	
IFP				0,180*** (0,035)
Constante	8,183*** (0,038)	7,939*** (0,126)	7,416*** (0,405)	8,493*** (0,036)
Log Likelihood	-160,37	-215,61	-219,29	-170,55
LR Chi ²	37,21***	12,42***	5,05**	16,86***
Pseudo R ²	0,104	0,028	0,011	0,047
N	21	25	25	21

*** p valor < 0,01 ** p valor < 0,05 * p valor < 0,10

O Número Mínimo de Partidos, assim como no modelo MQO, teve o melhor ajuste do modelo (pseudo $R^2 = 0,104$) e com um impacto mais forte que a variável NEP.

Tabela 23 Modelo Binomial Negativo para Variável Dependente *iSTF*

	Modelo 1	Modelo 2	Modelo 3	Modelo 4
NMP	0,139*** (0,019)			
NEP		0,129*** (0,017)		
F			2,032*** (0,529)	
IFP				0,336*** (0,048)
Constante	3,972*** (0,081)	3,673*** (0,103)	2,785*** (0,417)	4,431*** (0,047)
Log Likelihood	-89,38	-108,66	-118,02	-90,778
LR Chi ²	27,88***	29,82***	11,09***	24,10***
Pseudo R ²	0,134	0,120	0,045	0,121
N	21	25	25	21

*** p valor < 0,01 ** p valor < 0,05 * p valor < 0,10

Os impactos de F e IFP são maiores porque elas possuem variação de 0 a 1 e de -1,42 a 1,91 respectivamente. Assim, o aumento de uma unidade nelas produz um efeito maior, já que ao considerarmos uma unidade em F, estaremos considerando o valor máximo da variável, diferente de NMP e NEP que variam de 1 a 9 e de 1,79 a 11,77 respectivamente.

Tabela 24 Modelo Binomial Negativo para Variável Dependente *D*

	Modelo 1	Modelo 2	Modelo 3	Modelo 4
NMP	0,106*** (0,008)			
NEP		0,078*** (0,009)		
F			0,960*** (0,344)	
IFP				0,240*** (0,030)
Constante	6,132*** (0,034)	6,075*** (0,052)	5,742*** (0,270)	6,489*** (0,031)
Log Likelihood	-115,94	-146,57	-160,83	-125,79
LR Chi ²	47,20***	35,12***	6,60**	28,72***
Pseudo R ²	0,169	107	0,020	0,102
N	21	25	25	21

*** p valor < 0,01 ** p valor < 0,05 * p valor < 0,10

Nos modelos anteriores, as variáveis NMP, NEP e IFP tiveram desempenho semelhante, indicado que o indicador de empoderamento do STF é impactado pelas três, enquanto que o número de palavras é mais impactado pela variável NMP. Novamente o ajuste do modelo que utiliza a variável independente NMP possui o melhor ajuste. Em ambos os modelos (MQO, Poisson e Binomial Negativo) fica claro o impacto positivo da fragmentação partidária no empoderamento institucional do Judiciário, e fica ainda mais claro que a melhor resposta vem da variável que conta o número mínimo de partidos capaz de promover modificações constitucionais.

4.2.1 Análise de Dados com Termos Interativos

Segundo Brambor, Clark e Golder (2006) os argumentos institucionais frequentemente implicam que a relação entre *inputs* e *outputs* políticos variam a depender do contexto institucional. Nesse sentido, eles argumentam que se a hipótese a ser testada possui condicionantes, o ideal é fazer um termo interativo para captar o efeito do contexto institucional no impacto da variável independente sobre a dependente. No caso dessa pesquisa há três contextos institucionais. O primeiro diz respeito ao regime político, se ditadura (1) ou democracia (0). A hipótese condicionada é a de que a fragmentação partidária impacta positivamente com menor intensidade no empoderamento judicial sob o regime ditatorial do que sob a democracia. O segundo diz respeito ao mecanismo utilizado para aumentar o empoderamento do judiciário, se pela Constituição (1) ou por Emendas Constitucionais. A hipótese condicional é a de que o momento pós-constitucional ou não-constituente faça com que a fragmentação política tenha um impacto maior no empoderamento judicial do que no momento da Assembleia Constituinte. O terceiro e último contexto é o ator que empoderou o Judiciário, se o Executivo (1) ou o Legislativo. A hipótese condicional é a de que o Executivo potencializou o efeito positivo da fragmentação partidária no empoderamento judicial. As tabelas a seguir trazem os modelos. É importante ressaltar que a variável Indicador de Fragmentação Partidária – IFP, foi a escolhida para fazer as interações devido a sua natureza contínua, com média zero e desvio padrão um, o que torna a interação mais fácil de ser feita com variáveis dicotômicas.

Tabela 25 MQO com termo interativo para Regime Político

	Modelo 1	Modelo 2	Modelo 3	Modelo 4
IFP	0,823*** (0,107)			-0,373* (0,190)
Regime		1,673*** (0,208)		1,274*** (0,189)
IFP * Regime			1,062*** (0,165)	1,170*** (0,208)
IFP + Regime + IFP * Regime				
Constante	0,362*** (0,104)	-0,692*** (0,134)	0,019 (0,130)	-0,744*** (0,167)
Teste F	58,59***	64,14***	41,05***	84,96***
R ² Ajustado	0,742	0,742	0,666	0,926
N	21	29	21	21

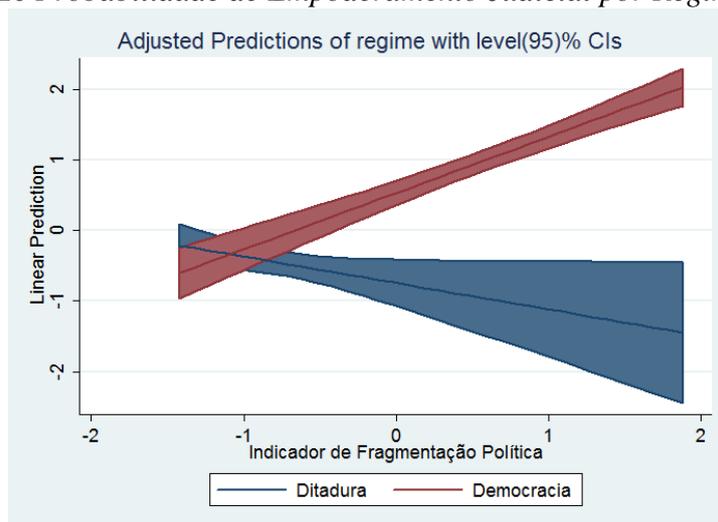
Variável Dependente: Indicador de Empoderamento Judicial (IEJ).

Variável independente: Regime (democracia = 1; ditadura = 0).

*** p valor < 0,01 ** p valor < 0,05 * p valor < 0,10

Na tabela acima o modelo 1 significa o linear, onde o aumento de uma unidade (um desvio padrão) no Indicador de Fragmentação Partidária (IFP) produzirá um aumento de 0,823 desvio padrão no Indicador de Empoderamento Judicial (IEJ). Já o modelo 4, que capta o termo interativo, mostra o impacto do IFP no IEJ quando a variável regime é zero, ou seja, quando não há democracia a fragmentação política tem um impacto menor no IEJ, em relação ao período em que há democracia. O gráfico abaixo ilustra a probabilidade do efeito marginal.

Gráfico 10 Probabilidade de Empoderamento Judicial por Regime Político



O gráfico 10 mostra que durante o regime democrático a probabilidade de haver empoderamento judicial é maior do que no regime ditatorial.

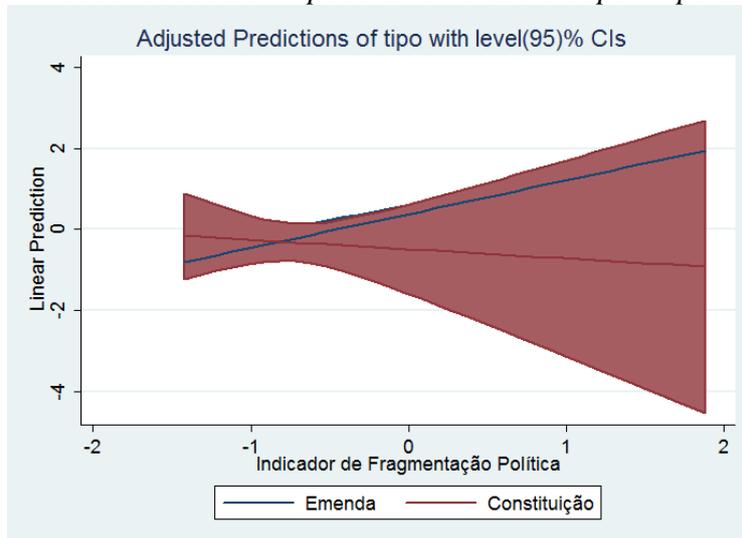
Tabela 26 MQO com termo interativo para Tipo de Modificação Constitucional

	Modelo 1	Modelo 2	Modelo 3	Modelo 4
IFP	0,823*** (0,107)			0,834*** (0,115)
Tipo		-0,765* (0,416)		-0,866 (0,574)
IFP * Tipo			0,857*** (0,129)	-1,063 (0,708)
IFP + Tipo + IFP * Tipo				
Constante	0,362*** (0,104)	0,184 (0,204)	0,482** (0,220)	0,379*** (0,117)
Teste F	58,59***	3,37*	1,89	20,77***
R ² Ajustado	0,742	0,078	0,042	0,747
N	21	29	21	21

Variável Dependente: Indicador de Empoderamento Judicial (IEJ).
 Tipo de modificação Constitucional (Constituição = 1; Emenda = 0)
 *** p valor < 0,01 ** p valor < 0,05 * p valor < 0,10

Já em relação à modificação constitucional, quando ela é feita por emenda o impacto do IFP no IEJ indica ser ligeiramente superior, por conta das inclinações da linha azul e da vermelha. Esse leve aumento se dá em virtude de as emendas constitucionais serem mais frequentes do que constituições.

Gráfico 11 Probabilidade de Empoderamento Judicial por Tipo de Alteração



Entretanto, materialmente, não há como dizer se há diferença, inclusive porque os coeficientes do termo interativo no modelo não foram estatisticamente significantes. No gráfico 11 isso fica bastante claro quando a linha azul fica dentro da área vermelha.

Tabela 27 MQO com termo interativo para Autor da Modificação Constitucional

	Modelo 1	Modelo 2	Modelo 3	Modelo 4
IFP	0,823*** (0,107)			0,745*** (0,098)
Autor		-0,577 (0,434)		-0,386* (0,186)
IFP * Autor			1,268* (0,602)	0,622** (0,280)
IFP + Autor + IFP * Autor				
Constante	0,362*** (0,104)	0,434 (0,313)	0,471** (0,212)	0,551*** (0,127)
Teste F	58,59***	1,77	4,43*	30,29***
R ² Ajustado	0,742	0,033	0,176	0,846
N	21	29	17	17 ⁸²

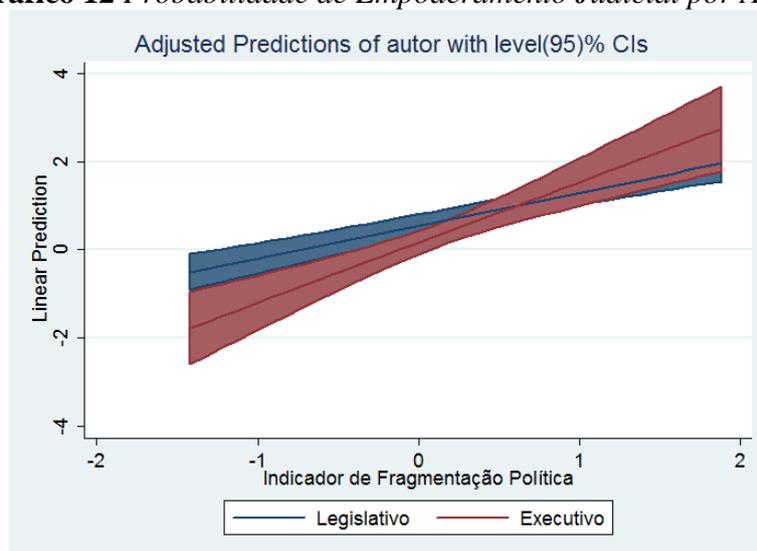
Variável Dependente: Indicador de Empoderamento Judicial (IEJ).

Autor (Executivo = 1; Legislativo = 0)

*** p valor < 0,01 ** p valor < 0,05 * p valor < 0,10

Em relação à autoria das propostas⁸³, o termo interativo no modelo 4 mostra que quando a variável de controle autor é igual a um, ou seja, o Executivo é autor da alteração que empodera o Judiciário, o impacto da fragmentação partidária é ligeiramente menor. Isso fica mais claro com o gráfico 12, que ilustra essa probabilidade.

Gráfico 12 Probabilidade de Empoderamento Judicial por Autor



⁸² Dos 29 eventos, sete foram alterados por constituições. Como as Constituições são exclusivas do Legislativo, apenas os 22 eventos alterados por emenda constitucional permaneceram no modelo. Como não há mensuração de fragmentação partidária para todos os eventos, trabalhou-se com 17 casos.

⁸³ A autoria é dividida entre Executivo e Legislativo com base no site da Câmara dos Deputados. Vale ressaltar que o Executivo não pode promulgar nenhuma das alterações, mas pode iniciar o processo legislativo de uma proposta de emenda constitucional, através do Presidente da República.

Porém, materialmente, o gráfico mostra não haver diferença estatisticamente significativa uma vez que as linhas se misturam no gráfico.

Para todos os modelos acima, a variável dependente utilizada foi o indicador de empoderamento judicial. Antes de finalizar essa análise surge uma pergunta interessante. Uma vez que variável iSTF, que mensura apenas o poder do STF pelas suas prerrogativas, vale à pena perguntar: Quem mais empoderou o STF? A hipótese que a literatura especializada sempre levanta é a de que o Supremo Tribunal Federal ficou bastante forte principalmente com a ajuda do Executivo. Para captar esse efeito abaixo seguem os dados utilizando uma regressão binomial negativa e com termo interativo.

Tabela 28 Modelo Binomial Negativo com termo interativo para Autor

	Modelo 1	Modelo 2	Modelo 3	Modelo 4
IFP	0,336*** (0,035)			0,283*** (0,035)
Autor		-0,111 (0,243)		-0,056 (0,069)
IFP * Autor (autor = 1)			0,684*** (0,099)	0,424*** (0,047)
(autor = 0)			0,291*** (0,034)	
IFP + Autor + IFP * Autor				
Constante	4,435*** (0,047)	4,417*** (0,175)	4,428*** (0,035)	4,454*** (0,047)
Log Likelihood	-90,77	-117,77	-67,45	-64,136
LR Chi ²	25,10***	0,21	33,42***	34,05***
Pseudo R ²	0,121	0,000	0,198	0,202
N	21	21	17	17

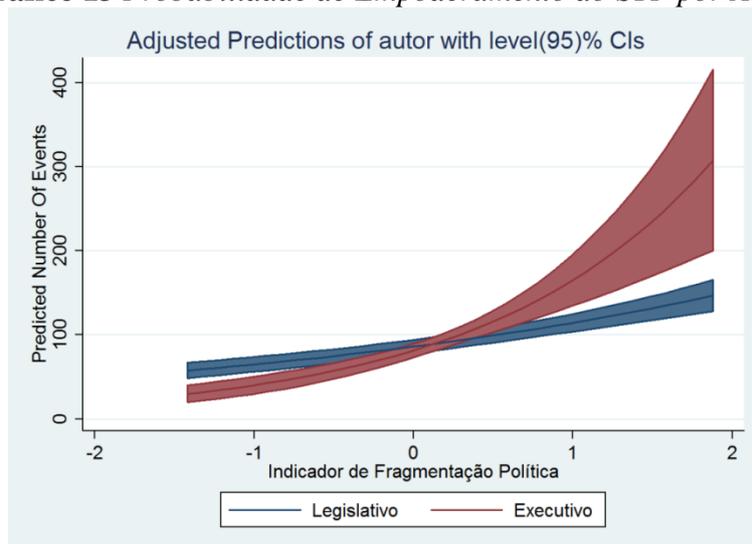
Variável Dependente: Indicador de Poder do STF (iSTF)

Autor (Executivo = 1; Legislativo = 0)

*** p valor < 0,01 ** p valor < 0,05 * p valor < 0,10

Os dados mostram que o Executivo tem maior probabilidade de empoderar o STF do que o Legislativo. É diferente do que ocorre em relação ao restante do Judiciário como exibido na tabela 27 e gráfico 12 (na página 132). A tabela acima é ilustrada na página seguinte, pelo gráfico 13. Nele fica claro que, é estatisticamente significativa, a maior probabilidade de o Executivo dar mais poder ao Supremo Tribunal Federal, em relação ao Legislativo.

Gráfico 13 Probabilidade de Empoderamento do STF por Autor



Após a análise dos dados fica claro que a fragmentação partidária, aqui representada impacta fortemente no aumento do poder judiciário. De acordo com Borsani (2003) vários autores assinalam que a natureza do sistema partidário é extremamente relevante, não apenas para a estabilidade do regime democrático, mas para um bom desempenho econômico. Segundo ele “a fragmentação partidária é considerada frequentemente como uma das características mais prejudiciais ao sistema político” (Borsani, 2003, p. 179). Ele também afirma que

Não é só que as eleições nesses sistemas [fragmentados e polarizados] facilitam comportamentos oportunistas e estimulam a postergação de políticas corretivas, mas que a combinação de sistemas partidários instáveis e voláteis com profundos antagonismos programáticos ou partidários entre os competidores, aumenta a incerteza e desestabiliza as expectativas sobre o curso das políticas futuras, devido à alta probabilidade de mudanças significativas entre os diferentes governos (Brittan, 1977 *apud* Borsani, 2003, p. 179)

Maria do Carmo Campello de Souza afirma que

Considerada *ex post facto* a atrofia do poder legislativo explica-se, em boa parte, também pela atrofia do sistema partidário enquanto sistema externo ao legislativo, ao nível portanto das demais entidades políticas e da opinião pública; isto porque a institucionalização do poder legislativo depende do desenvolvimento do sistema partidário, e vice-versa (Souza, 1990, p. 107-8)

Os dados mostram que Negretto (2013) estava certo ao criticar o uso do Número Efetivo de Partidos como variável mais precisa, indicando sua substituição pelo Número Mínimo de Partidos. Também mostram que tanto Ferejohn (2002) quanto Hirschl (2001) estavam certos quando afirmaram que em um ambiente decisório com alta fragmentação partidária, a tendência seria a de fortalecer o Judiciário. Os dados também

mostram que Ginsburg (2003) também estava certo ao afirmar que em ambientes de incerteza (a fragmentação proporciona a incerteza de qual grupo político estará no poder, porque gera mais atores, conseqüentemente, aumentando a competição política) os incumbentes terminam por agir numa lógica de *insurance*, ou seja, empoderam um corpo não eleito popularmente, mas cujas nomeações são por eles decididas, atribuindo-lhe poder capaz de dirimir conflitos futuros e proteger os partidos que estiverem fora do governo. Isso também opera uma lógica de sobrevivência.

Os gráficos apontam que esse empoderamento foi feito não no momento constituinte originário, mas pelas legislaturas ordinárias através de emendas constitucionais. Mostram também que, embora o Executivo tenha proposto a maior parte das emendas que alteraram o Judiciário, foi o Legislativo quem teve maior impacto no empoderamento.

Como o empoderamento institucional é condição necessária (mas não suficiente) para a judicialização e para o ativismo judicial, vários pesquisadores vêm há muito tempo, apontando o aumento da judicialização das relações sociais e do ativismo judicial, apenas possível com o poder institucional (capacidade de julgar) do Poder Judiciário brasileiro. Resta saber se esse fenômeno é de escala global ou determinado por questões peculiares.

5 FRAGMENTAÇÃO DAS FORÇAS POLÍTICAS E PODER INSTITUCIONAL: O Poder Judiciário Brasileiro no Espaço

Se não tivermos confiança na Magistratura, para quem então devemos apelar? Francisco Glicério (Anais do Senado 24/06/1904)

O objetivo do capítulo é o de mostrar o grau de unicidade envolvendo o Brasil por motivos distintos. A seguir há duas análises envolvendo bancos de dados diferentes. A primeira análise tenta estabelecer uma correlação entre o percentual de dispositivos relativos a políticas públicas, no texto constitucional, com o empoderamento judicial, mostrando haver a possibilidade de outro fenômeno impactar no empoderamento judicial, atestando a falseabilidade da hipótese trabalhada no capítulo anterior. A segunda, busca correlacionar a fragmentação partidária (medida pelo NEP) com o empoderamento judicial (medido pelo NPPJ) para 34 democracias estudadas por Lijphart acrescentados os dados sobre o Brasil.

5.1 Análise de Dados: 1988 – Uma Constituição Extremamente Incomum

Arantes e Couto (2009) atestam que com o processo de redemocratização, foi conferido à Constituição de 1988 o caráter de refundação do Estado. Ela é

resultante de impasses de todo o tipo, negociações intrincadas, filtragens sucessivas e coalizões precárias no decorrer de dezenove meses, o projeto aprovado pela Assembléia Constituinte peca por sua falta de unidade lógico-formal, pela ausência de fios condutores entre suas normas, incisos e parágrafos, pela carência de um espírito balizador entre seus capítulos, pela inexistência de identidade e ideologias próprias, pela profusão de casuísmos, arcaísmos e corporativismos ao lado de medidas inovadoras, modernas e democráticas, pela confusão entre temas materialmente constitucionais e temas formalmente constitucionais e pela conjugação desarticulada entre propostas de caráter estrutural e medidas de natureza meramente conjuntural (Carvalho Neto, 2005, p. 60).

A Constituição reveste-se de uma aura emancipatória, que pretende representar a vontade geral e definir um horizonte de felicidade pública. O direito constitucional, mais especificamente a vertente do constitucionalismo democrático, seria um operador privilegiado de decantações, provenientes de princípios democráticos os mais alargados, certamente não minimalistas ou utilitaristas, aproximando a elaboração constitucional de uma atividade de fabricação de mundos (Lessa, 2008, pp. 375 e 390). Essa “fabricação de mundos” a que Lessa se refere pode ser exemplificada nos dispositivos constitucionais que buscavam pôr fim à seca no Nordeste. “Passados quinze anos da

edição daquele dispositivo, o mundo idealizado não decantou, a precipitação pluvial no semiárido seguiu sendo a mesma e a realidade da seca na região passou a exigir da Constituição uma extensão do prazo dos programas de irrigação [...]” (Arantes e Couto, 2009, p. 18).

Os mecanismos de *checks and balances* construídos por Hamilton e Madison deram o tom das relações entre os três poderes nas democracias constitucionais atuais, por conta de seus mecanismos de freios e contra pesos limitando o exercício do poder político. Segundo Arantes e Couto (2009), a forma clássica do constitucionalismo moderno proposto pelos federalistas previa que as repúblicas compostas teriam regras, limitando os três poderes do Estado além das limitações entre os entes federados (União e Estados). Segundo os autores, nos regimes contemporâneos há mais formas de controle como partidos políticos e pontos de veto ao processo decisório governamental ordinário, capazes de limitar as mudanças de políticas públicas.

É importante mencionar que em países que utilizam o sistema de *common Law*, as regras jurídicas são pouco vistas como atos do Parlamento e mais como resultado acumulado da interpretação e da decisão dos juízes, através da regra do precedente. Nos países onde a tradição é a *civil Law*, seja pela vertente napoleônica (Código Civil de Napoleão) ou germânica (Código Civil Alemão), os juízes apenas interpretam a lei, não criam direitos. Sendo assim, de acordo com essa distinção clássica o papel do Judiciário deveria ser mais importante em países de tradição da *common Law*. Mas de acordo com a teoria dos atores com poderes de veto, o que importa não é o sistema legal do país, mas as prerrogativas dos Tribunais e a dificuldade de o sistema político anular leis e interpretações constitucionais. Enquanto é evidente que o Judiciário de um determinado país não é um *veto player* quando interpreta a lei, que pode ser modificada pela legislação, o oposto é visto com relação às interpretações constitucionais, cuja rejeição constitucional é suficiente para revogar a legislação (Tsebelis, 2002, p. 225-6). No Brasil tramita uma Proposta de Emenda à Constituição de nº 33 de 2011, de autoria do Deputado Nazareno Fonteles (PT-PI), já mencionada no capítulo 2, que altera a quantidade mínima⁸⁴ de votos dos Ministros do STF para a declaração de inconstitucionalidade das leis, submete ao Legislativo tanto os efeitos vinculantes de suas decisões, quanto das decisões sobre a inconstitucionalidade de emendas à Constituição. Caso seja aprovada, essa emenda retirará da Suprema Corte a última

⁸⁴ Passa da atual maioria absoluta de seis votos, para quatro quintos, o que corresponde a nove votos ou 80% dos ministros do STF.

palavra sobre a constitucionalidade do processo de alteração da própria Constituição. Contudo, o STF pode se manifestar legítima e constitucionalmente em qualquer emenda, inclusive naquelas em que lhe limite o poder. Assim, quem julgará se deve ou não perder poder é o próprio Supremo. Esse é o resultado do mecanismo de revisão judicial abstrato, fortalecido pela Constituição de 1988 e legislação subsequente, transformando o desenho institucional daquele ano em um “mínimo institucional” criando, portanto, um *ponto sem retorno*. Ou seja, do poder dado ao Judiciário não é possível arrender-se.

Mas o que faz uma sociedade desejar limitar seu próprio poder soberano? Pode um poder constituinte determinar os limites da vontade majoritária das gerações seguintes? Como Arantes e Couto (2009, p. 18) puseram: Que direito tem os mortos de governarem os vivos? A resposta é fornecida por Holmes (1999) para quem uma Constituição que contenha auto-obrigação e pré-compromissos não é uma atitude insana, mas uma forma engenhosa de assegurar a continuidade da própria democracia no longo prazo. Uma Constituição nesse sentido não significa apenas um obstáculo a governos arbitrários, mas preserva a liberdade de gerações futuras. E termina afirmando “os mortos não devem governar os vivos, mas podem facilitar que os vivos governem-se a si mesmos” (Holmes, 1999, p. 262).

As declarações de direitos e a constitucionalização de Direitos Humanos como parte fundamental das cartas políticas, estabeleceram pontos de veto, mas não ator de veto pois a vedação imposta por esses mecanismos de proteção dependem da interdição judicial. Entretanto, a Constituição brasileira de 1988 não se limitou a constitucionalizar direitos, garantias e liberdades individuais, foi mais além ao incorporar à Lei Maior normas programáticas relativas à economia, educação, saúde, orçamento, finanças, dívida pública e outros temas que acabaram por criar obstáculos aos governos subsequentes na hora de implementar suas agendas políticas. Arantes e Couto (2009, p. 23) relembram que Fernando Henrique Cardoso foi acusado de desfigurar a Carta de 1988 em prol de políticas neoliberais, mas o primeiro a reunir condições políticas para iniciar uma longa sequência de reformas constitucionais. Mas o que explicaria presidentes de origens partidárias tão distintas e agendas políticas tão diferentes encontrarem na Constituição mais um obstáculo do que um guia de bom governo, perguntam os autores. O argumento deles é o de que a Constituição de 1988 constitucionalizou boa parte da agenda governamental de políticas públicas, restringindo o campo decisório do legislador subsequente. Com receio da invalidação

por parte do Judiciário, muitas reformas se deram no âmbito constitucional (Arantes e Couto, 2009, p. 24). Com uma Metodologia de Análise Constitucional – MAC⁸⁵, os autores foram capazes de distinguir no texto constitucional, os dispositivos fundamentais (*Polity*) dos veiculadores de políticas públicas (*Policy*). Para tanto, estabeleceram quatro pilares para a *polity* democrática: 1) Estrutura básica do Estado e da nação com subdivisões regionais, étnicas e culturais, seus contornos e regime político; 2) Direitos, Liberdades e Garantias Individuais, assim como a participação política; 3) Regras do Jogo, ou seja, eleições, preenchimento de cargos públicos, forma de funcionamento da burocracia, relações intergovernamentais, regras para processos decisórios (legislativo, judicial e administrativo); 4) Direitos de Propriedade, segurança, educação, equidade social, etc. (Arantes e Couto, 2009, p. 25-6).

Estabelecendo-se o que seria essencial a uma Constituição, todos os demais dispositivos foram colocados em um plano normativo inferior: o governamental. Em sua essência esses dispositivos caracterizam-se por conter políticas públicas elevadas ao nível constitucional. A hipótese de Arantes e Couto (2008) é a de que constituições elaboradas em contextos institucionais democráticos ou que visam inaugurar democracias, têm mais propensão à constitucionalização de políticas públicas. Dessa forma, a MAC mostrou que 69,5% dos 1.627 dispositivos do texto original da Constituição de 1988 diziam respeito a normas de caráter essencialmente constitucional enquanto que 30,5% diziam respeito a políticas públicas. Segundo os autores no mesmo estudo, as constituições imediatas ao pós-Segunda Guerra duplicaram de tamanho em relação às dos anos 1900, “mas seus dispositivos permaneceram vinculados a definições de *polity* numa taxa de 99% (Alemanha e Itália)” (Arantes e Couto, 2009, p. 27). Mesmo as constituições dirigentes inauguradas nos anos 1970, continham um número reduzido de políticas públicas (4,5% para a Constituição portuguesa de 1976).

Finalizando, para os autores, a Constituição que mais se aproximou da brasileira foi a mexicana de 1917 e mesmo assim com 17% de *policies*. Cruzando dados da pesquisa de Arantes e Couto (2010) com dados do constituteproject.org, verifica-se que há uma forte correlação positiva ($r = 0,935^{**}$) entre *policy* e a extensão dos poderes do Judiciário, mensurada pelo número de palavras.

⁸⁵ Sobre esse método ver Arantes e Couto, 2008; Couto e Arantes, 2003 e 2006.

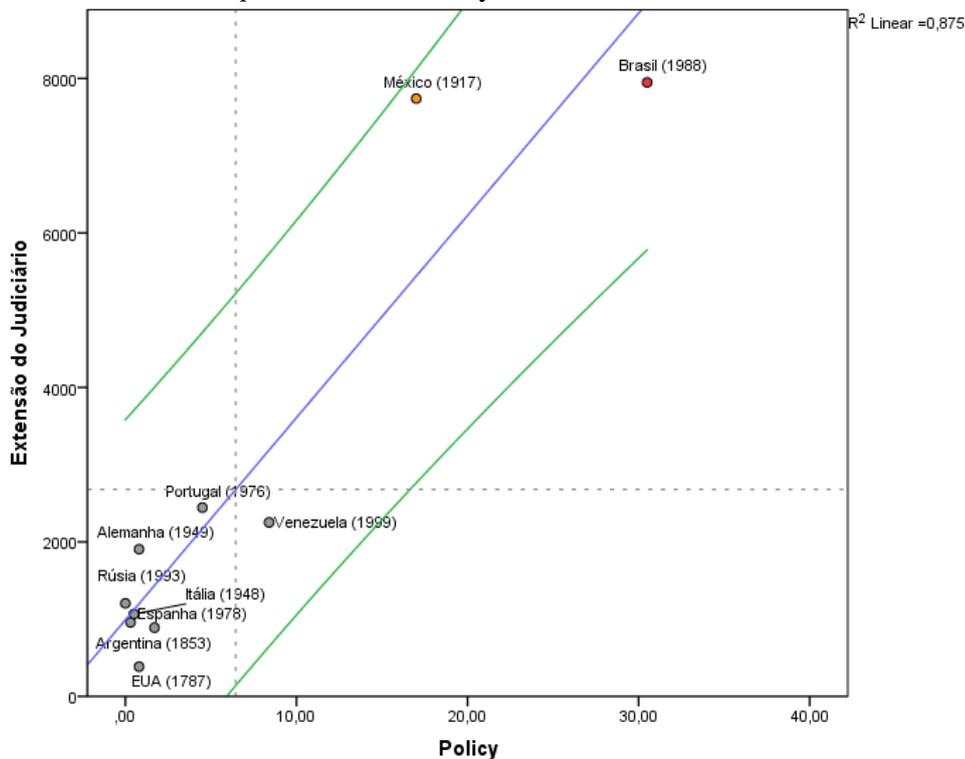
Tabela 29 Correlação entre Policy e Extensão do Judiciário

		Extensão do Judiciário	Polity	Polity
Extensão do Judiciário	Correlação de Pearson	1	-0,935**	0,935**
	Sig. (bicaudal)		0,000	0,000
	N		10	10
Polity	Correlação de Pearson		1	-1,000**
	Sig. (bicaudal)			0,000
	N			10
Polity	Correlação de Pearson			1
	Sig. (bicaudal)			
	N			

Fonte: Dados de Arantes e Couto (2010) para *Polity e Polity* e elaboração própria a partir dos dados do Constituteproject.org.

Essa é uma evidência importante, embora para apenas dez casos, de que à medida em que aumenta-se o número de dispositivos destinados às políticas públicas, aumenta-se o número de palavras reservadas às prerrogativas do Poder Judiciário.

Gráfico 14 Dispersão entre Policy e Extensão do Poder Judiciário



O gráfico acima mostra a posição do Brasil e do México como *outliers*. As linhas pontilhadas representam as médias das variáveis e as verdes representam um intervalo

de confiança de 95%. É possível verificar que, além de uma forte relação linear, os casos encontram-se dentro do intervalo de confiança.

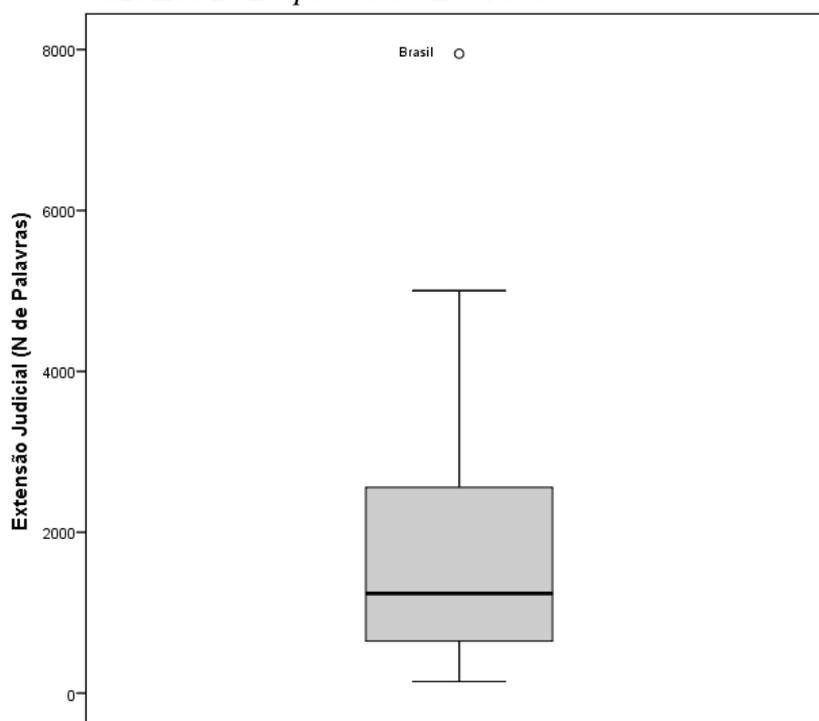
5.2 Análise de Dados: O Judiciário Brasileiro e as 34 Democracias de Lijphart

Para buscar entender melhor o que ocorreu com o país, às trinta e seis democracias analisadas por Lijphart (2012), foi adicionado o Brasil buscando situá-lo nesse estudo clássico. O objetivo é identificar o poder institucional do Judiciário e possíveis impactos das variáveis fornecidas por Lijphart. As variáveis escolhidas foram: 1) força da revisão judicial numa escala de 1 a 4, onde 1 é a mais fraca e 4 mais forte; 2) NEP – número efetivo de partidos; 3) bicameralismo, numa escala de 1 a 4, onde 4 significa duas casas com poderes iguais e 1 significa unicameralismo; 4) federalismo, numa escala de 1 a 5, onde 1 significa um governo unitário e centralizado e 5 um governo federal e descentralizado; 5) sistema de governo em três níveis – presidencialismo, semipresidencialismo e parlamentarismo; 6) corporativismo; 7) rigidez constitucional, numa escala de 1 a 4, onde 1 significa maioria simples para alterar o texto constitucional e 4 significa maioria acima de dois terços. Além das variáveis fornecidas por Lijphart adicionei mais 5 variáveis: As extensões (em número de palavras) dos três poderes e da Constituição e a proporção da extensão do judiciário em relação à Constituição.

Em relação aos dados do Brasil, algumas variáveis são bastante evidentes como a 3, onde não restam dúvidas de que o bicameralismo brasileiro é bastante simétrico. Na variável 4 utilizamos os dados de Regis (2002) que classifica o federalismo brasileiro como robusto e centralizado, o que põe o Brasil no nível 4,5 na classificação de Lijphart (2012). Na variável 5 não restam dúvidas que entre presidencialismo, parlamentarismo e semipresidencialismo o Brasil é bastante forte no primeiro. Sobre corporativismo não há dados para o Brasil nem para um terço da amostra de Lijphart. Sobre a rigidez constitucional, pela tipologia de Lijphart o Brasil teria valor 2,0 (entre maiorias ordinárias e dois terços), pois como é sabido o nosso processo de emendamento constitucional requer apenas 3/5 de ambas as casas, ou seja, 60% dos votos. Em relação à variável 1 (força da revisão judicial), Lijphart utiliza os cálculos de Vanberg (2005) e a análise de Landfried (1995) que mostrou que a Suprema Corte (Corte Constitucional Federal) alemã, entre 1951 e 1990, invalidou 5% das 4.298 leis federais, ou seja, uma média de 5,51 leis por ano. Sobre esses valores, Lijphart classificou a Alemanha como

4 (forte revisão judicial). Para estabelecer os valores brasileiros utilizamos a pesquisa de Pogrebinski (2012) que mostrou que o STF julgou inconstitucional 0,98% das 4.679 leis federais no período 1988-2009, logo, uma média de 2,18 leis por ano. Com um cálculo de regra de três onde 5,51 corresponde a 4; 2,18 corresponderia a 1,6. Na classificação de Lijphart, o menor valor dessa variável é 1 que significa ausência de revisão judicial. Classificamos o Brasil com o nível 1,6 o que o coloca próximo à Bélgica (1,8) com fraca revisão judicial. Ressalte-se que uma revisão judicial fraca não significa um poder institucional fraco. Vale ressaltar que as prerrogativas de poder da Suprema Corte americana não estão na Constituição, mas no *Judicial Act* de 1789. Os resultados são os que se seguem. Comparando o Brasil com os demais países analisados por Lijphart (2012) é possível ver que o Judiciário na Constituição brasileira é um *outlier* em relação à extensão do poder judiciário como fica evidenciado no gráfico 8.

Gráfico 15 *Dispersão da Extensão Judicial*



Em relação às correlações, a extensão judicial (NP) só foi significativa com o Número Efetivo de Partidos (NEP) depois de retirarmos o Brasil do banco de dados, pois por ser um *outlier*, mantê-lo anulava a correlação entre fragmentação partidária e empoderamento institucional. Assim, com um $r = - 0,499$, a expectativa de uma relação positiva ficou frustrada, como se vê na tabela 30, a seguir.

Tabela 30 *Correlação em Trinta e Quatro Democracias*⁸⁶

		Extensão Judicial	Revisão Judicial	Bi-camera-lismo	Forma de Governo	Forma de Estado	Rigidez Constitucional	NEP
Extensão Judicial	Correlação de Pearson	1	0,103	-0,163	0,234	-0,338	-0,108	-0,499**
	Sig. (bicaudal)		0,563	0,357	0,183	0,051	0,545	0,003
	N		34	34	34	34	34	34
Revisão Judicial	Correlação de Pearson		1	0,473**	-0,421*	0,456**	0,482**	-0,225
	Sig. (bicaudal)			0,004	0,011	0,005	0,003	0,187
	N			36	36	36	36	36
Bicamera lismo	Correlação de Pearson			1	-0,222	0,689**	0,391*	0,083
	Sig. (bicaudal)				0,194	0,000	0,018	0,632
	N				36	36	36	36
Forma de Governo	Correlação de Pearson				1	-0,127	-0,193	0,007
	Sig. (bicaudal)					0,460	0,260	0,969
	N					36	36	36
Forma de Estado	Correlação de Pearson					1	0,536**	0,274
	Sig. (bicaudal)						0,001	0,106
	N						36	36
Rigidez Constitucional	Correlação de Pearson						1	-0,077
	Sig. (bicaudal)							0,654
	N							36
NEP	Correlação de Pearson							1
	Sig. (bicaudal)							
	N							

Já a revisão judicial obteve quatro correlações: A primeira é positiva e moderada ($r = 0,473^{**}$)⁸⁷ e se dá entre a força da revisão judicial e o bicameralismo, onde à medida em que a revisão judicial é forte o bicameralismo também é forte (duas casas equipotentes). A segunda correlação, também moderada e positiva, ($r = 0,456^{**}$) se dá entre a revisão judicial e o grau de descentralização/centralização dos países, ou seja, países cuja revisão judicial é mais forte adotam um federalismo descentralizado. A

⁸⁶ O Brasil foi excluído por conta de sua condição de *outlier* que interferia nas análises.

⁸⁷ Coeficiente de correlação de Pearson significativo a 1%

terceira correlação se deu em relação ao presidencialismo, sendo moderada e negativa ($r = -0,421^*$), logo, países com forte revisão judicial tendem a ser presidencialistas⁸⁸.

A revisão judicial também está positivamente associada à rigidez das constituições, assim países que possuem forte revisão judicial também requerem grandes maiorias, para modificar o texto constitucional. Países que possuem revisão judicial mais forte, também possuem maiorias super-qualificadas para mudar o texto constitucional ($r = 0,482^{**}$). Já a correlação entre bicameralismo e federalismo ($r = 0,689^{**}$) é bastante óbvia e já explicada por vasta literatura, o mesmo ocorre para países federalistas e bicamerais exigirem uma maioria qualificada, para alterar suas constituições ($r = 0,536^{**}$ e $0,391^*$, respectivamente).

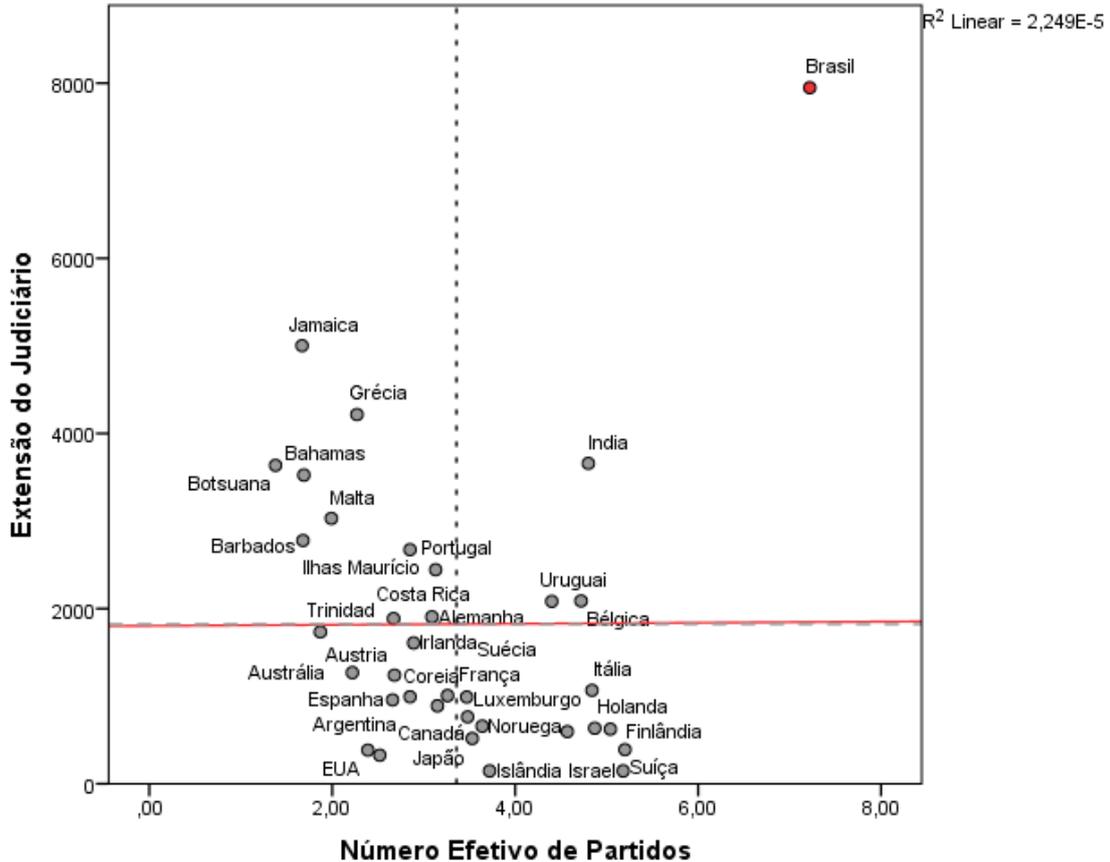
Um dado interessante é que, diferente da forte associação positiva ($r = 0,869^{**}$) entre o Indicador de Fragmentação partidária (fatorização das variáveis NMP, NEP e F) e o Indicador de Empoderamento Judicial (fatorização das variáveis iSTF, NPPJ e D) do Brasil, no capítulo anterior, nos casos utilizados por Lijphart onde incluí o Brasil, o resultado não foi significativo, mesmo o Brasil tendo o maior número efetivo de partidos com 7,22 ante uma média de 3,3 e a maior extensão de poderes constitucionais do Judiciário com 7.948 palavras, ante uma média de 1823, 26, ou seja, o Brasil supera em 4,35 vezes a média de prerrogativas judiciais de toda a amostra como disposto no gráfico 16. Para a construção do gráfico abaixo, utilizamos os dados de Lijphart para o NEP. Os dados do Brasil foram conseguidos a partir da média do número efetivo de partidos⁸⁹ entre 1982 e 2010. Já a construção do número de palavras que as constituições reservaram aos respectivos poderes judiciários, foi feita com os textos constitucionais dispostos em inglês no site www.constituteproject.org. As linhas sobre os eixos representam as respectivas médias. Excluindo o Brasil, por ser um *outlier* ($Z = 3,65$), a correlação entre essas duas variáveis foi negativa com $r = -0,499$ com 99% de confiabilidade, como mostra a tabela anterior.

Mantendo o Brasil, a reta de ajuste (em vermelho) no gráfico 16 (próxima página) mostra não haver nenhuma relação linear, a ponto de coincidir com a média do eixo y (pontilhada em cinza). Em razão de o Brasil elevar a média e distorcer o gráfico anterior, no gráfico 17 (página 146) fica mais clara e mais fidedigna a relação negativa entre o NEP e a extensão do Judiciário. Com o Brasil incluso nos dados, a relação entre os casos (representada no gráfico 16) fica prejudicada.

⁸⁸ Categorias e valores: Presidencialismo = 1; Semipresidencialismo = 2, Parlamentarismo = 3.

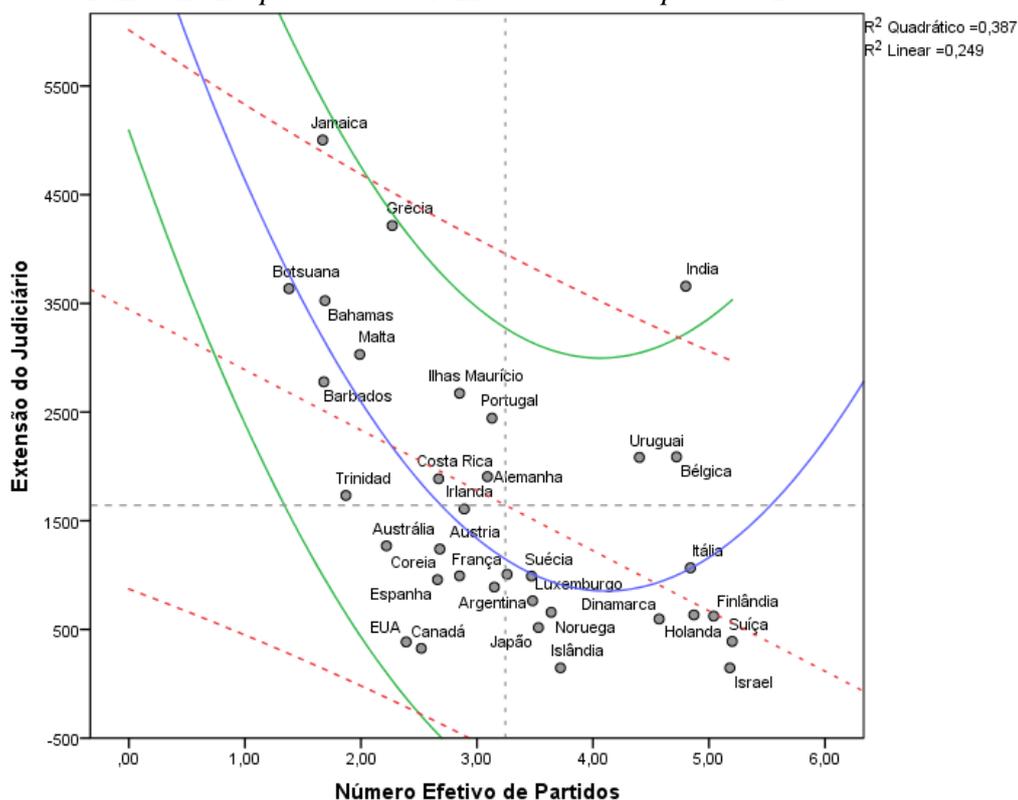
⁸⁹ Agradeço a Carlos Ranulfo pela cessão desses dados.

Gráfico 16 Dispersão entre NEP e Extensão do Poder Judiciário para 35 democracias.



Retirando o Brasil do gráfico, a relação linear é bastante robusta cuja reta de ajuste tem inclinação diversa da inclinação apontada no capítulo anterior. Ou seja, o Brasil no tempo mostra uma relação linear positiva e robusta indicando que quanto mais aumenta a fragmentação partidária, mais aumenta o poder do Judiciário. Na comparação espacial o resultado é diferente. Quanto maior o número efetivo de partidos, menos poderes tem o Judiciário. Algumas circunstâncias podem produzir esse resultado, como Parlamentarismo e Estado Unitário. O gráfico a seguir ilustra esse raciocínio, mostrando haver uma relação negativa entre o NEP e a extensão do Poder Judicial.

Gráfico 17 Dispersão entre NEP e Judiciário para 34 Democracias



Essa relação quadrática, indicada pela linha central azul (as verdes representam um intervalo de confiança de 95%) indicam que países com muitos e poucos partidos tendem a ter um Judiciário mais extenso e partidos com um número mediano (entre 3 e 5) tendem a ter um Judiciário menos extenso. Essa relação quadrática apontada no gráfico subsidiou a escolha do modelo 2, cuja variável independente foi elevada ao quadrado.

Tabela 31 Regressão Linear para Extensão do Judiciário, NEP e NEP ao quadrado

	Modelo 1	Modelo 2	Modelo 3
NEP	-554,67*** (170,17)		-3212,78*** (1020,11)
NEP ²		-70,455*** (25,667)	390,732** (148,18)
NEP + NEP ²			
Constante	3443,69*** (584,8)	2475,169*** (362,768)	7457,932*** (1614,307)
Teste F	10,62***	7,53***	9,78***
R ²	0,249	0,190	0,387
R ² Ajustado	0,225	0,165	0,347
N	34	34	34

Variável dependente: NPPJ

*** p valor < 0,01 ** p valor < 0,05 * p valor < 0,10

Tanto o modelo 1, quanto o modelo 2 são considerados lineares. Segundo Damodar Gujarati e Dawn Porter (2011) “[...] é essencial conhecer qual o verdadeiro significado do termo *linear*, pois pode ser interpretado de duas maneiras diferentes” (Gujarati e Porter, 2011, p. 62). O primeiro significado é o da linearidade nas variáveis, onde a expectativa condicional de Y é uma função linear de X_i . Sob essa interpretação, o modelo 2 que é ilustrado pela equação $Y_i = \beta_0 + \beta_1 X_i^2 + e_i$ não é uma função linear, porque a variável X (NEP) aparece com um expoente ou índice de 2. O segundo significado é o da linearidade nos parâmetros, onde a linearidade é uma função linear nos parâmetros, os β , podendo ou não ser linear na variável. Segundo Gujarati e Porter (2011, p. 63) “das duas interpretações de linearidade, a linearidade dos parâmetros é a relevante para a formulação da teoria da regressão [...]”. Ou seja, mesmo que a variável NEP esteja elevada ao quadrado, o modelo permanece linear. Entretanto, pelo ajuste do modelo, variável NEP pura, obteve melhor desempenho. Não há dúvidas de que, diferente do Brasil, a alta fragmentação dos sistemas partidários não implica no aumento do poder Judiciário. Pelos dados acima, portanto, vê-se que o aumento de uma unidade em NEP causa a diminuição de, pelo menos, 554 palavras no rol de dispositivos constitucionais concernentes ao Poder Judiciário. Entretanto, como a variável dependente NPPJ é uma variável de contagem, também utilizamos dois modelos para estimar o impacto do NEP no tamanho do Judiciário, como mostrado na tabela abaixo.

Tabela 32 Modelos de Poisson e Binomial Negativo para Extensão do Judiciário e NEP

	Poisson	Binomial Negativo
NEP	-0,325*** (0,004)	-0,268** (0,112)
Constante	8,327*** (0,012)	8,157*** (0,383)
Log Likelihood	-14.884,43	-297,2
LR Chi ²	6.612,17***	5,21**
Pseudo R ²	0,181	0,008
N	34	34

*** p valor < 0,01 ** p valor < 0,05 * p valor < 0,10

Mesmo após a discussão no capítulo três, entre os modelos de *Poisson* e o Binomial Negativo, o primeiro tem um ajuste (pseudo R²) melhor que o segundo. Ou seja, mesmo que a interpretação não seja como no modelo linear (impacto de uma unidade da variável independente sobre uma unidade na variável dependente), o NEP

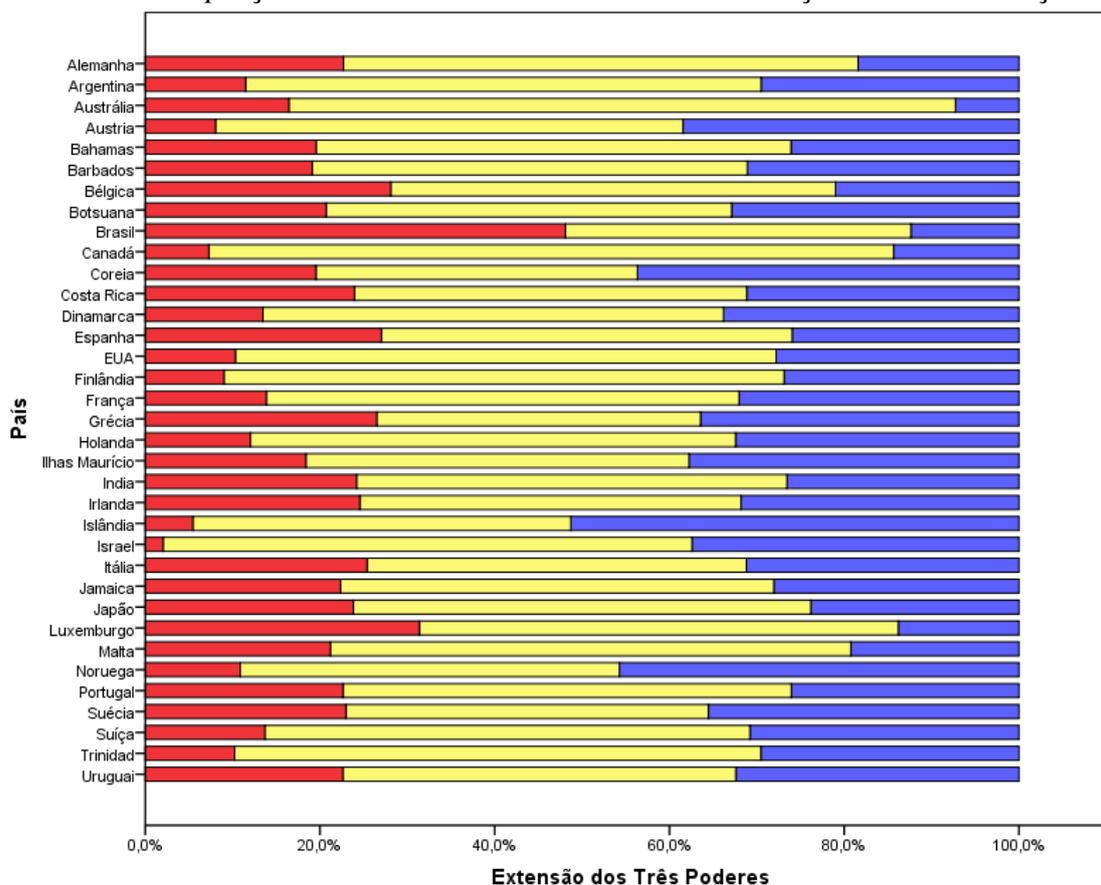
causa um impacto negativo na extensão do Poder Judiciário. O mesmo acontece com o binomial negativo.

Voltando a incluir o Brasil, ao compará-lo com mais 34 países é possível ter uma dimensão da desproporção da extensão do Poder Judiciário em relação aos demais poderes. Pelo gráfico 18 (a seguir), onde as barras em vermelho significam o Judiciário, em amarelo o Legislativo e em azul o Executivo, verifica-se que o Judiciário brasileiro corresponde a quase metade (48%) da extensão dos três poderes juntos. Essa desproporção também pode ser observada para a Noruega, Islândia e Coreia do Sul, mas com relação à extensão do Executivo. Austrália e Canadá são os que possuem a maior proporção dos três poderes destinada ao Legislativo. Fica muito evidente que a situação do Brasil é a de um *outlier*.

Quando a extensão do Judiciário é analisada como proporção de toda a Constituição, o Brasil fica em terceiro lugar atrás de Grécia e Jamaica. Em relação à força da revisão judicial ocupamos a nona colocação. O gráfico 18 mostra os países em relação ao tamanho constitucional dos três poderes, medidos pelo número de palavras. O Brasil é o que possui o maior Judiciário com 48% do total dos três poderes, seguido por Luxemburgo (31%), Bélgica (28%), Espanha (27%) e Grécia com 26%. O país que possui a menor extensão judicial é Israel com 2%, seguido por Islândia (5%), Canadá (7%) e Áustria (8%). Já a maior extensão do Poder Legislativo pertence ao Canadá com 78%, seguido por Austrália (76%), Finlândia (64%) e Estados Unidos (62%). Os menores são capitaneados por Coreia e Grécia empatados com 37%, seguidos por Brasil (40%) e Suécia com 41%.

A maior extensão do Poder Executivo fica a cargo da Islândia com 51%, seguido por Noruega (46%), Coreia (44%) e Áustria empatada com as Ilhas Maurício com 38% cada. O país que possui o menor executivo (por extensão do número de palavras constantes na Constituição) é a Austrália com 7%, seguido por Brasil (12%) e um empate entre Luxemburgo e Canadá com 14% cada.

Gráfico 18 *Proporção da Extensão dos Três Poderes em relação à da Constituição*⁹⁰



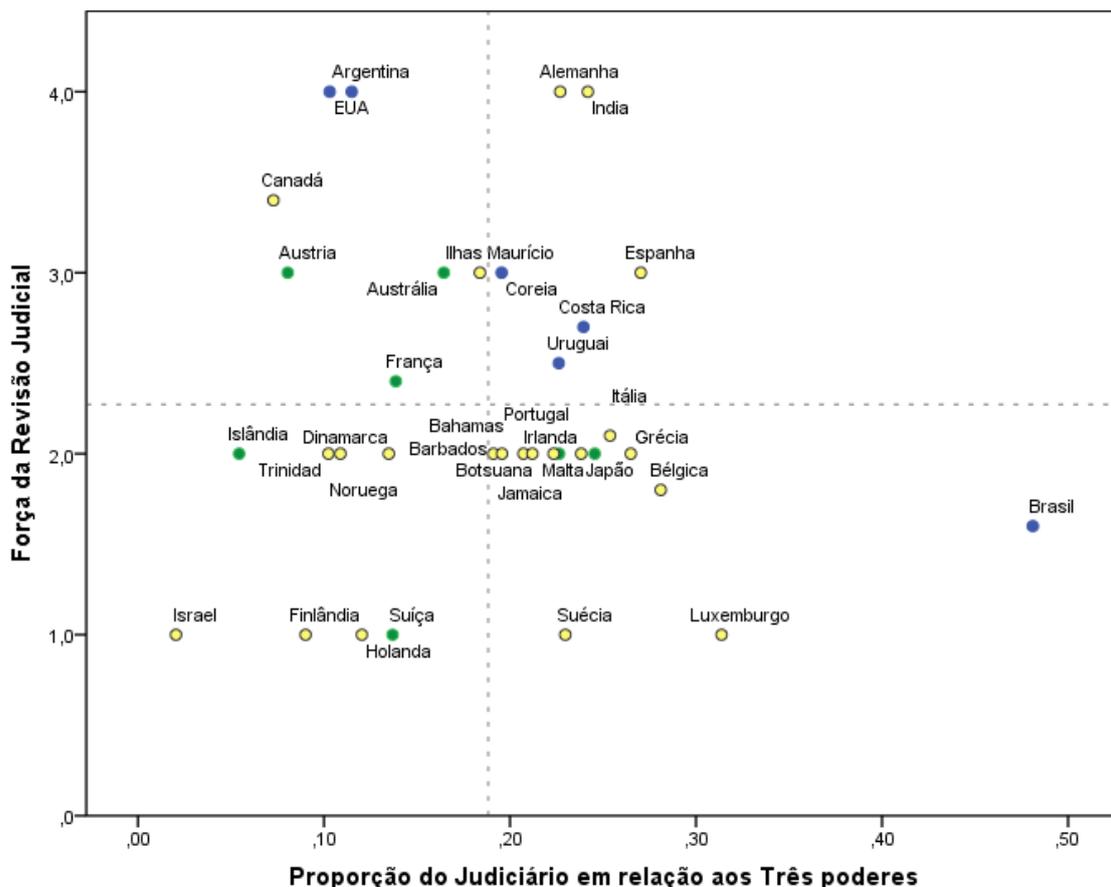
Poder Judiciário: Vermelho, Poder Legislativo: Amarelo, Poder Executivo: Azul.

O gráfico 19 (a seguir) mostra uma dispersão entre a força da revisão judicial e a proporção da extensão do poder judicial em relação aos três poderes. Os países que adotam o presidencialismo estão em azul, de verde estão aqueles que adotam o semipresidencialismo e de amarelo estão as democracias parlamentaristas. É interessante perceber que o Brasil é o único país presidencialista abaixo da média da força da revisão judicial, embora seja aquele que possui o Judiciário mais extenso, total ou proporcional. Ou seja, apesar de ter um judiciário dentre os mais poderosos do mundo, no exercício desse poder (ativismo) a força da revisão judicial ainda é fraca. Essa aparenta ser uma autocontenção velada e estratégica, com o intuito de não contrariar interesses políticos. Os princípios deveriam estar na Constituição e os detalhes na Lei. Mas no Brasil a Constituição carrega os princípios explícitos, implícitos e detalhes que obrigatoriamente devem constar nas leis.

⁹⁰ Não foram encontrados dados referentes à extensão dos poderes do Judiciário para a Nova Zelândia e Reino Unido.

Há tantos detalhes na Constituição que alguns dispositivos são de eficácia plena, outros são de eficácia limitada e de eficácia contida, o que confunde o juristicamente leigo e os profissionais legais. Não satisfeito com 104 delegações para Leis Complementares (muitas delas ainda não elaboradas), o legislador constituinte originário com receio da legislatura vindoura, estabeleceu o que ela poderia e não poderia fazer, legando-lhe o mero papel de executora da Constituição, capaz de emendá-la caso necessário para cumpri-la.

Gráfico 19 *Dispersão entre Revisão Judicial e Proporção do Judiciário em relação aos Três Poderes*



Além de uma das mais extensas Constituições do mundo, também possuímos um Judiciário com mais poderes institucionais que a média, chegando a ser um *outlier*. Some-se a isso o mecanismo do controle de constitucionalidade por omissão, que aliado a uma Carta Política bastante prescritiva acaba por fazer do Supremo Tribunal Federal o virtual executor da Constituição. Virtual porque no último gráfico fica claro que o Supremo Tribunal Federal não usa todo o poder de que dispõe.

CONCLUSÕES

Como disse Vallinder em *The Global Expansion of Judicial Power*, e Lijphart em *Modelos de Democracia*, quem adquiriu o poder de decidir, o fará com um certo grau de vontade. A partir de 1988 começou-se a misturar dois modelos de atuação judicial em questões políticas: o amplo modelo americano e o restrito modelo austríaco, que no Brasil foi impressionantemente fortalecido. Lijphart (2012) afirma que é surpreendente que países com o controle concentrado de constitucionalidade tenham tanta força na revisão da legislação, pois esse modelo europeu nasceu do debate entre se instalar o modelo americano e não ter nenhum tipo de revisão judicial. O contexto sócio-político-econômico durante a Assembleia Nacional Constituinte, em uma época de incertezas sobre as futuras legislaturas (1986-88), tomando como base os pêndulos pregressos do sistema político brasileiro, resultou numa constituição hiperdirigente protegida por um Judiciário que de 1988 a 2006 passou a ser um dos mais poderosos do mundo do ponto de vista institucional. Os últimos eventos (criação de novos partidos políticos, royalties do petróleo, ordem de apreciação dos vetos do Executivo pelo Congresso, financiamento de campanha, critérios de distribuição FPE, autorização de pesquisas com células tronco, união homoafetiva, cláusula de barreira, verticalização das eleições, fidelização partidária, etc.) são o reflexo disso.

O ápice de poder tem se dado no momento de maior robustez da democracia brasileira, principalmente a partir de 2003, como afirmado por Koerner (2013). A teoria da separação de poderes foi ampliada com a incorporação de dois modelos de revisão judicial, que juntamente com a constitucionalização de direitos, de políticas públicas com um conteúdo programático amplo e detalhado, e um Congresso cada vez mais fragmentado, potencializaram a atuação do STF. O *lobby* dos juízes e da OAB na Assembleia Constituinte fortaleceu o desenho institucional do judiciário, além de as oposições terem utilizado o STF como estratégia (Taylor e Da Ros, 2008) política para marcar posicionamento. Isso está associado ao processo das Supremas Cortes como *policy-makers* e na utilização do Judiciário como estratégia. A descrença nas instituições representativas fortalece o Judiciário, ocasionando seu fortalecimento institucional em geral, e do STF em específico.

No âmbito dos estudos judiciais há quem defenda a inexistência de uma judicialização da política ou até mesmo trate o ativismo judicial como mito. Esses são exercícios hermenêuticos de uma realidade, cujos acontecimentos dizem o contrário. Diferente da Suprema Corte americana que possui mecanismos limitadores da própria

ação judicial, como a regra dos quatro (*Rule of Four*) – pela qual quatro dos nove juízes da Suprema Corte decidem se o caso deve ser apreciado ou não, pela mais alta instância judicial – o STF ainda não estabeleceu o que pode e o que não pode julgar. Essa autocontenção ou autorrestrrição pode aparecer de uma outra forma como o uso ponderado do poder institucional que tem, o que fica evidenciado pela baixa força de sua revisão judicial.

Como Barsani (2003) e Brittan (1977) apontam, a fragmentação partidária não é desejável e influencia negativamente no desempenho econômico. Em relação ao Poder Judiciário o seu impacto tem sido positivo no sentido de aumentar o poder dos tribunais em geral e o da Suprema Corte em especial. Para testar a hipótese de que a fragmentação partidária tem impacto positivo no empoderamento judicial, foram utilizados três modelos econométricos: Mínimos Quadrados Ordinários, *Poisson* e Binomial Negativo. Os três são capazes de afirmar com alta significância estatística que a fragmentação partidária tem forte impacto no aumento do poder judiciário.

Entretanto, *a priori* os dados comparados com as 36 democracias estudadas por Lijphart podem contradizer os achados dessa pesquisa, mas longe disso, só corroboram com os achados, o que possibilita dizer que o Brasil é um caso praticamente único que combina recente estabilidade democrática com um Judiciário institucionalmente muito poderoso.

Segundo Negretto (2013, p. 102) aspectos importantes na elaboração constitucional são contingentes da conjuntura histórica. As razões que levam políticos a substituir ou mudar a estrutura constitucional existente, as alternativas consideradas e os procedimentos de implementação variam no tempo e no espaço. Não diferente, um conjunto de fatores institucionais permitem dizer que o Judiciário brasileiro é um dos mais poderosos do mundo. 1) Independência – os juízes e ministros são vitalícios e só podem ser julgados pelos tribunais aos quais estão vinculados; 2) Constituição Hiperdirigente – A Constituição brasileira é também uma carta de promessas, um amplo conjunto de dispositivos prescritivos e programáticos tão complexos do ponto de vista da implementação de políticas públicas, que o Congresso por muitas vezes não consegue formar consenso a respeito; 3) Mecanismos processuais amplos – Os mecanismos processuais à disposição do Judiciário lhes dão muito poder. Eles começam pela revisão judicial concreta, onde qualquer juiz pode exercer o controle de constitucionalidade. O controle de constitucionalidade abstrato idealizado por Kelsen, para ser um dispositivo entre a forte revisão judicial norte-americana e não ter revisão

judicial acabou sendo transformado no Brasil no mais forte mecanismo de controle judicial existente, pois com ele o STF pode controlar a constitucionalidade de leis anteriores à Constituição de 1988, inclusive de atos municipais com a ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), pode controlar leis e atos normativos pós-constituente de atos estaduais e federais com a ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade), pode suspender discussões nas instâncias inferiores com a ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade), pode obrigar o Legislativo a implementar dispositivos constitucionais por conta de omissão com a ADO (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão), também pode suspender atos do Congresso Nacional em virtude de Mandado de Segurança, inclusive preventivo. E todo esse aparato processual de agência, pode ser acionado pelo Presidente da República, Mesa Diretora do Senado Federal, Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, Mesa Diretora de Assembleia Legislativa, Procurador-Geral da República, Ordem dos Advogados do Brasil, Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional e Sindicatos e Associações Profissionais de Âmbito Nacional; 4) Ausência de Limites – O Supremo Tribunal Federal não possui limites para julgar. O instituto da *repercussão* geral, como forma de limitar o número de processos que chegam ao STF, não pode ser considerado como limite, mas como um otimizador, uma vez que só aqueles casos mais gerais serão julgados e as decisões servirão para os demais em situações semelhantes. Tudo isso ocorreu com uma profunda fragmentação partidária ilustrada no capítulo 4. Isso corrobora com o raciocínio de Hirschl (2004), quanto menos funcional é um sistema político, maior a probabilidade de se expandir o poder Judiciário.

Além dessas circunstâncias mais ligadas ao aspecto jurídico-processual, os dados revelam que durante o período ditatorial o impacto da fragmentação partidária no empoderamento judicial foi menor do que no período democrático, o Judiciário em geral foi mais empoderado por emendas e não pelas constituições, o que significa que os momentos pós-constituente indicam maior empoderamento do Judiciário. Em relação a quem mais empoderou os tribunais, houve um achado interessante. No geral o Judiciário foi mais empoderado pelo Legislativo. Entretanto, isolando uma variável que capta apenas o empoderamento do STF, ficou claro que foi o Executivo quem mais deu poder à Suprema Corte.

A judicialização da política já caracterizada ao longo dessa pesquisa, mostra que 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 resquício 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.

REFERÊNCIAS

- ABBOTT, Andrew. *Sequences of Social Events: Concepts and Methods for the Analysis of Order in Social Processes*. **Historical Methods: A Journal of Quantitative and Interdisciplinary History**. V 16, I 4, p. 129-147, 1983.
- ACKERMAN, Bruce. *Whe The People: Transformations*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.
- AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- 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.
- ARANTES, Rogério Bastos, COUTO, Cláudio Gonçalves. Uma Constituição Incomum. In CARVALHO, Maria Alice Rezende de, ARAÚJO, Cícero, SIMÕES, Júlio Assis. **A Constituição de 1988: Passado e Futuro**. São Paulo: HUCITEC/ANPOCS, 2009, pp. 17-51.
- ARANTES, Rogério Bastos, COUTO, Cláudio. A Constituição sem fim. In PRAÇA, Sérgio, DINIZ, Simone. (orgs.). **Vinte Anos de Constituição**. São Paulo: Paulus, 2008.
- ARANTES, Rogério Bastos. O Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil: A Construção de um Sistema Híbrido. Dissertação de Mestrado, Departamento de Ciência Política da USP, São Paulo, 1994.
- ARTHUR, W. Brian. *Increasing Returns and Path Dependence in the Economy*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1994.
- ARTHUR, W. Brian. *Increasing Returns and Path Dependence in the Economy*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1994.
- BALEEIRO, Aliomar, LIMA SOBRINHO, Barbosa. **Constituições Brasileiras: 1946**. Brasília, Senado Federal e MCT/Centro de Estudos Estratégicos, 2001.
- BALEEIRO, Aliomar. **Constituições Brasileiras: 1891**. Brasília, Senado Federal e MCT/Centro de Estudos Estratégicos, 2001.
- BARBOSA, Leon Victor de Queiroz, CARVALHO, Ernani, GOMES NETO, José Mário Wanderley. *Rule of Law e qualidade legislativa: Evidências do Supremo Tribunal Federal*. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**. Ano 47, n. 186, abr/jun, 2010, pp. 141-151.

- BARBOSA, Leon Victor de Queiroz, MARONA, Marjorie, GOMES NET, José Mário Wanderley. Falta Legitimidade à Suprema Corte Brasileira? Uma Análise Empírica Comparada do Modelo de Recrutamento dos Tribunais Superiores do Brasil. **VII Congresso Latinoamericano de Ciencia Política**. Bogotá: Universidad de Los Andes, 2013.
- BARBOSA, Leon Victor de Queiroz, MARONA, Marjorie. Judicialização à Brasileira? O Ativismo Judicial no Brasil para Além dos Números. **Anais do IX Encontro da ABCP**. Brasília, 2014.
- BARBOSA, Leon Victor de Queiroz, REGIS, André. Por que o Supremo Tribunal Federal é tão poderoso? Uma análise sobre a Agenda Executivo-Legislativo. **8º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política**. Gramado: UFRGS, 2012.
- BARROSO, Luis Roberto. **Barroso critica mudanças constantes na Constituição**. Conjur, 2013a.
- Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-mai-25/indicado-stf-barroso-critica-mudancas-frequentes-constituicao>. Acesso em 31 de julho de 2014.
- BARROSO, Luis Roberto. **Ativismo judicial dá o tom da sabatina de Barroso**. Conjur, 2013b.
- Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-05/ativismo-judicial-tom-sabatina-luis-roberto-barroso-ccj-senado>. Acesso em 31 de julho de 2014.
- BORSANI, Hugo. **Eleições e Economia**: Instituições políticas e resultados macroeconômicos na América Latina (1979 – 1998). Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.
- BRAMBOR, Thomas, CLARK, William Roberts, GOLDBERGER, Matt. *Understanding Interaction Models: Improving Empirical Analysis*. **Political Analysis**, 14: 63-82, 2006.
- BRITTAN, Samuel. *Can democracy manage an economy?* In SKIDELSKY, Robert (ed.). **The end of the Keynesian era: essays on the disintegration of the keynesian economy**. London: MacMillan Press, p. 41-58, 1977.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.
- CARVALHO NETO, Ernani Rodrigues de. Revisão Abstrata da Legislação e Judicialização da Política no Brasil. **Tese de Doutorado**. Universidade de São Paulo, 2005.
- CARVALHO, Ernani. Revisão Judicial e Judicialização da Política no Direito Ocidental **Revista de Sociologia e Política n° 28**, 2007, pp. 161-179.

- CLEMENS, Elisabeth S., COOK, James M. *Politics and Institutionalism: Explaining Durability and Change. Annual Review of Sociology* 25, p. 441–466, 1999.
- COLLIER, Ruth Berins, COLLIER David. *Shaping the Political Arena: Critical Junctures, the Labor Movement, and Regime Dynamics in Latin America*. Princeton: Princeton University Press, 1991.
- COSTA, Emília Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania**. 2 ed. São Paulo: Editora UNESP, 2006.
- COUTO, Cláudio Gonçalves, ARANTES, Rogério Bastos. *Constitución o políticas públicas? Una evaluación de los años FHC. In PALERMO, Vicente. Política Brasileña Contemporánea. Siglo XXI-Instituto Di Tella*, 2003, pp. 95-154.
- COUTO, Cláudio Gonçalves, ARANTES, Rogério Bastos. Constituição, governo e democracia no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo, vol. 21, nº 61, pp. 41-62, 2006.
- DAHL, Robert. Decision-making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. **Role of the Supreme Court Symposium, No. 1**. 1957
- ELKINS, Zachary, GINSBURG, Tom, MELTON, James. *The Endurance of National Constitutions*. Cambridge: University Press, 2009.
- ELSTER, Jon. **Ulisses Liberto** – Estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. São Paulo: UNESP, 2009.
- FEELEY, M., RUBIN, E. *Judicial Policy Making and the Modern State: How the Courts Reformed America's Prisons*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1998.
- FEREJOHN, John. *Judicializing Politics, Politicizing Law. Law and Contemporary Problems*. Vol. 65, N. 3, 2002.
- FIGUEIREDO FILHO, Dalson Britto, SILVA JÚNIOR, José Alexandre da. Visão Além do Alcance: uma introdução à análise fatorial. **Opinião Pública**, vol. 16, nº 1, junho, pp. 160-185, Campinas, 2010.
- FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. Coalizões Governamentais na Democracia Brasileira. **Primeiros Estudos**, n. 3, pp. 159-196: São Paulo, 2011.
- GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Edição Kindle. Cambridge: University Press, 2003.
- GOLDSTONE, Jack A. *Initial Conditions, General Laws, Path Dependence, and Explanation in Historical Sociology. American Journal of Sociology*. V 104, N 3, novembro, p. 829-845, 1998.

- GOURIEROUX, C., MONFORT, A., TROGNON, A. *Pseudo maximum likelihood methods: applications to Poisson models*. **Econometrica**. 52(3), pp. 701-720, 1984.
- GUJARATI, Damodar N., PORTER, Dawn C. **Econometria Básica**. Porto Alegre: AMBH, 2011.
- HABERMANS, Jurgen. *Between Facts and Norms: Constitutions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge: MIT University Press, 1996.
- HALL, Peter A. , TAYLOR, Rosemary C. As Três Versões do Neoinstitucionalismo. **Revista Lua Nova**. N 58, São Paulo, 2003.
- HATTAM, Victoria. C. *Labor Visions and State Power. The Origins of Business Unionism in the United States*. Princeton University Press, 1993.
- HAUSMAN, J., HALL, B. e GRILICHES, Z. *Econometric models for count data with an application to the patent-R&D relationship*. **Econometrica**. 52(4), pp. 909-938, 1984.
- HERRERA, C. M. *La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución*. **Revista de Estudios Políticos**, N 86. Madrid: Nueva Época, 1994.
- HIRSCHL, Rans. *The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Israel's Constitutional Revolution*. **Comparative Politics**, V 33, N 3, abril, pp. 315-335, 2001.
- _____. *Towards Juristocracy – The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Harvard: University Press, 2004.
- _____. *The Judicialization of Mega-Politics and Rise of Political Courts*. **Annual Review of Political Science**. 11, PP. 93-118, 2008.
- HOLLANDA, Cristina Buarque de. **Modos de Representação Política – O experimento da primeira república brasileira**. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2009.
- HOLMES, Stephen. *El precompromiso y la paradoja de la democracia*. In ELSTER, Jon, SLAGSTAD, Rune (eds.) **Constitucionalismo y democracia**. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.
- IMMERGUT, Ellen M. *The Theoretical Core of the New Institutionalism*. **Politics & Society**, v 26, n 1, p 5(30), p. 1-46, 1998.
- JALORETTO, Maria Fernanda, MUELLER, Bernardo Pinheiro Machado. O Procedimento de Escolha dos Ministros do STF – uma análise empírica. **Economic Analysis of Law Review**. V. 2, n. 1, p. 170-187, 2011.
- KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos Estudos**, N 96, pp. 69-85, 2013.

- KOOPMANS, Tim. *Courts and Political Institutions – A Comparative View*. Cambridge University Press, 2003.
- LA PORTA, Rafael. *Law and Finance*. *Journal of Political Economy*. 106, pp. 1113-1155, 1998.
- LANDFRIED, Christine. *Germany*. In TATE, Neal C, VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: University Press, 1995, pp. 307-324, 1995.
- LAW, David S., VERSTEEG, Mila. *Evolution and Ideology of Global Constitutionalism* *California Law Review* 99(1163), 2011, pp. 1219–20.
- LESSA, Renato. A Constituição brasileira de 1988 como experimento de filosofia pública: um ensaio. In OLIVEN, Ruben G., RIDENTI, Marcelo, BRANDÃO, Gildo M. (orgs.) **A Constituição de 1988 na vida brasileira**. São Paulo: Aderaldo & Rotschild-ANPOCS, 2008.
- LIJPHART, Arend. *Comparative Politics and Comparative Method*. *American Political Science Review*, 65(3), 682-693, 1971.
- _____. *Modelos de Democracia*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- _____. *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Democracies*. 2 ed. Yale University Press (Versão Kindle), 2012.
- MACEDO JÚNIOR, R. P. Carl Schmitt e a fundamentação do Direito. **Dissertação de Mestrado**. São Paulo: USP, 1993.
- MADISON, James, HAMILTON, Alexander, JAY, Jon. *O Federalista*. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.
- MAHONEY, James. *Path Dependence in Historical Sociology*. *Theory and Society* 29, p. 507–548, 2000.
- MAHONEY, Paul. *The Common Law and Economic Growth: Hayek Might Be Right*. *Journal of Legal Studies*. 30, pp. 503-252, 2001
- MAHONEY, James, THELEN, Kathleen. *A Theory of Gradual Institutional Change*. In MAHONEY, James, THELEN, Kathleen. **Explaining Institutional Change – Ambiguity, Agency and Power**. Cambridge, University Press, 2010.
- MCCUBBINS, Matthew, et al. *Administrative Procedures as Instruments of Political Control*. *Journal of Law, Economics and Organization*. 3, pp. 243-277, 1987
- MCCUBBINS, Matthew, et al. *Structure and Process, Politics and Policy: Administrative Arrangements and the Political Control of Agencies*. *Virginia Law Review*. 75, pp. 431-482, 1989.

- MCCUBBINS, Matthew, SCHWARTZ, Thomas. *Congressional Oversight Overlooked: Police Patrol versus Fire Alarms. American Journal of Political Science*. 28, pp. 165-179, 1984.
- MCLEAN, Iain, MCMILLAN, Alistair. *Oxford Concise Dictionary of Politics. Second Edition. Oxford: University Press, 2003.*
- MELO, Marcus André, PEREIRA, Carlos. *Making Brazil Work: Checking the President in a Multiparty System. New York: Palgrave-Macmillan, 2013.*
- MELO, Marcus André, PEREIRA, Carlos. *Making Brazil Work: Checking the President in Multiparty Systems. New York: Palgrave Macmillan, 2013.*
- MELO, Marcus André. Hiperconstitucionalização e Qualidade da Democracia. In MELO, Carlos Ranulfo, SÁEZ, Manuel Alcántara. *A Democracia Brasileira. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.*
- MENDES, Gilmar, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis the Secondat. *Spirit of Laws. Edição Kindle, 1752.*
- NEGRETTO, Gabriel L. **Making Constitutions: Presidents, Parties and Institutional Choice in Latin America. New York: Cambridge University Press, 2013.**
- NICOLAU, Jairo. Partidos na República de 1946: Uma Réplica Metodológica. **Dados – Revista de Ciências Sociais**. Vol. 48, n. 3. Rio de Janeiro, 2004
- NICOLAU, Jairo. Partidos na República de 1946: Velhas Teses, Novos Dados. **Dados – Revista de Ciências Sociais**. Vol. 47, n. 1. Rio de Janeiro, 2004
- NORTH, Douglass C. *Institutions, Institutional Change, and Economic Performance. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.*
- PASQUARELLI, Bruno Vicente Lippe. Formação de Coalizões, Apoio Legislativo e Atuação Partidária no Presidencialismo Brasileiro. **Anais do 35º Encontro da ANPOCS, Caxambu, 2011.**
- PIERSON, Paul. *Increasing Returns, Path Dependence and the Study of Politics. The American Political Science Review*, V 94, N 2, p. 251-267, 2000.
- PIERSON, Paul. *Politics in Time: History, Institutions, and Social Analysis. Princeton: Princeton University Press, 2004.*
- PLUCKNETT, Theodore F. T. *Harvard Law Review* Vol. 40, No. 1 (Nov., 1926), pp. 30-70
- POLETTI, Ronaldo. **Constituições Brasileiras: 1934. Brasília, Senado Federal e MCT/Centro de Estudos Estratégicos, 2001.**

- POLLARD, David. *Constitutional and administrative Law: text with materials*. Oxford University Press, 2007.
- PORTO, Walter Costa. **Constituições Brasileiras: 1937**. Brasília, Senado Federal e MCT/Centro de Estudos Estratégicos, 2001.
- RAE, Douglas. **The Political Consequences of Electoral Laws**. New Haven: Yale University Press, 1971.
- RAKOVE, Jack N. The Origins of Judicial Review: A Plea for New Contexts. *Stanford Law Review*. Vol 49, N. 5, 1997, pp. 1031-1064.
- RAMALHO, Joaquim José dos Santos. Modelos de Regressão para Dados de Contagem. **Dissertação de Mestrado em Matemática Aplicada à Economia e à Gestão**. Universidade Técnica de Lisboa. Portugal, 1996.
- REGIS, André. Reengenharia federativa: a questão dos consórcios intermunicipais. In: FIGUEIREDO, Carlos Maurício; NÓBREGA, Marcos (Orgs.). **Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- REGIS, André. Reengenharia federativa: a questão dos consórcios intermunicipais. In: FIGUEIREDO, Carlos Maurício; NÓBREGA, Marcos (Orgs.). *Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 80-96.
- ROOSEVELT III, Kermit. **The Myth of Judicial Activism – Making sense of Supreme Court Decisions**. Yale University Press, 2006.
- RUBENFELD, Jed. *Freedom and Time: A Theory of Constitutional Self-Government*. Yale: University Press, 2001.
- SADEK, M. T. Judiciário: mudanças e reformas. **Estudos Avançados**. Vol 18, n. 51, São Paulo, 2004.
- SANTOS, Wanderley Guilherme dos. Velhas Teses, Novos Dados: Uma Análise Metodológica. **Dados – Revista de Ciências Sociais**. Vol. 47, n. 4. Rio de Janeiro, 2004.
- SARTORI, Giovanni. *Ingeniería Constitucional Comparada*. Trad. Roberto Reyes Mazzoni. Edição Kindle. México: Fondo Económico de Cultura, 1994
- SHAPIRO, Martin, STONE-SWEET, Alex. **On Law, Politics and Judicialization**. New York: Oxford University Press, 2002.
- SHUGART, Matthew Soberg, CAREY, John M. **President and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics**. New York: Cambridge University Press, 1992.

- SOARES, José de Ribamar Barreiros. *Ativismo Judicial no Brasil: O Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política. Tese de Doutorado*. Programa de Pós-graduação em Ciência Política, IESP-UERJ, 2010.
- SOUZA, Maria do Carmo Campello de. **Estado e Partidos Políticos no Brasil (1930 a 1964)**. 3 ed. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1990.
- SUNSTEIN, Cass. *Designin Democracy: What Constitutions Do*. Oxford: University Press, 2001.
- STINCHCOMBE, Arthur L. *Constructing Social Theory*. Chicago University Press, 1968.
- TADANO, Yara de Souza, UGAYA, Cássia Maria Lie, FRANCO, Admilson Teixeira. Método de Regressão de Poisson: Metodologia para Avaliação do Impacto da Poluição Atmosférica na Saúde Populacional. **Ambiente & Sociedade**. Campinas, V XII, N 2, p. 241-255, jul.-dez., 2009.
- TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2013.
- TATE, Neal C. Why The Expansion of Judicial Power? In TATE, Neal C, VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: University Press, 1995, pp. 27-37.
- TAYLOR, Matthew M., DA ROS, Luciano. Os Partidos Dentro e Fora do Poder: A Judicialização como Resultado Contingente da Estratégia Política. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, V 51, N 4, pp. 825-864, 2008.
- THELEN, Kathleen. 1999. *Historical Institutionalism in Comparative Politics*. **Annual Review of Political Science** 2, p.369–404, 1999.
- THELEN, Kathleen. *How Institutions Evolve: The Political Economy of Skills in Germany, Britain, the United States, and Japan*. New York: Cambridge University Press, 2004.
- TILLY, Charles. *Big Structures, Large Processes, Huge Comparisons*. New York: Russel Sage Foundation, 1984.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America*. Domínio Público. Kindle Edition, 1835.
- TRIOLA, Mario F. **Introdução à Estatística**. Tradução: Vera Regina Lima de Farias e Flores, Msc.10 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.
- TRIOLA, Mario. **Introdução à Estatística**. 10 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

TSEBELIS, George, NARDI JR, Dominic J. A Long Constitution is a (positively) bad Constitution: Evidences from OECD Countries. *British Journal of Political Science*, no prelo.

TSEBELIS, George, NARDI JR, Dominic J. A Long Constitution is a (positively) bad Constitution: Evidences from OECD Countries. **Working Paper**. Disponível em: http://sitemaker.umich.edu/tsebelis/working_papers, 2014.

WOOD, Dan B. **II International Conference on Comparative Presidential Studies and Presidentialism**. UFMG, 2014.

VALLINDER, Torbjörn. When Courts Go Marching in. In TATE, Neal C, VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: University Press, 1995, pp. 13-26.

VANBERG, Georg. *The Politics of Constitutional Review in Germany*. Cambridge (NY), University Press, 2005.

VANBERG, Georg. *The Politics of Constitutional Review in Germany*. Cambridge University Press, 2005.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. 4(2), pp. 441-464, jul/dez, 2008.

ANEXO

Tabela 33 Competências do Supremo Tribunal Federal

Competências	1891*	1934**	1937	1946	1967	1969	1988	2014
<i>Originárias</i>								
1. Julgar Presidente da República por CC	✓	✓		✓	✓	✓	✓	✓
2. Julgar Vice-Presidente da República por CC						✓	✓	✓
3. Julgar Deputados e Senadores por CC						✓	✓	✓
4. Julgar Ministros do STF por CC		✓	✓	✓	✓		✓	✓
5. Julgar Ministros de Estado por CC	✓	✓	✓	✓		✓		
6. Julgar Ministros de Estado por CR	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
7. Julgar Ministros Diplomáticos por CC e CR	✓	✓	✓	✓				
8. Procurador-Geral da República por CC		✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
9. Procurador-Geral da República por CR		✓	✓					
10. Comandantes das três Forças por CC e CR								✓
11. Juízes de Tribunais Federais e Estaduais, Ministros do Tribunal de Contas e Embaixadores por CC e CR		✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
12. Membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente por CC e CR							✓	✓
<i>Habeas Corpus</i> ⁹¹ contra atos:								
13. Do Presidente da República							✓	✓
14. Das Mesas da CD e SF							✓	✓
15. Do TCU							✓	✓
16. Do PGR							✓	✓
17. Do próprio STF							✓	✓
<i>Habeas Data</i> contra atos:								
18. Do Presidente da República							✓	✓
19. Das Mesas da CD e SF							✓	✓
20. Do TCU							✓	✓
21. Do PGR							✓	✓
22. Do próprio STF							✓	✓
23. Juízes federais e seus substitutos por CR		✓						
24. Conflitos entre União e Estados e entre os Estados entre si	✓	✓	✓	✓	✓	✓		
25. Causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta							✓	✓
26. Litígios entre Nações Estrangeiras e a União e/ou Estados	✓	✓	✓	✓		✓	✓	✓
27. Litígios entre Nações Estrangeiras e a União e/ou Estados e/ou Municípios					✓			
28. Conflitos entre Juízes/Tribunais Federais entre si ou entre eles e os Estados ou Estados entre si	✓	✓	✓	✓	✓	✓		
29. Os conflitos de atribuições entre						✓		

⁹¹ Quando o paciente for Presidente da República, Vice-Presidente, Membros do CN, Comandantes das Forças Armadas, Membros de Tribunais Superiores, Ministros do TCU, Ministros de Estado e Chefes de Missão Diplomática

autoridades administrativas e judiciárias da União ou entre autoridades judiciárias de um Estado e as administrativas de outro, ou do Distrito Federal e dos Territórios, ou entre as destes e as da União.								
30. Os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal							✓	✓
31. Extradição de criminosos requisitada por outras nações	✓		✓	✓				
32. Extradição quando requisitada por outras nações							✓	✓
33. Homologação de sentença estrangeira	✓						✓	✓
34. <i>Habeas Corpus</i> cuja autoridade coatora esteja imediatamente sob jurisdição da Corte	✓		✓	✓			✓	✓
35. <i>Habeas Corpus</i> quando o coator ou o paciente for tribunal, autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância							✓	✓
36. Mandado de Segurança contra atos do Presidente ou de Ministro de Estado	✓							
37. Mandado de Segurança contra atos do Presidente da República							✓	✓
38. Mandado de Segurança contra atos da Câmara, do Senado e de suas respectivas mesas							✓	✓
39. Mandado de Segurança contra atos do TCU							✓	✓
40. Mandado de Segurança contra atos do próprio STF, Presidente do TFR e Tribunais Federais de Última Instância							✓	
41. Mandado de Segurança contra atos do STF							✓	✓
42. Mandado de Segurança contra atos do PGR							✓	✓
43. Mandado de Segurança contra atos do Conselho Nacional da Magistratura							✓	
44. Mandado de Segurança impetrados pela União contra atos de Governos Estaduais							✓	
45. Execução de Sentença de sua Competência Originária	✓		✓	✓			✓	✓
46. Ações Rescisórias dos Acórdãos do STF	✓		✓	✓			✓	✓
47. Revisão Criminal	✓		✓	✓			✓	✓
48. Declaração de Suspensão de Direitos Políticos mediante petição do PGR							✓	✓
49. Pedido de Suspensão ⁹²							✓	
50. Pedido de Cautelar formulado representações oferecidas pelo PGR							✓	
51. Pedido de Cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade							✓	✓
52. A ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam							✓	✓

⁹² Incluído pela EC 7 de 1977

impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;								
53. Mandado de Injunção quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal.							✓	✓
54. As ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público ⁹³								✓
Controle Direto Constitucionalidade								
55. Ação de Inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo Federal ou Estadual por petição do PGR***						✓	✓	✓
56. ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade							✓	✓
57. ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão							✓	✓
58. ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade ⁹⁴								✓
59. ADPF – Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental								✓
60. Efeito Vinculante								✓
Recurso Ordinário								
61. Causas em que a União for parte							✓	
62. Questões excedentes da alçada legal resolvidos por tribunais inferiores	✓							
63. Rever processos findos em matéria criminal	✓	✓						
64. Causas e Mandados de Segurança decididos por Juízes e Tribunais Federais							✓	
65. Decisões do TSE que pronunciem Nulidade ou Invalidez de Lei em face da CF							✓	
66. Decisões de Última ou Única Instância das Justiças Locais e Juízes e Tribunais Federais denegatórias de <i>habeas corpus</i>				✓	✓	✓	✓	✓
67. <i>Habeas Corpus</i> contra decisão em única instância pelos tribunais superiores, SE denegatória a decisão							✓	✓
68. <i>Habeas Data</i> contra decisão em única instância pelos tribunais superiores, SE denegatória a decisão							✓	✓
69. Mandado de segurança contra decisão em única instância pelos tribunais superiores, SE denegatória a decisão							✓	✓
70. Mandado de Injunção decididos em única instância pelos tribunais superiores, SE denegatória a decisão							✓	✓
71. Decisões de Última ou Única Instância das Justiças Locais e Juízes e Tribunais Federais denegatórias de Mandado de Segurança							✓	
72. Causas em que forem partes Estado						✓	✓	✓

⁹³ Inserida pela EC 45 de 2004

⁹⁴ Incluída pela EC 3 de 1993 (Mediante emenda do Deputado Benito Gama, então PFL-BA)

Estrangeiro e Pessoa Domiciliada no país ⁹⁵										
73. Crimes Políticos								✓	✓	✓
74. Dissídios Coletivos									✓	
75. De decisões da Justiça Militar sobre crimes contra segurança nacional e instituições militares (mesmo aqueles cometidos por Governadores e seus Secretários)									✓	
76. Reclamação contra decisão ou ato administrativo que contrarie súmula										✓
Recurso Extraordinário contra Decisões das Justiças Locais em Última ou Única Instância:										
77. Que afrontem tratados ou lei federal	✓	✓	✓	✓						
78. Declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal									✓	✓
79. Contrariar dispositivo da Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal									✓	
80. Contrariar dispositivo da Constituição										✓
81. Questione vigência ou validade de lei federal em face da CF, e o Tribunal local negar aplicação à lei impugnada	✓	✓	✓	✓						
82. Que conteste validade de lei ou ato dos Governos locais em face da CF ou LF, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou lei impugnado	✓	✓	✓	✓						
83. Julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal									✓	
84. Julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição										✓
85. Julgar válida lei local contestada em face de lei federal										✓
86. Quando ocorrer divergência jurisprudencial na interpretação definitiva de LF	✓	✓	✓	✓	✓					
87. Rever processos findos em matéria criminal ⁹⁶								✓		
88. Repercussão Geral										✓

* As competências do STF na CF de 1891 foram determinadas pela EC 3 de 1926.

** O Supremo Tribunal Federal foi chamado de Corte Suprema por força do art. 9 das Disposições Transitórias da CF 1934.

*** O controle direto de constitucionalidade foi inserido na Constituição de 1946 pela Emenda 16 de 1965, quando o Brasil já se encontrara sob o Regime Ditatorial Militar.

CC – Crimes Comuns

CR – Crimes de Responsabilidade

⁹⁵ Incluída pela EC 16 de 1965

⁹⁶ Inserida pela EC 45 de 2004