

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – DIURNO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

Marcio Camargo Cunha Filho

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO RIO GRANDE DO SUL:
análise das ações diretas de inconstitucionalidade julgadas pelo Tribunal de Justiça gaúcho
(2007-2010)

Porto Alegre
2010

MARCIO CAMARGO CUNHA FILHO

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO RIO GRANDE DO SUL:
análise das ações diretas de inconstitucionalidade julgadas pelo Tribunal de Justiça gaúcho
(2007-2010)

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais perante a Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob orientação do Prof. José Alcebíades de Oliveira Júnior.

Porto Alegre
2010

MARCIO CAMARGO CUNHA FILHO

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO RIO GRANDE DO SUL:
análise das ações diretas de inconstitucionalidade julgadas pelo Tribunal de Justiça gaúcho
(2007-2010)

Monografia apresentada como requisito parcial
para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências
Jurídicas e Sociais perante a Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Defesa Pública em 02 de dezembro de 2010.

Monografia aprovada com conceito A

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Júnior – UFRGS.

Prof. Dr. Luis Fernando Barzotto

Prof. (a) Maria Isabel de Azevedo Sousa

Dedico este trabalho ao meu irmão Matheus, na esperança que lhe sirva de estímulo para seguir os trilhos da dedicação intensa aos estudos.

AGRADECIMENTOS

Embora seja “apenas” uma monografia de conclusão de curso, este trabalho envolveu muito suor e dedicação e, por, isso, tem um significado muito especial para mim. No meu entender, a produção acadêmica é, no âmbito de uma Universidade pública, a face mais importante de nossa formação universitária, e por isso é que decidi me aplicar com tanta intensidade a esta empreitada.

Contudo, não teria conseguido obter sucesso se não tivesse contado com a ajuda e algumas pessoas que, ao longo dos últimos anos, iluminaram, em muito, o meu caminho.

Primeiramente, agradeço à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, por todas as oportunidades que esta instituição me disponibilizou ao longo desses últimos seis anos. Olhando para trás, hoje, chega a ser difícil mensurar o quanto eu cresci durante o período em que fui um estudante universitário, e, caso tivesse estudado em outra Universidade, certamente este crescimento não teria sido tão intenso.

Também agradeço, e o faço com muita sinceridade, ao Serviço de Assessoria Jurídica Universitária desta Universidade. Desde que me tornei estudante da Faculdade de Direito, o SAJU moldou a minha trajetória, me ensinou a ser uma pessoa melhor e me mostrou caminhos que eu jamais teria descoberto se não tivesse sido participante deste incrível programa de extensão universitária. Serei eternamente grato a todas as pessoas que, dentro do SAJU, compartilharam momentos importantes comigo.

Ainda no plano institucional, agradeço ao Grupo de Pesquisa Constituição e Sociedade, do qual fiz parte por aproximadamente cinco anos. Foi através deste foro que pude me lançar na atividade da pesquisa, a qual acabou por se revelar uma de minhas grandes paixões, e, possivelmente, a minha verdadeira vocação. Quero agradecer a todos os integrantes desse grupo, por todas as valiosas contribuições, não apenas a essa pesquisa, mas também aos meus trabalhos anteriores. Dentre os componentes do grupo, contudo, não posso deixar de fazer uma menção especial ao meu colega e amigo Luciano da Ros, brilhante acadêmico cujo apoio para esta pesquisa, e, posso dizer, para o meu aprimoramento acadêmico em geral, foi absolutamente imprescindível. Também agradeço ao Prof. Eduardo Machado Carrion, coordenador do grupo, pela ajuda que alcançou quando ainda estava dando meus primeiros passos na iniciação científica.

Agradeço ao Prof. José Alcebíades, por ter aceitado o encargo de se responsabilizar pelo presente trabalho, e também por ter sempre se mostrado disposto a ajudar. Também

quero agradecer aos Professores Pedro Cruz Villalón e Luis Fernando Barzotto, que, como estudiosos do Poder Judiciário, muito me ensinaram acerca do tema que é objeto desta investigação.

Quero também manifestar gratidão a todos os meus amigos. Agradeço os meus queridos amigos do Colégio Leonardo da Vinci (com quem mantenho excelentes relações até hoje, mesmo depois de tanto tempo de formado), bem como os meus companheiros de faculdade, em especial aqueles que, tal como eu, fizeram parte da Gestão Novo Tempo, do Centro Acadêmico; da Gestão de 2007 do SAJU; e da Chapa Moto-Contínuo, de 2010. Quero agradecer-los por terem compartilhado tantos momentos importantes comigo, ao longo desses vários anos de convívio. Agradeço-os pelo companheirismo e por terem me ajudado a crescer como pessoa e como acadêmico.

Passando ao plano familiar, quero começar agradecendo a minha madrinha, Sílvia, por ter me ajudado – e muito – na formatação final deste trabalho.

Também gostaria de manifestar um agradecimento muito especial ao meu irmão, Matheus. O Matheus é, para mim, não apenas um irmão, mas um amigo muito especial, em quem deposito enorme carinho e confiança. Quero dizer a ele que encontrará em mim, sempre, um grande amigo, que invariavelmente estará do seu lado. Agradeço-o por ter sido ininterruptamente um leal companheiro, parceiro nos momentos em que eu mais precisava de um amigo por perto.

Agradeço o meu pai por ter financiado, quase que integralmente, os meus estudos universitários.

Last but not least, faço uma particular menção à minha Clarissa, companheira, muito amada, dos bons e dos maus momentos. Quero dizer-te que a tua ajuda, teu companheirismo, teu carinho, teu amor, foram absolutamente fundamentais para que eu conseguisse concluir, com êxito, os meus estudos acadêmicos, apesar de todos os obstáculos que apareceram em meu caminho. Também digo que, se passamos por tudo o que passamos, é porque, definitivamente, não há barreiras fortes o suficiente para nos impedir de permanecer juntos. Por toda a alegria e tranquilidade que você trouxe à minha vida nestes últimos anos, não seria possível encontrar palavras para expressar minha gratidão. Quero agradecer também aos seus pais, Nara e Paulo Roberto, por terem me acolhido com tanto carinho em sua família.

Por fim, tenho de ressaltar, como é praxe, que, embora inúmeras pessoas tenham contribuído para o aperfeiçoamento deste trabalho, suas incorreções e imperfeições – e o leitor certamente as encontrará – devem ser creditadas exclusivamente a mim. Os créditos

desta pesquisa são solidários, pertencem a todas as pessoas aqui mencionadas e também a algumas outras; as falhas, contudo, são de responsabilidade exclusiva do autor.

Porto Alegre, novembro de 2010.

“ELDERS: (...) Primero quisiera preguntarle al señor Foucault por qué le interesa tanto la política (...)

FOUCAULT: (...) Su pregunta es: por qué me interesa tanto la política? Si pudiera responder de una forma muy sencilla, diría lo siguiente: por qué no debería interesarme? Es decir, qué ceguera, qué sordera, qué densidad de ideología debería cargar para evitar el interés por lo que probablemente sea el tema más crucial de nuestra existencia, esto es, la sociedad en la que vivimos, las relaciones económicas dentro de las que funciona y el sistema de poder que define las maneras, lo permitido y lo prohibido de nuestra conducta. Después de todo, la esencia de nuestra vida consiste en el funcionamiento político de la sociedad en la que nos encontramos (...)”

(Chomsky e Foucault, 2006: 53-54).

RESUMO

A judicialização da política, entendida como a expansão das atribuições do Poder Judiciário com potencial capacidade de intervenção sobre as instituições legislativas (Vallinder, 1995 : 13), tem suscitado relevante debate no Brasil e do mundo.

De um lado, argumenta-se que os juízes estariam usurpando a competência dos tradicionais órgãos representativos (Pozzolo, 2006: 100). De outro, o Judiciário é visto como uma instituição estatal ainda mais representativa que o Legislativo (Cappelletti, 1993: 100).

Este trabalho abordou um recorte específico deste extenso debate, analisando especificamente a judicialização da política no Rio Grande do Sul, através da análise quantitativa e qualitativa das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIns) propostas contra leis e atos normativos municipais e estaduais no Tribunal de Justiça gaúcho (TJRS). Importantes conclusões foram extraídas da análise do referido material. A mais visível delas é que TJRS tem sido um ator importante no processo de *policy making* local. Tomando-se como referência o período compreendido entre 01/01/2007 e 30/06/2010, verificou-se que, de um universo de 724 ADIns, 481 foram julgadas integralmente procedentes. Também se verifica que a corte é chamada a se pronunciar principalmente em questões relacionadas à Administração Pública, e que o Ministério Público é o principal proponente de ADIns no âmbito estadual.

Palavras-chave: Judicialização da política, ações diretas de inconstitucionalidade, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

ABSTRACT

The judicialization of politics, understood as the expansion of the Judicial Branch's role leading to a potential intervention over legislative institutions (Vallinder, 1995 : 13), has given rise to a relevant debate in Brazil and worldwide.

On the one hand, some argue that judges would be usurping the jurisdiction of traditional representative bodies (Pozzolo, 2006: 100). On the other hand, the Judicial Branch is seen as a state-related institution even more representative than the Legislative Branch (Cappelletti, 1993: 100).

This paper addressed a particular excerpt from such extensive debate and specifically analyzed the judicialization of politics in the state of Rio Grande do Sul through quantitative and qualitative reviews of Direct Unconstitutionality Actions (*Ações Diretas de Inconstitucionalidade* - ADIns) filed against city and state laws and regulatory orders with the Rio Grande do Sul Court of Appeals (TJRS). Important conclusions have been drawn from the analysis of such material. The most visible of them is that the TJRS has been an important player in the local policy making process. Taking the period between 1/1/2007 and 6/30/2010 as reference, it was found that out of a universe of 724 ADIns, 481 were fully granted. It was also found that the court is called to issue a decision especially on matters related to the Public Administration, and that the Public Attorney has filed 46% of the ADIns in the aforementioned timeframe.

Key words: Judicialization of politics, direct unconstitutionality actions, Rio Grande do Sul Court of Appeals.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1: ADIns julgadas pelo TJRS no período compreendido entre 01/01/2007 e 30/06/2010	60
Gráfico 2: ADIns julgadas pelo TJRS, classificadas de acordo com o resultado do julgamento	62
Gráfico 3: ADIns julgadas pelo TJRS, classificadas de acordo com a temática da lei impugnada.	69
Gráfico 4: ADIns julgadas pelo TJRS, classificadas de acordo com o proponente	71
Gráfico 5: Relação entre os proponentes das ADIns julgadas pelo TJRS e a temática da lei impugnada em cada ação	73
Gráfico 6: Relação entre proponente e o resultado do julgamento da ADIn. Por questão de espaço físico, foram incluídos apenas os percentuais de sucesso do PGJ e dos Prefeitos municipais.	75

LISTA DE ABREVIACÕES

ACP – Ação Civil Pública.

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADIn(s) – Ação(ões) Direta(s) de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

AGU – Advocacia-Geral da União.

AI – Agravo de Instrumento.

AgR – Agravo Regimental.

CE – Constituição Estadual.

CF/88 – Constituição da República de 1988.

CPC – Código de Processo Civil.

Des. (a) – Desembargador (a).

EC – Emenda Constitucional.

j. – Julgado em.

MDB – Movimento Democrático Brasileiro.

Min. (a) – Ministro (a).

PGJ – Procurador-Geral de Justiça.

PGR – Procurador-Geral da República.

Rcl. – Reclamação.

RE – Recurso Extraordinário.

Rel. – Relator.

STF – Supremo Tribunal Federal.

TJ(s) – Tribunal (ais) de Justiça Estadual (ais).

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	14
2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL: EVOLUÇÃO HISTÓRICA, TENDÊNCIAS ATUAIS, PECULIARIDADES E CONTRADIÇÕES	22
2.1 Introdução do Capítulo	22
2.2 Breve histórico do controle de constitucionalidade no Brasil	23
2.3 O controle de constitucionalidade na CF/1988: modelo híbrido?	26
<i>2.3.1 A tendência de centralização de nosso modelo de controle de constitucionalidade</i>	26
<i>2.3.2 Obstáculos à concretização de um modelo puro de controle abstrato/concentrado de constitucionalidade</i>	31
<i>2.3.3 A convivência entre mecanismos concretos e abstratos de judicial review é uma peculiaridade brasileira?</i>	32
2.4 A verdadeira peculiaridade brasileira: a descentralização do controle concentrado de constitucionalidade	33
2.5 Exemplos de intervenção judicial na política do Brasil contemporâneo	38
2.6 Conclusões do capítulo	41
3 PERSPECTIVAS TEÓRICAS NO ESTUDO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	43
3.1 Introdução do capítulo	43
3.2 Origens históricas dos pensamentos pró e contra o ativismo judicial: as experiências de Estados Unidos e França no século XVIII	43
3.3 Argumentos pró-ativismo judicial	46
3.4 Argumentos contra o ativismo judicial	52
3.5 Conclusões do capítulo	58
4 AS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADAS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL (2007-2010)	59
4.1 Introdução do capítulo	59
4.2 As ADIns julgadas pelo TJRS em números	59
4.3 Os resultados dos julgamentos de mérito das ADIns julgadas pelo TJRS	61
4.4 As temáticas das ADIns levadas ao julgamento do TJRS	64
4.5 Os autores das ADIns julgadas pelo TJRS	69

4.6 O sucesso dos autores das ADIns julgadas pelo TJRS	73
4.7 As ADIns por omissão julgadas pelo TJRS	75
4.8 Conclusões do capítulo	77
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	80
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	83
PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS CITADOS	88

1 INTRODUÇÃO

A partir de meados do século XX, o cenário político mundial tem verificado uma profunda transferência de poder dos tradicionais órgãos representativos em direção ao Poder Judiciário. Esse fenômeno, frequentemente denominado de judicialização da política, tem se mostrado evidente em diversas partes do planeta, o que levou a literatura especializada a falar em uma “expansão global do Poder Judiciário” (Tate e Vallinder, 1995).

Se tivéssemos de escolher o país que melhor representa esse incremento de força dos juízes, possivelmente a escolha recairia sobre os Estados Unidos. Observando a história recente desse país, é fácil constatar o quão decisivo o Judiciário tem sido na elaboração e implementação das mais relevantes políticas públicas norte-americanas.

Neste país, a Suprema Corte foi responsável por efetivamente concretizar importantes direitos constitucionais, como a liberdade de religião ou de opinião. No caso *Gitlow v. New York* (268 US 652, 1925), por exemplo, a Corte determinou que a 14ª emenda à Constituição americana obrigava também os estados federais (e não apenas a União) a respeitar a liberdade de opinião e a liberdade de imprensa. Já no precedente *DeJonge v. Oregon* (299 US 353, 1937), a Suprema Corte entendeu que o direito de realizar reuniões para fins pacíficos está incluído na cláusula do *due process of law*. Em *Everson v. Board of Education* (330 US 1, 1947), usou-se essa mesma cláusula para impor aos estados norte-americanos a plena observância da liberdade de culto.

Para além dos direitos individuais mencionados acima, nos Estados Unidos a grande maioria das garantias dos réus em processos criminais – tais como o direito de permanecer em silêncio, o direito de não ser condenado com base em provas ilícitas¹, ou mesmo o direito de ser defendido por um advogado profissional² – foram conquistados através do Judiciário.

Ademais, não se pode olvidar que foi a Suprema Corte que derrubou, na conhecida decisão *Brown v. Board of Education* (347 US 483, 1954), a segregação racial nas escolas públicas norte-americanas, argumentando que leis estaduais que estabeleciam escolas diferentes para negros e brancos eram inconstitucionais, uma vez que negavam às crianças

¹ No caso *Mapp v. Ohio* (367 US 643, 1961), a Suprema Corte decidiu que o direito de não ser condenado com base em produto de busca e apreensão ilegal deveria ser observado pelas justiças estaduais.

² O direito de ser defendido por um advogado foi inicialmente decretado no caso *Powell v. Alabama* (287 US 45, 1932); no entanto, essa decisão se referia somente para os casos em que o réu era acusado de um crime cuja pena era a morte. Foi a partir dessa decisão, contudo, que os Estados começaram a aprovar leis estendendo o direito de ser defendido por um advogado em qualquer processo criminal.

negras igualdade de oportunidade. É importante chamar atenção para o impacto dessa decisão, já que àquela época havia nada menos do que 18 estados norte-americanos que instituíam a obrigatoriedade de colégios separados para negros e brancos. Um pouco depois, na década de 1970, foi a vez das mulheres utilizarem-se do Judiciário para conquistar maior igualdade, o que foi logrado principalmente a partir da decisão *Reed v. Reed* (404 U.S. 71, 1971), em que decretou-se a inconstitucionalidade da discriminação baseada no sexo.

É por todos esses fatores que Charles Epp, em influente obra (1998), afirma ter ocorrido nos Estados Unidos uma verdadeira *rights revolution*, ou seja, uma revolução de direitos através do Poder Judiciário.

No entanto, não é apenas nos Estados Unidos que o Judiciário tem se destacado como um centro decisório de importância cada vez maior.

Na Índia, durante a segunda metade do século passado, é possível dizer que se chegou a uma situação extrema: neste país, o Judiciário tentou promover uma reforma completa no sistema prisional do país, ordenou a criação de um direito a um salário mínimo, delineou regras ambientais, entre outras³. Ainda que na prática essas decisões não tenham sido totalmente implementadas, o certo é que a Suprema Corte indiana tem procurado intervir com força nas questões políticas internas deste país.

Outro exemplo interessante é o da Grã-Bretanha, país conhecido por possuir magistrados notavelmente conservadores e por não ter uma carta nacional de direitos fundamentais. Mesmo sob essas condições, o Judiciário tem ganhado cada vez mais espaço na sociedade. Cite-se o fato de que, na década de 1990, a *House of Lords* declarou, pela primeira vez nesta nação, que possui competência para realizar o controle de constitucionalidade de leis britânicas em face de normas tidas por superiores, no caso as leis comunitárias da União Europeia.⁴ Essa mudança de entendimento teve o condão de modificar profundamente o sistema jurídico britânico, mitigando a doutrina, há séculos enraizada naquela sociedade, da soberania parlamentar.

Na Itália, o Judiciário tem se destacado no combate à corrupção política, o que o levou a um enfrentamento direto com os Poderes Executivo e Legislativo. Tendo em vista o envolvimento destes com o crime organizado, e o conseqüente desinteresse dos mesmos em

³ Estes dados foram extraídos da obra de Epp (1998: 71). A decisão que criou um salário mínimo foi *People's Union for Democratic Rights v. Union of Índia*, AIR 1982 SC 503; a mais importante decisão em matéria ambiental foi *M. H. Hoskot v. State of Maharashtra*, AIR 1978 SC 1548, reafirmada em *Hussainara Khatoon v. State of Bihar*, AIR 1979 SC 1369

⁴ Os primeiros casos em que a *House of Lords* britânica legitimou a prática do controle de constitucionalidade de leis nacionais em face do direito comunitário europeu foram *R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd* (1991) e *R. v. Secretary of State for Employment, ex parte EOC* (1994).

combater a referida prática, coube aos juízes levar a cabo investigações acerca da probidade administrativa e política de diversos líderes italianos. Esse pró-ativismo do judiciário italiano – que culminou na chamada operação “mãos limpas”, da década de 1990 – foi sustentado por um alto grau de apoio da opinião pública (Della Porta, 2001: 14), e sobreviveu mesmo em face das enormes pressões exercidas pelas forças contrárias, que chegaram ao ponto de assassinar importantes magistrados italianos, como o Juiz Giovanni Falcone. Com efeito, o número de condenados por corrupção na Itália cresceu de 159 em 1991 para 856 em 1996, sendo que em 1998 havia mais de quatro mil pessoas sendo investigadas sob o manto da operação mãos limpas (Della Porta, 2001: 12).

Outro importante exemplo de recente fortalecimento do Poder Judiciário é o México. Neste país, até o ano de 1994 “a Suprema Corte era política e legalmente subordinada ao Poder Executivo” (Ríos-Figueroa, 2007: 35), sendo que tanto esse órgão de cúpula quanto o Judiciário em geral eram apenas parte do sistema de dominação do Partido Revolucionário Institucional (PRI), o qual caracterizou o México por mais de 70 anos (Ríos-Figueroa, 2007: 35). No entanto, em 1994 sobreveio uma ampla reforma do sistema judicial, a qual delegou ao Judiciário uma considerável dose de poder, outorgando-lhe, dentre outras, a prerrogativa de julgar ações de inconstitucionalidade. A partir daí, o Judiciário mexicano começa a ganhar independência, deixando evidente que iria enfrentar os abusos do poder político de maneira mais incisiva. Em 2000⁵, a Suprema Corte deferiu pedido de deputados opositores que pleiteavam acesso a documentos que, segundo eles, provava que houvera financiamento ilegal na campanha eleitoral do então presidente Ernesto Zedillo. Essa foi a “primeira vez na história moderna mexicana em que a Suprema Corte desafiou o poder da presidência em um caso de tamanha magnitude” (Staton, 2010:3). Logo depois, no caso Yucatán⁶, anulou-se o código eleitoral estadual que criava um conselho eleitoral subordinado ao então governador.

Por fim, cabe citar o caso argentino. Neste país, o Judiciário gozou de considerável autonomia até a chegada ao poder de Juan Perón, em 1946. A partir daí, contudo, houve uma verdadeira investida contra a independência dos juízes, situação agravada posteriormente, sob o governo de Carlos Menem. Pode-se dizer que a principal atitude tomada por esses presidentes para minar a autonomia do Judiciário foi a manipulação do número de magistrados da Suprema Corte, para que esta acabasse tendo uma maioria a eles favorável. Com efeito, Perón reduziu o número de juízes da Suprema Corte de oito para cinco, ao passo

⁵ Controversia Constitucional 26/99, citado por Ríos-Figueroa (2007:53)

⁶ Accion de Inconstitucionalidad 18/2001, citado por Ríos-Figueroa (2007:53)

que Menem, ainda no início de seu governo, aumentou o número de juízes de cinco para nove (Chavez, 2004: 455-456). Ambos também se utilizaram da prática de forçar a aposentadoria de juízes, ou mesmo de provocar processos de *impeachment* (Chavez, 2004: 459). Apesar desse cenário político altamente desfavorável, o Judiciário argentino também começou a oferecer, desde o final da década de 1990, demonstrações crescentes de independência e autonomia. Exemplo disso foi a sinalização informal feita pela Suprema Corte, ainda sob o governo Menem, de que não permitiria que o presidente tentasse uma re-reeleição, o que o levou a desistir de concorrer a um terceiro mandato (La Nación, 01/04/1999, citado por Chavez, 2004: 475).

Como se pode ver, a expansão das atribuições do Poder Judiciário tem sido um fenômeno global, não se restringindo a um ou outro país. Não é a toda que o tema tem despertado crescente interesse na doutrina especializada, sendo hoje uma das questões mais discutidas tanto na Ciência do Direito quanto na Ciência Política.

No entanto, a despeito da abundância de estudos já produzidos acerca do Poder Judiciário e do ativismo judicial, é fato que diversos aspectos da temática ainda não foram exaustivamente trabalhados. Um deles é o papel desempenhado por cortes regionais: com efeito, tanto cientistas políticos quanto juristas tendem a se focar quase que exclusivamente na análise da atuação de Supremas Cortes nacionais, ou de tribunais internacionais de grande visibilidade, deixando de lado o estudo do Judiciário estadual. Tal negligência, contudo, não pode ser aceita, haja vista que essas cortes têm potencial para exercer um influente papel na política local, conforme procuraremos demonstrar.

Dessa forma, a presente pesquisa, inserida no debate acerca da crescente inserção do Poder Judiciário na política do Brasil e do mundo, busca analisar um aspecto específico deste extenso tema, qual seja, a judicialização da política no Rio Grande do Sul. Através da análise quantitativa e qualitativa de todas as ações diretas de inconstitucionalidade julgadas pelo Tribunal de Justiça gaúcho no período compreendido entre 01/01/2007 e 30/06/2010, examinaremos como tem se dado a atuação do Judiciário estadual no campo político.

No que se refere à metodologia de trabalho, antes de tudo é necessário esclarecer que nos embasamos mormente na clássica obra de Vianna *et al.*, *A Judicialização da Política e*

das Relações Sociais no Brasil (1999). Neste trabalho, os autores criaram um mapa dos julgamentos das ações diretas de inconstitucionalidade realizados pelo Supremo Tribunal Federal, analisando, por exemplo, que agentes têm sido responsáveis pela propositura dessas ações, que tipo de temáticas têm sido levadas por cada um deles à apreciação da Suprema Corte brasileira, qual a origem do diploma legal contestado, entre outros. Esse estudo foi importante por ter destacado os pontos centrais da atuação do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade. *Mutatis Mutandis*, é o que se pretende com este estudo, cujo objeto, contudo, não é o Supremo Tribunal Federal, mas sim o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

O leitor poderia indagar, neste ponto, o porquê da escolha específica das ADIns, deixando-se de lado o estudo de outras faces da atuação política do TJRS ou do Judiciário gaúcho como um todo. Com efeito, há diversas maneiras de os juízes se imiscuírem em matéria política⁷. No entanto, o controle de constitucionalidade possui importância ímpar. É ele que coloca o Poder Judiciário no centro do processo decisório de uma nação, inserindo-o definitivamente no processo de elaboração de políticas públicas. A *judicial review* faz com que o Judiciário deixe de ser apenas um órgão responsável pela resolução de conflitos individuais e passe a interferir de maneira decisiva nas mais diversas questões constitucionais de um país. Com efeito,

A condição de poder político do Judiciário nos tempos modernos decorre de sua capacidade de controlar os atos normativos dos demais poderes, especialmente as leis produzidas pelo parlamento. Essa função, conhecida como *judicial review* ou *controle de constitucionalidade das leis*, coloca o Judiciário em pé de igualdade com os demais poderes, exatamente naquela dimensão mais importante do sistema político: o processo decisório de estabelecimento de normas (leis e atos executivos) capazes de impor comportamentos. Nos países em que o Judiciário ou um tribunal especial pode ser acionado para verificar o respeito das leis e dos atos normativos à Constituição, pode-se dizer que existe um terceiro poder político de Estado, ao lado do Executivo e do Legislativo. Nos países em que essa função inexistente, o Judiciário assemelha-se a um órgão público ordinário, responsável pela importante tarefa de prestar justiça nos conflitos particulares, mas incapaz de desempenhar um papel político no processo decisório normativo (...) (Arantes, 2004: 82, grifos originais).

⁷ Com efeito, há diversas maneiras de se levar ao Judiciário questões políticas. Dessa forma, são numerosas as possíveis perspectivas do estudo do fenômeno da judicialização da política. Cappelletti (1988), por exemplo, discorre acerca do papel político que as ações coletivas podem exercer. Vale (1976) realizou uma brilhante análise acerca do uso político *habeas corpus* frente ao STF no período da ditadura militar. Nosso estudo, no entanto, se limitará à análise do controle abstrato de constitucionalidade, pelas razões que explicamos acima.

Nesse mesmo sentido, e especificamente sobre a realidade brasileira, já foi enfatizado que :

Esta sistemática de jurisdição constitucional adotada pelo constituinte [que ampliou significativamente o rol de atores legitimados a propor ADIns] favoreceu, em larga medida, o processo de judicialização da política, na medida em que conferiu a qualquer partido político com representação no Congresso, às representações nacionais da sociedade civil organizada e às principais instituições dos Estados-membros, dentre outras entidades, o poder de provocar o STF. Assim, é praticamente impossível que alguma questão relevante seja resolvida no âmbito parlamentar sem que os perdedores no processo político recorram à nossa Corte Suprema, para que dê a palavra final à controvérsia, com base na sua interpretação da Constituição. (Sarmiento, 2009 : 108)

Vê-se, com a argumentação supra, que a *judicial review* é o mecanismo que vai levar o Poder Judiciário a participar da elaboração de políticas públicas de um país. Por esse motivo é que, para estudar a judicialização da política no Rio Grande do Sul, iremos analisar especificamente o controle de constitucionalidade exercido pelo TJRS, deixando de lado a atuação política do Judiciário gaúcho em outras esferas. No entanto, ainda caberia, nesse ponto, uma indagação relevante: por que examinar, tão-somente, o controle abstrato de leis e atos normativos municipais e estaduais (tal como faremos), ignorando o estudo do controle concreto/incidental exercido por juízes sul-rio-grandenses?

É que, na visão da ciência política moderna, os mecanismos abstratos/concentrados de controle de constitucionalidade, se comparados com os mecanismos difusos/concretos, são meios muito mais efetivos de se levar ao Judiciário questões políticas. Com efeito, o controle concentrado possui pelo menos duas vantagens com relação ao controle difuso. A primeira delas é a celeridade. No controle difuso, a parte interessada não tem como escapar da morosidade do Judiciário: faz-se necessário ajuizar uma demanda perante o juiz de primeiro grau, o qual irá proferir sentença, via de regra, alguns anos após o início do processo; depois disso, a apelação leva o contencioso ao Tribunal de segundo grau, que demora mais alguns anos para proferir decisão de mérito. Posteriormente ainda pode haver recurso extraordinário para os Tribunais superiores. Já os mecanismos de controle abstrato permitem que a parte interessada “pule” todas as instâncias ordinárias, tendo acesso direto ao órgão de cúpula do Poder Judiciário (o STF, no âmbito da guarda da Constituição Federal, ou o TJ, no âmbito da

guarda da Constituição Estadual).^{8 9} A segunda grande vantagem do controle abstrato/concentrado de constitucionalidade é a eficácia das decisões proferidas nesses processos. Ao passo em que a decisão que declara *incidenter tantum* a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo tem eficácia apenas *inter partis*, a decretação de inconstitucionalidade proferida em sede de controle abstrato tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, retirando do ordenamento jurídico o diploma legal atacado.

Em outras palavras, o que se pode dizer é que, embora haja diversas maneiras de trazer ao Judiciário questões de índole política, o controle abstrato de constitucionalidade é o meio mais poderoso para fazê-lo.

Devido às relevantes diferenças na celeridade e na eficácia da prestação jurisdicional, optamos, portanto, por estudar apenas o controle abstrato/concentrado de constitucionalidade de leis e atos normativos municipais e estaduais. Partimos do pressuposto de que, embora haja diversas outras maneiras de se levar ao Poder Judiciário questões de caráter político, o controle abstrato/concentrado de constitucionalidade é o meio mais efetivo para tanto.

Escolhido o controle abstrato como objeto de nosso estudo, ainda seria possível indagar o porquê de eleger apenas as ações diretas de inconstitucionalidade, deixando de lado mecanismos como a ADC ou a ADPF. A resposta, nesse caso, é bastante simples. Ocorre que, dentre os instrumentos mencionados, a ADIn é o que, de longe, tem sido utilizado de maneira mais frequente desde o advento da CF/88. Com efeito, essa ação é a principal ferramenta de contestação das decisões majoritárias, já que através dela, grupos minoritários, que na arena política tradicional possuem pouca voz, têm a oportunidade de anular um diploma legal resultado da vontade da maioria, através, como ressaltamos, de um rito célere e dotado de eficácia contra todos. Ou seja, a ADIn permite que determinados atores consigam efetivar suas vontades através do órgão de cúpula do Poder Judiciário, a despeito de não terem logrado o mesmo êxito nas tradicionais arenas político-representativas. Observe-se que essa

⁸ É necessário ressaltar que, no caso das decisões proferidas pelo TJRS, o rito da ADIn realmente tem sido bastante célere. Via de regra, o Tribunal leva apenas alguns dias para julgar o pedido liminar, quando há, e não mais do que três ou quatro meses para julgar o mérito da ação. Os julgamentos de mérito do STF tendem a demorar muito mais – às vezes transcorrem anos até o julgamento de mérito de uma ADIn, embora o julgamento liminar costume ser mais rápido.

⁹ No caso do controle abstrato de constitucionalidade exercido por Tribunais de Justiça estaduais, é verdade que, do acórdão que decreta a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo estadual ou municipal, cabe recurso extraordinário ao STF. Ou seja, diferentemente do que ocorre com o julgamento de ADIns na Suprema Corte, a decisão do TJ é recorrível. Este trabalho, contudo, não abrangeu o estudo destes recursos, limitando-se à análise dos acórdãos proferidos pelo TJRS, o que pode ser explicado pelo número relativamente baixo de recursos ajuizados contra essas decisões, e também pela grande demora no julgamento dos mesmos.

possibilidade de atingir objetivos políticos através do Poder Judiciário é a própria essência do fenômeno da judicialização da política.

Feitos esses esclarecimentos preliminares acerca da metodologia e da justificativa de nossa pesquisa, passemos à síntese das unidades subsequentes. No capítulo 2, iremos tecer algumas considerações acerca do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, abordando sua evolução histórica, suas contradições e peculiaridades. Aprofundaremos o exame do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos municipais e estaduais exercido pelos Tribunais de Justiça Estaduais. Nesse capítulo teremos ainda a oportunidade de comprovar nossas considerações acerca do caráter político do controle de constitucionalidade, inclusive citando as diversas ocasiões da história recente do Brasil em que o Judiciário se viu chamado a interferir no jogo político nacional. Em seguida, no capítulo 3, procuraremos colocar em evidência o amplo debate teórico que existe acerca do tema, enfatizando as radicais discordâncias que existem entre aqueles que são abertamente favoráveis a uma efetiva intervenção do Judiciário no campo político e os que se opõem frontalmente a tal fenômeno. Sem a ambição de tentar alcançar uma solução definitiva a essas infundáveis discussões, neste capítulo buscaremos apenas ressaltar a complexidade e a importância do tema ora debatido. Após, no capítulo 4, será feita a análise quantitativa e qualitativa das ações diretas de inconstitucionalidade julgadas pelo Tribunal de Justiça gaúcho, ocasião em que buscaremos compreender quais são os agentes que têm forçado a atuação contra-majoritária do tribunal, além de analisar suas respectivas taxas de sucesso e as temáticas que têm sido por eles propostas. Derradeiramente, no capítulo 5, teceremos algumas considerações finais acerca do tema.

2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL: EVOLUÇÃO HISTÓRICA, TENDÊNCIAS ATUAIS, PECULIARIDADES E CONTRADIÇÕES

2.1 Introdução do Capítulo

Conforme foi salientado no capítulo anterior, o poder de controlar a constitucionalidade de leis e atos normativos oriundos do Poder Público é o que coloca o Judiciário em um patamar de quase igualdade com relação aos demais poderes, permitindo-o decidir em última instância muitas das questões políticas relevantes de um país. Através dessa prerrogativa, o Judiciário deixa de ser apenas uma entidade responsável pela solução de conflitos individuais, passando a exercer função de cunho marcadamente político.

Dessa forma, preliminarmente ao estudo da *judicial review* exercida pelo TJRS, se faz necessário tecer algumas considerações gerais acerca do modelo de controle de constitucionalidade vigente no Brasil contemporâneo, enfatizando suas peculiaridades e contradições.

Neste capítulo, faremos menção a apenas dois modelos de controle de constitucionalidade. O primeiro, ao qual nos referiremos indistintamente como “modelo difuso” ou “modelo difuso/concreto”, é o controle de constitucionalidade exercido incidentalmente por qualquer juiz ou tribunal no curso de uma lide processual de sua competência. Nesses casos, a questão acerca da constitucionalidade da norma não é o objeto principal da demanda, mas, tão-somente, uma questão prejudicial, que será decidida *incidenter tantum*. A decisão sobre a validade ou não da norma atacada tem eficácia apenas naquele caso concreto. Já o segundo modelo será, no presente trabalho, mencionado indistintamente como “controle abstrato” ou, ainda, “controle concentrado/abstrato.” Nesse sistema, o controle de constitucionalidade é exercido por uma Corte apenas, que pode ser o Tribunal de cúpula do Poder Judiciário ou uma Corte Constitucional separada do Judiciário. No controle abstrato, apenas alguns determinados agentes políticos possuem legitimidade para ajuizar ações de inconstitucionalidade¹⁰. A validade da lei ou ato normativo impugnado é o

¹⁰ Da Ros (2008: 105) noticia que, nos países europeus, apenas agentes como análogos ao Presidente da República, aos Governadores de Estado, às Mesas de Assembleias Legislativas estaduais e ao Procurador-Geral da República figuram frequentemente na lista de legitimados ativos para propor ações de inconstitucionalidade. Na Europa, atores como partidos políticos com representação no Congresso, confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional raramente possuem essa prerrogativa. Assim, pode-se dizer que, no Brasil, uma

objeto principal da demanda judicial, que, se julgada procedente, irá retirar o diploma legal atacado do ordenamento jurídico, tendo, portanto, eficácia *erga omnes*¹¹. Estes dois modelos têm em comum o fato de serem realizados *a posteriori*, ou seja, depois de o ato normativo em questão ter entrado em vigor.

Iniciaremos este capítulo debatendo, brevemente, a história do controle de constitucionalidade no Brasil independente. Após, abordaremos criticamente o modelo atual de controle de constitucionalidade, ocasião em que ressaltaremos que a tendência de nosso sistema é a sua conversão em um sistema cada vez mais centralizado, a despeito de seguir existindo importantes mecanismos de controle difuso. Em seguida, teceremos algumas considerações acerca de uma pouco notada peculiaridade do nosso sistema, qual seja, a possibilidade de Tribunais de Justiça estaduais exercerem o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos estaduais e municipais em face de suas respectivas Constituições Estaduais. Em seguida, realizaremos um apanhado histórico das ocasiões em que o Poder Judiciário interveio de maneira incisiva na política brasileira, seja através do controle difuso, seja através do controle concentrado de constitucionalidade. Por fim, elencamos as conclusões do capítulo.

2.2 Breve histórico do controle de constitucionalidade no Brasil

Na Constituição de 1824, não estava previsto qualquer tipo de controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos (Branco, Coelho e Mendes, 2008: 1035). O art. 15, n. 8 e 9, dessa Constituição assinalava que cabia ao Poder Legislativo “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las”, bem como “velar na guarda da Constituição”.

ampla gama de agentes possui legitimidade para provocar a atuação política do STF; no Rio Grande do Sul, pode-se dizer que esse leque é ainda maior, conforme exposto no capítulo 4.

¹¹ Note-se que há outros dois tipos de controle judicial de constitucionalidade de leis e atos normativos, os quais não serão analisados no presente trabalho. O primeiro seria o modelo concreto-centralizado *a posteriori*. Nesse sistema, que não existe no Brasil, um órgão de cúpula do Poder Judiciário tem legitimidade privativa para proferir decisões acerca da constitucionalidade de leis ou atos normativos em caráter incidental e mediante um caso concreto. Também não foi analisado no presente trabalho o modelo abstrato-centralizado *a priori*, em que apenas um órgão tem competência exclusiva para decidir questões constitucionais, mas tal controle é realizado antes de a lei entrar em vigor. O mais conhecido exemplo deste modelo é o Conselho Constitucional francês. No Brasil, é o Congresso Nacional que analisa a constitucionalidade de uma lei antes de sua entrada em vigor, através, principalmente, da Comissão de Constituição e Justiça.

No final do século XIX, o Brasil se encontrava sob forte influência dos Estados Unidos da América em diversas esferas da vida social e política. Tal constatação ajuda a compreender a escolha do sistema de controle de constitucionalidade que iríamos adotar com o advento da República. Assim, em tal ocasião, atribuiu-se à magistratura federal a prerrogativa de intervir, em espécie e por provocação das partes, na guarda da Constituição. O art. 60 da Carta Magna rezava que competia aos juízes federais processar e julgar “as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição federal.” Inaugurava-se, portanto, o sistema difuso/incidental de controle de constitucionalidade, de inspiração norte-americana. Havia, contudo, uma diferença relevante entre os dois modelos. É que, enquanto vigia, nos Estados Unidos, a norma da *stare decisis*¹², que atribuíria efeito vinculante às decisões proferidas pelos tribunais superiores, o mesmo não ocorria no Brasil, onde a decisão do STF tinha efeito apenas para o caso concreto objeto do recurso.

Na tentativa de resolver a problemática relativa à falta de eficácia geral das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade, a Constituição de 1934 trouxe uma importante inovação. Segundo o art. 91 dessa Carta, cabia ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.” Outra inovação importante dessa Constituição foi o art. 179, que, na tentativa de diminuir a insegurança jurídica oriunda da possibilidade de qualquer juiz federal deixar de aplicar lei federal ou estadual, rezava que “só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.” Outra inovação importante dessa Constituição foi a inauguração de uma modalidade de decretação de inconstitucionalidade para fins de promoção da intervenção federal. Dessa forma, quando o Senado Federal promulgasse lei decretando intervenção federal nos Estados, esta teria sua eficácia condicionada à declaração de constitucionalidade pelo STF, mediante representação do Procurador-Geral da República (art 41, §3º c/c art 12, §2º). Esse dispositivo é o embrião do controle concentrado/abstrato de leis e atos normativos no direito brasileiro, o qual será ampliado pelas Constituições posteriores, em especial pela CF/88.

A Constituição de 1937, na opinião de Branco, Coelho e Mendes (2008:1040) “traduz inequívoco retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade.” Isso porque, apesar de ter mantido as disposições da Constituição anterior acerca do modelo difuso, o art. 96, § único, estipulava que “no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo

¹² Sobre a norma do *stare decisis*, veja-se Epstein e Knight (1996).

do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.” Vê-se, portanto, que a declaração de inconstitucionalidade, na Constituição de 1937, estava condicionada à ratificação do Parlamento. Na prática, no entanto, o Legislativo esteve fechado durante quase a totalidade do Estado novo. Assim, coube ao Presidente da República o exercício da prerrogativa de confirmar as decisões sobre a inconstitucionalidade de leis oriundas do Poder Público. Fica nítido, portanto, o caráter autoritário deste dispositivo.

A Constituição de 1946 restaurou a autonomia do controle judicial de constitucionalidade no Direito brasileiro. Conforme o art. 101, III, desse documento, cabia ao STF julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes

- a) quando a decisão fosse contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; b) quando se questionasse a validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão recorrida negasse aplicação à lei impugnada; c) quando se contestasse a validade de lei ou ato de governo local em face da Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgasse válida a lei ou o ato.

A Carta de 1946 também emprestou nova conformação à representação de inconstitucionalidade para fins de intervenção federal, a qual deveria ajuizada pelo Procurador-Geral da República frente ao STF. Esse último instrumento teve ampla utilização no período (Branco, Coelho e Mendes, 2008: 1043).

Observe-se que, com a manutenção da representação de inconstitucionalidade, estava-se consolidando um importante instrumento de controle abstrato de constitucionalidade. No entanto, tal mecanismo se encontrava limitado, à época, à solução de questões relacionadas ao conflito entre União e Estados. Nesse sentido, a Emenda Constitucional n. 16/1965 veio a ampliar a abrangência desse instituto, ao criar o controle abstrato de normas estaduais e federais. A EC n. 16/1965 trouxe outra importante inovação, ao outorgar ao legislador ordinário a competência para criar um mecanismo de controle de constitucionalidade de leis municipais, o qual ficaria a cargo dos Tribunais de Justiça Estaduais.

A Constituição de 1967/1969 manteve o sistema instaurado pela EC 16/1965 no que tange ao controle abstrato de normas estaduais e federais. Cabe ressaltar, contudo, que somente o Procurador-Geral da República estava autorizado a ajuizar representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. À época, frente a uma tentativa do MDB de propor essa ação, o STF decidiu categoricamente que somente o PGR poderia decidir se e quando deveria ser oferecida a representação de inconstitucionalidade (Rcl. 849/DF, Rel. Min. Adalício Nogueira, j. em 10/03/1971). No entanto, houve ocasiões em que este partido político foi atendido ao solicitar ao PGR que ingressasse com representação de inconstitucionalidade. Mesmo assim, o fato é que tão-somente o PGR tinha acesso direto e incondicional ao Supremo Tribunal Federal. Não se pode olvidar, ademais, que, anteriormente à Constituição de 1988, o chefe do Ministério Público era muito mais um representante da União do que um defensor do povo. Assim, o mecanismo da representação de inconstitucionalidade não estava aberto a partidos políticos, a integrantes da sociedade civil, ou a quaisquer forças de oposição ao regime vigente. Tal quadro irá sofrer profunda alteração com o advento da Constituição Federal de 1988, cujo modelo de controle de constitucionalidade passa-se a analisar.

2.3 O controle de constitucionalidade na CF/1988: modelo híbrido?

2.3.1 A tendência de centralização de nosso modelo de controle de constitucionalidade

É comum que o estudante de direito encontre, nos mais diversos manuais de Direito Constitucional, a afirmação de que o nosso modelo atual de controle de constitucionalidade é híbrido, haja vista a coexistência de mecanismos difusos/incidentais e de instrumentos concentrados/abstratos. Muitos autores ainda ressaltam que esse hibridismo é a principal peculiaridade do sistema brasileiro de revisão judicial, já que os países europeus adotam exclusivamente o modelo abstrato, ao passo que nos Estados Unidos vige somente o modelo concreto.

Tais constatações, ainda que não sejam exatamente falsas, pecam pela simplificação excessiva. Com efeito, o que se deixa de notar, muito frequentemente, é que, ainda que persista no Brasil o controle difuso/incidental de constitucionalidade, *nosso sistema tende a se*

tornar cada vez mais concentrado. Assim, mais importante que simplesmente afirmar que o modelo brasileiro é marcado pelo hibridismo é enfatizar a direção a que este se encaminha. Ademais, a convivência entre o modelo difuso e o modelo concentrado não é uma peculiaridade brasileira. Abordaremos essa questão mais adiante.

Na tentativa de comprovar este ponto de vista, segundo o qual o controle concentrado de constitucionalidade no Brasil está, cada vez mais, absorvendo e substituindo o controle difuso, lançam-se alguns debates bastante ilustrativos da questão.

Em primeiro lugar, é necessário apontar que a Constituição de 1988 optou por enfatizar o modelo concentrado de controle de constitucionalidade, em detrimento do difuso. Ao conferir ampla legitimação ativa para o ajuizamento de ADIns, os constituintes, consciente ou inconscientemente, acabaram permitindo que praticamente todas as questões nacionais de relevo fossem submetidas à apreciação do STF.

Enfatizando esse argumento, Branco, Coelho e Mendes (2008: 1064) destacam que “a ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar” são os fatores que explicam o fato de que, na atualidade, todas as controvérsias político-constitucionais acabem, cedo ou tarde, sendo levadas à apreciação do STF.

Nesse sentido, muitos cientistas políticos têm enfatizado que grupos minoritários, frequentemente excluídos dos tradicionais foros de elaboração de políticas públicas no Brasil, acabam se usando do Judiciário para tentar participar, ainda que apenas marginalmente, do processo de *policy making*. Tal estratégia somente é viabilizada a partir do momento em que se amplia a acessibilidade do Poder Judiciário e, em especial, da Suprema Corte. Nesse sentido, Taylor (2007: 234) aduz que

os grupos de interesse procuram o local institucional mais favorável para contestar as políticas públicas (*'venue-seeking'*), seja esse local o Judiciário, as agências reguladoras ou as burocracias específicas. O conceito de *'venue-seeking'* sugere que os atores políticos procuram as instâncias institucionais que mais lhe convêm. Por uma série de razões relacionadas à capacidade do Judiciário de impor suas decisões (...) não é de estranhar que ele venha sendo usado crescentemente como um *'venue'* importante para a contestação de políticas públicas

Em estudo posterior (Taylor, 2008), o mesmo autor enfatiza que, apesar de se poder usar de todo o Judiciário para a contestação políticas públicas, o acesso direto ao STF permite que se alcance esse objetivo de maneira muito mais célere e eficaz.

Nesse sentido, diversos autores (Arantes, 1999; Carvalho Neto, 2005; Taylor, 2008; Da Ros, 2008) têm enfatizado que a Suprema Corte brasileira é uma das mais acessíveis do mundo, somente perdendo para os países em que há legitimação universal para a propositura de ações de inconstitucionalidade¹³. Com o acesso ampliado, permite-se que uma gama muito ampla de matérias seja submetida ao STF. Vianna *et al* (1999: 51) veem tal acontecimento como um fator positivo, já que permite a ampliação da “comunidade de intérpretes da Constituição.”

Assim, a ênfase dada pela Constituição de 1988 ao modelo concentrado se constitui um primeiro fator de relevo que de certa forma mitiga os mecanismos difusos de controle de constitucionalidade. Contudo, outros fatores contribuem para o fenômeno de concentração da *judicial review* em nosso país.

Dessa forma, o segundo fator que evidencia a tendência do sistema brasileiro a se tornar cada vez mais centralizado é a discussão acerca da função do art. 52, X, da CF/88¹⁴. Inicialmente pensado para conceder efeito vinculante às decisões proferidas pelo STF em sede de controle difuso de constitucionalidade, esse dispositivo, na opinião de parte da doutrina, hoje caiu em desuso. Segundo esse entendimento, quando o Supremo Tribunal Federal define a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de um determinado ato normativo em sede de controle difuso, a essa decisão deve-se atribuir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante independentemente de intervenção do Senado Federal. Ou seja, há uma corrente que se filia à tese de que todas as decisões do STF devem possuir caráter vinculante, independentemente de terem sido proferidas em sede de controle difuso ou em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Nessa linha de raciocínio, Branco, Coelho e Mendes (2008: 1084) propõem a seguinte indagação:

se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de emenda constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão-somente para as partes? A única

¹³ São exemplos de países em que há legitimação universal para a propositura de ações de inconstitucionalidade a Hungria, a Colômbia e a Costa Rica.

¹⁴ Art. 52, CF. Compete privativamente ao Senado Federal (...) X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

resposta plausível nos leva a acreditar que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão exclusivamente histórica.

Importante ressaltar que essa tese não é meramente doutrinária, encontrando respaldo na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal. Em caso recente (Rcl. 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, pendente de julgamento), o relator defendeu o entendimento ora exposto, ressaltando que a fórmula relativa à suspensão da execução de lei pelo Senado deve ter apenas efeito de publicidade, já que uma decisão do STF, mesmo que proferida em sede de controle difuso, deve ter efeitos gerais (Branco, Coelho e Mendes, 2008: 1093).

Ademais da ampliação do acesso direto ao STF e do entendimento de que o art. 52, X, perdeu o significado, o terceiro mecanismo que atua no sentido de reforçar o controle concentrado de constitucionalidade, e de conseqüentemente enfraquecer o modelo difuso, pode ser visualizado no julgamento do AI 168.149 AgR/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 26/05/1995. Antes de noticiar o conteúdo do precedente do STF, cabe recordar que, em se tratando de declaração incidental de inconstitucionalidade exercida por um Tribunal, a CF/88 impôs, em seu art. 97¹⁵, a regra da reserva do plenário¹⁶. Ou seja, para que um Tribunal declare incidentalmente a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo oriundo do Poder Público, é imprescindível a manifestação da maioria absoluta dos membros do plenário ou do órgão especial da respectiva Corte. Assim, na hipótese de um órgão fracionário entender ser inconstitucional o diploma legal que fundamenta a questão debatida, deve encaminhar os autos ao plenário ou ao órgão especial do tribunal, sendo que é este quem resolverá, em decisão que vincula o órgão fracionário, a questão constitucional. No aludido precedente, contudo, o Supremo mitigou essa regra, afirmando a dispensabilidade do encaminhamento da controvérsia constitucional ao plenário na hipótese de o STF já ter se pronunciado acerca da constitucionalidade da lei objeto de debate. Assim, decisão do Supremo Tribunal Federal sobre determinada matéria, mesmo tendo sido produzida em sede de controle difuso, acaba vinculando o órgão fracionário, tornando desnecessário o encaminhamento dos autos ao Plenário. Com efeito, a turma ou a câmara do Tribunal “está juridicamente vinculado à

¹⁵ Art. 97, CF. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

¹⁶ Não se pode deixar de ressaltar a incoerência da regra da reserva do plenário. Com efeito, embora um juiz de primeiro grau possa, de maneira irrestrita, declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de qualquer lei ou ato normativo emanado do Poder Público, um juiz de segundo grau não pode fazê-lo sem a concordância do plenário ou órgão especial do Tribunal a que está vinculado. Devido à regra da reserva do plenário, chegou-se a dizer, em uma tentativa de tornar o sistema mais coerente, que a CF/88 não preservara a possibilidade de um juiz de primeiro grau exercer revisão judicial.

orientação do Plenário do Supremo Tribunal Federal”, não podendo “deixar de aplicar ao caso concreto que lhe é submetido a decisão a respeito da questão constitucional já tomada (...) pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal” (Marinoni e Mitidiero, 2010: 489). Trata-se, nitidamente, de uma tentativa de expandir o efeito vinculante das decisões proferidas pelo STF, mesmo que essas decisões tenham sido tomadas em sede de Recurso Extraordinário. O entendimento respaldado pelo AI 168.149 foi posteriormente positivado no Código de Processo Civil, através da Lei n. 9.756/98¹⁷.

Há ainda um quarto instrumento processual destinado a reforçar o caráter vinculante das decisões proferidas pela Suprema Corte brasileira, centralizando, dessa forma, o controle de constitucionalidade no Brasil. Trata-se de instituto incorporado no art. 557, § 1º - A, do Código de Processo Civil¹⁸, que regulamenta a admissão de recursos perante os Tribunais. Através desse dispositivo, o relator de um recurso pode julgá-lo procedente de plano, desde que a decisão impugnada esteja em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do STF. É fácil visualizar que novamente há uma tentativa de se outorgar eficácia geral às decisões proferidas pelo STF, com a particularidade de que, no caso, esse fortalecimento dos efeitos das decisões da Suprema Corte não se originou de iniciativa do próprio Judiciário, mas sim de decisão do Poder Legislativo.

Por fim, não se pode deixar de mencionar as súmulas vinculantes, que enfraqueceram ainda mais o já debilitado instituto da suspensão da lei pelo Senado Federal. As súmulas vinculantes, sem margem para dúvidas, destinam-se a conferir maior eficácia às decisões do STF, e conseqüentemente a fortalecer o modelo concentrado de controle de constitucionalidade. Entretanto, o que mais importa para o presente estudo é a constatação de que esse instrumento não foi criado no vácuo; antes, ele é fruto de um longo processo, de uma tendência, a este ponto irreversível, de fortalecimento dos mecanismos concentrados/abstratos de revisão judicial no Brasil.

¹⁷ A Lei n. 9.756/98 inclui no art. 481 do CPC um parágrafo único, o qual dispõe que “os órgãos fracionários não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.”

¹⁸ Art. 557, CPC. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. §1º-A. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com Súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

2.3.2 *Obstáculos à concretização de um modelo puro de controle abstrato/concentrado de constitucionalidade*

A despeito dos argumentos supra, é certo que ainda há obstáculos importantes que impedem a adoção de um modelo integralmente concentrado de controle de constitucionalidade.

Um deles seria a sobrevivência, em nosso sistema, de importantes mecanismos difusos/concretos de constitucionalidade, tais como as ações coletivas. Sabe-se que a decisão proferida em sede de ACP possui eficácia *erga omnes*, mesmo que proferida por um juiz singular, devido ao fato de que na ação civil pública não se pleiteia a efetivação de direitos individuais, mas sim a concretização de direitos de toda a coletividade. Assim, muitos autores têm defendido a tese de que, na hipótese de declaração incidental de inconstitucionalidade de ato normativo em sede de ACP, essa decisão igualmente deveria possuir eficácia *erga omnes*. Essa tese, se aceita, poderia conferir grande força ao controle difuso de constitucionalidade¹⁹.

Mas talvez o maior empecilho à adoção de um modelo puramente concentrado de controle de constitucionalidade seja o próprio processo decisório do STF. Essa é a tese defendida em brilhante estudo realizado por Vojvodic, Machado e Cardoso (2009). Segundo as autoras, um dos motivos para que não tenhamos uma cultura de respeito aos precedentes judiciais do STF é a dificuldade de formação de uma *ratio decidendi* comum entre os ministros nos julgamentos da corte, em virtude do próprio procedimento decisório deste tribunal. As autoras buscam comprovar sua argumentação por meio de um estudo de casos. Na ADIn 1.969/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 28/06/2007, por exemplo, o STF foi chamado a julgar a constitucionalidade de decreto do Distrito Federal que proibia a utilização de carros de som na praça dos três poderes. A proibição se fundamentava no direito dos que exercem atividade laboral na praça e em seus arredores. No entanto, o decreto acabava por impedir os interessados de exercer seu direito de reunião, constitucionalmente assegurado. Dessa forma, o STF se viu frente a uma situação em que poderia ter resolvido de maneira definitiva o conteúdo e os limites do direito constitucional de reunião, proferindo uma decisão

¹⁹ Foge aos limites desse estudo analisar com mais profundidade as ações coletivas. Cabe sublinhar, apenas, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem sido oscilante ao admitir a hipótese de que a decisão de constitucionalidade proferida por juiz singular em sede de ACP tem eficácia *erga omnes*. Na Rcl. 434/SP, Rel. Min. Francisco Rezek, j. 10/12/1994, o Supremo julgou procedente reclamação contra juiz singular que, em sede de ACP, havia afastado aplicação de lei federal por entendê-la contrária à Constituição. Na ocasião, argumentou-se que o magistrado estaria usurpando a competência privativa do STF para análise da validade de lei em tese. No entanto, este posicionamento parece ter sido modificado na Rcl. 602/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 03/09/1997.

clara a respeito do tema, capaz de servir de precedente vinculante e de impedir futuras rediscussões, tanto no próprio STF quanto em instâncias inferiores. No entanto, ainda que a ADIn tenha sido julgada procedente por unanimidade, não é possível entender com clareza qual foi a *ratio decidendi* do Tribunal. Isso porque todos os ministros que participaram do julgamento fundamentaram suas opiniões de maneira distinta, impedindo que possamos saber qual é o posicionamento do STF como um todo acerca do direito de reunião. Nesse caso, o Min. Lewandowski afirmou que as limitações do direito constitucional à reunião estão estabelecidas no próprio texto constitucional, não cabendo ao legislador infraconstitucional impor novos limites. O Min. Eros Grau também diz que o decreto é inconstitucional, mas por razões completamente distintas. Segundo ele, o legislador pode estabelecer limites ao direito de reunião, mas apenas por meio de lei, não por meio de decreto. Já o Min. Gilmar Mendes, em posicionamento contrário ao exarado pelo relator, aduz que o legislador ordinário pode estabelecer limites ao direito de reunião, pois a prerrogativa de criar restrições a direitos fundamentais está implícita no texto constitucional. No caso concreto, contudo, dever-se-ia privilegiar o direito à reunião e à liberdade de expressão em detrimento que eventuais prejuízos que reuniões em lugares públicos possam causar.

Nesse caso, portanto, o que se vê é que, embora o Tribunal tenha, por unanimidade, decretado a inconstitucionalidade do decreto distrital, na verdade é impossível atribuir a essa decisão qualquer eficácia que transcenda ao caso concreto, haja vista a dificuldade de se extrair uma *ratio decidendi* do STF como um todo. Dessa forma, futuras controvérsias acerca do direito constitucional de reunião terão de ser novamente submetidas à Suprema Corte. Vê-se, assim, que o próprio processo decisório do Supremo Tribunal Federal acaba por vezes impedindo que se atribua maior força vinculante às suas decisões²⁰.

Conclui-se, portanto, que, embora o nosso modelo de controle de constitucionalidade esteja se tornando cada vez mais concentrado, é fato que não estamos tão perto de um modelo abstrato puro, haja vista a sobrevivência de mecanismos difusos de revisão judicial e, também, de algumas deficiências do próprio processo decisório do STF.

2.3.3 A convivência entre mecanismos concretos e abstratos de judicial review é uma peculiaridade brasileira?

²⁰ As autoras citadas trabalham ainda com outros exemplos de julgamentos em que o posicionamento final do STF não restou suficientemente esclarecido, como foi o caso do HC 82.424/RS, Rel. Min. Moreira Alves, j. 17/09/2003 e da ADIn 2.591, Rel. Min. Eros Grau, j. 14/12/2006.

Acreditamos que as constatações realizadas nessa seção contribuem para desmistificar a simplificada ideia de que o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro é, simplesmente, “híbrido”, por permitir a convivência entre mecanismos difusos e concentrados. Argumentamos que, apesar de híbrido, nosso modelo de controle de constitucionalidade se encaminha cada vez mais para um sistema abstrato puro. Mas há ainda outro entendimento que precisa ser devidamente criticado. Costuma-se dizer, com bastante frequência, que a coexistência dessas duas formas de controle é a grande peculiaridade brasileira, inexistente em qualquer outro país. Essa é a lamentável constatação feita por juristas que, ao estudar o direito comparado, se voltam exclusivamente para os Estados Unidos e para a Europa, olvidando-se de analisar nossos vizinhos latino-americanos.

Com efeito, Navia e Ríos-Figueroa (2005: 203) demonstram que a convivência entre os modelos difuso/concreto e concentrado/abstrato está presente em nada menos que nove países latino-americanos, além do Brasil. São eles: Chile, Colômbia, El Salvador, Guatemala, México, Nicarágua, Panamá, Peru e Venezuela.²¹ Sobre o tema, os mesmos autores constataram que o controle difuso/concreto está amplamente difundido na América Latina, sendo o modelo mais utilizado neste continente, já que apenas Bolívia e Costa Rica não o adotam. O controle concentrado/abstrato também é amplamente difundido, não estando presente apenas na Argentina, Costa Rica, Honduras, Paraguai e Uruguai. A recorrente afirmação de que o hibridismo entre os sistemas difuso e concentrado é marca peculiar do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade aponta que há uma grande deficiência no estudo do direito comparado no Brasil, que se foca exclusivamente na Europa e nos Estados Unidos, negligenciando o exame justamente dos países que possuem trajetórias históricas e culturais mais parecidas com a nossa.

Dessa forma, se o hibridismo não é o que distingue o nosso modelo de controle de constitucionalidade, qual seria a nossa principal peculiaridade?

2.4 A verdadeira peculiaridade brasileira: a descentralização do controle concentrado de constitucionalidade

²¹ Isso não quer dizer que a convivência entre os sistemas difuso e concentrado existe apenas na América Latina. Na Europa, Portugal é exemplo de país que adota o sistema híbrido (Carvalho, 2007: 163)

No entendimento deste trabalho, a peculiaridade do sistema brasileiro de revisão judicial não é a convivência entre os modelos difuso/concreto e o concentrado/abstrato. Antes, uma particular marca de nosso modelo, muito pouco estudada pela doutrina, é *a partilha do controle concentrado/abstrato de constitucionalidade*.

Tal característica parece, sem dúvida, uma contradição. Como pode o controle *concentrado* ser *descentralizado*? Com efeito, os países que adotam o modelo concentrado tendem a delegar a um só órgão a competência para analisar a constitucionalidade de leis ou atos normativos emanados pelo Poder Público.

A Constituição brasileira, contudo, atribui ao Supremo Tribunal Federal tão-somente a tarefa de controlar a constitucionalidade de leis e atos normativos *estaduais e federais* em face da *Constituição Federal*²². Mas, ao mesmo tempo, outorgou aos Tribunais de Justiça estaduais a prerrogativa de exercer o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade de leis e atos normativos *municipais e estaduais* em face de suas respectivas *Constituições Estaduais*. Portanto, é correto dizer que, se o STF é o guardião da CF/88, ao mesmo tempo os TJs são os guardiões das Constituições Estaduais.

Tal prerrogativa dos Tribunais de Justiça estaduais é garantida pelo art. 125, CF/88:

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

(...)

§ 2º - Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

No Rio Grande do Sul, a Constituição Estadual garante que o Tribunal de Justiça realize o controle concentrado de leis e atos normativos estaduais e municipais em seu art. 95, *in verbis*:

²² Cabe ressaltar, contudo, que leis municipais podem ter sua constitucionalidade questionada no STF perante o instituto da ADPF, conforme se depreende do art. 1º, § único, I, da Lei n. 9.882/99. Entretanto, não cabe questionar lei municipal perante o STF por meio de ADIn.

Art. 95 - Ao Tribunal de Justiça, além do que lhe for atribuído nesta Constituição e na lei, compete:

(...)

XII - processar e julgar:

(...)

d) a ação direta da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual perante esta Constituição, e de municipal perante esta ~~e a Constituição Federal~~, inclusive por omissão; (Declarada a inconstitucionalidade do trecho tachado na ADI n.º 409, DJU, 26/04/02).

Ressalte-se, portanto, que a Constituição da República reservou aos Tribunais de Justiça estaduais a relevante tarefa de controlar a constitucionalidade de uma gama significativa de matérias. Isso porque, apesar de haver, no Brasil, grande centralização de competências legislativas na esfera da União, há de se admitir que Estados e Municípios possuem atribuições relevantes. No âmbito da competência comum, estes entes devem editar legislação de proteção do meio ambiente (art. 23, VI, CF), de promoção de programas sociais (art. 23, VIII-X, CF), entre outros. No âmbito da competência concorrente, Estados e Municípios devem legislar acerca de direito tributário, financeiro e urbanístico (art. 24, I, CF); cultura, educação, desporto (art. 24, IX); proteção à infância e à adolescência (art. 24, XV, CF); entre outros. Ademais, Estados ainda possuem competência legislativa residual, e os Municípios foram incumbidos de legislar sobre todas as matérias contidas no art. 30 da Constituição. Assim, em decorrência da possibilidade de cortes Estaduais realizarem o controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais e estaduais, todas estas matérias podem ser objeto de judicialização perante um Tribunal de Justiça.

A partilha do controle abstrato efetivamente parece ser uma peculiaridade brasileira. Ainda que o controle dos TJs e do STF seja realizado mediante parâmetros distintos (as Constituições estaduais, no primeiro caso, e a Constituição da República, no segundo), é possível afirmar que há, em certa medida, uma justaposição de controles, já que muitos dispositivos da CF/88 são de reprodução obrigatória nas Constituições estaduais.

Conforme ressaltou-se anteriormente, a possibilidade de TJs exercerem o controle abstrato de leis ou atos normativos municipais e estaduais foi instaurada na ordem jurídica brasileira pela Emenda Constitucional n. 16/65, tendo sido abolida, contudo, sob a Constituição de 1967/1969. Coube à CF/88 retomar o instituto.

É interessante notar, contudo, que essa peculiaridade brasileira parece nunca ter despertado o interesse da doutrina. Não se tem notícia de estudos que abordem com profundidade o exercício, por parte de Tribunais de Justiça estaduais, da prerrogativa do

controle abstrato de constitucionalidade. Tal postura, contudo, não se justifica, uma vez que essas cortes podem exercer relevante papel na vida política local, como argumentaremos no capítulo 4.

A introdução dessa peculiar modalidade de controle de constitucionalidade na Constituição brasileira tem dado ensejo a relevantes debates na jurisprudência pátria. Algumas das questões que têm surgido são as seguintes: quais são os efeitos das decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça com fundamento em norma da Constituição Estadual cuja reprodução é expressamente exigida pela Constituição Federal? Cabe Recurso Extraordinário contra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça em sede de ação direta de inconstitucionalidade? A introdução da ADC no âmbito federal permite que se crie ação análoga no âmbito estadual?

Branco, Coelho e Mendes (2008: 1306-1308) argumentam que deve-se admitir que atos do Poder Público estadual sejam questionados tanto perante à Corte estadual quanto perante ao STF, no caso de haver dupla ofensa. Isso porque o parâmetro de controle das normas será sempre distinto: o parâmetro de controle do STF será sempre a Constituição Federal, ao passo que o parâmetro de controle do TJ será sempre a Constituição Estadual²³. Os autores ainda aduzem que a coexistência de jurisdições não é um problema, mas sim um benefício, já que enseja uma dupla proteção judicial. Segundo eles, é necessário observar a autonomia dos pronunciamentos jurisdicionais, mesmo quando os textos da CE e da CF tiverem idêntico conteúdo.

Nesse sentido, poderia um Tribunal de Justiça conhecer de ADIn formulada contra lei municipal em face de parâmetro constitucional que, em essência, não faz mais do que reproduzir disposições da Constituição Federal?

Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal respondeu a essa indagação de maneira negativa²⁴. Posteriormente, contudo, a Suprema Corte mudou o seu entendimento, passando admitir que Tribunal de Justiça estadual exerça o controle de normas em face da Constituição Estadual mesmo que esta apenas reproduza preceito da Constituição Federal:

²³ Cabe referir que o STF inadmite expressamente que Tribunais de Justiça estaduais exerçam o controle de constitucionalidade em face da Constituição Federal. Nesse sentido, veja-se o RE 92.169, Rel. Min. Soares Munoz, j. 26/05/1981.

²⁴ No julgamento da Rcl. 370/MT, Rel. Min. Antônio Villas Boas, j. 15/05/1992, em que se questionava disposição da Constituição de Mato Grosso que apenas fazia referência à norma da Constituição Federal, o relator aduziu que “não obstante a forma de preposição normativa de seu enunciado, o texto local de reprodução formal ou material vale por simples explicitação da absorção compulsória do preceito federal, essa, a norma verdadeira, que extrai força de sua recepção pelo ordenamento local, exclusivamente, de supremacia hierárquica absoluta da CF.”

EMENTA: Reclamação com fundamento na preservação da competência do Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade proposta perante Tribunal de Justiça na qual se impugna Lei municipal sob a alegação de ofensa a dispositivos constitucionais estaduais que reproduzem dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados. Eficácia jurídica desses dispositivos constitucionais estaduais. Jurisdição constitucional dos Estados-membros. - Admissão da propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local, com possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta. Reclamação conhecida, mas julgada improcedente.” (Rcl. 383/SP, Rel. p/ acórdão Min. Maurício Corrêa, j. 20/09/1995).

Ainda com relação à coexistência de jurisdições, há de se referir que, se há duas ações contra uma mesma norma estadual tramitando paralelamente (uma no TJ e outra no STF), a sentença de improcedência proferida por um desses tribunais não afeta a decisão pendente do outro. Isso se explica justamente por causa da diferença entre os parâmetros de controle. No entanto, se o TJ reconhece a inconstitucionalidade de lei estadual em face da CE, há de se reconhecer a insubsistência de qualquer processo eventualmente ajuizado perante o STF, pois a decisão do TJ retirou o ato normativo do ordenamento jurídico. O mesmo ocorre se o STF declara a inconstitucionalidade de lei que estava sendo questionada perante os dois tribunais. Já a suspensão cautelar de uma norma perante o TJ ou o STF não impede a propositura de outra ação com objeto idêntico perante tribunal distinto, nem afeta o desenvolvimento da lide já instaurada perante este.

E se há dois processos instaurados simultaneamente perante o TJ e perante o STF, questionando norma estadual em face de dispositivo de Constituição Estadual de idêntico teor à norma da Constituição Federal? Nesses casos, o STF tem entendido que o processo deve ser suspenso na Justiça Estadual até deliberação definitiva do STF:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de liminar. Lei nº 9.332, de 27 de dezembro de 1995, do Estado de São Paulo. - Rejeição das preliminares de litispendência e de continência, porquanto, quando tramitam paralelamente duas ações diretas de inconstitucionalidade, uma no Tribunal de Justiça local e outra no Supremo Tribunal Federal, contra a mesma lei estadual impugnada em face de princípios constitucionais estaduais que são reprodução de princípios da Constituição Federal, suspende-se o curso da

ação direta proposta perante o Tribunal estadual até o julgamento final da ação direta proposta perante o Supremo Tribunal Federal, conforme sustentou o relator da presente ação direta de inconstitucionalidade em voto que proferiu, em pedido de vista, na Reclamação 425. - Ocorrência, no caso, de relevância da fundamentação jurídica do autor, bem como de conveniência da concessão da cautelar. Suspenso o curso da ação direta de inconstitucionalidade nº 31.819 proposta perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, defere-se o pedido de liminar para suspender, ex nunc e até decisão final, a eficácia da Lei n 9.332, de 27 de dezembro de 1995, do Estado de São Paulo. (ADIn 1423 – MC, Rel Min. Moreira Alves, j. 20/06/1996).

Vê-se, assim, que muitas das problemáticas oriundas desse peculiar mecanismo de controle de constitucionalidade já foram resolvidas pelo STF. Sua jurisprudência, contudo, nem sempre tem sido unívoca, o que é fruto das dificuldades de se lidar com um parâmetro de controle tão peculiar.

2.5 Exemplos de intervenção judicial na política do Brasil contemporâneo

Vistas as linhas gerais do sistema brasileiro de constitucionalidade, cabe realizar uma breve apanhado histórico das intervenções do Judiciário na vida política do Brasil contemporâneo. Esse apanhado histórico tem como objetivo a comprovação da tese defendida anteriormente, segundo a qual a intervenção do Poder Judiciário na política de um país se dá, principalmente, através dos mecanismos de controle de constitucionalidade que lhe são atribuídos.

No Brasil, já no início do período democrático ficou clara a nova força que o Judiciário adquirira, em contraste com a fraqueza e a dependência institucional demonstradas durante a ditadura. Exemplo disso foi o papel exercido pelos magistrados brasileiros durante a implementação do Plano Collor I, um dos eixos centrais da imprevisível política econômica do primeiro governo democraticamente eleito após o término do regime militar. Com efeito, esse plano, instituído inicialmente pela Medida Provisória n. 168, de março de 1990, e posteriormente aprovado no Congresso Nacional, na forma da Lei n. 8.024/90, não encontraria quaisquer obstáculos para viger plenamente, já que fora referendado tanto pelo Executivo quanto pelo Legislativo. No entanto, os brasileiros recorreram em massa ao Poder Judiciário. Dados de Arantes (1997: 161-162) demonstram que o número de processos

instaurados frente à Justiça Federal, entre 1990 e 1991, cresceu nada menos do que 181,31%, atingindo a impressionante marca de 725.993 processos distribuídos durante o ano de 1991, sendo que grande parte disso decorreu, sem dúvida, de demandas que visavam a quebrar o confisco das poupanças instituído pelo referido plano. Frente a tal situação, não há como negar que o governo viu seu plano econômico afetado, em grande medida, pela atuação judicial.

Embora à época se pudesse pensar que o pioneirismo do Poder Judiciário resultara de uma situação isolada e completamente inusitada, tal como foi o confisco das poupanças por parte do governo Collor, os fatos posteriores vieram a afastar irremediavelmente tal entendimento. É dizer: o presidente Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) igualmente se viu afetado pelo ativismo judicial.

Exemplo disso foi o episódio do leilão da Companhia Vale do Rio Doce, ato inserido no programa de privatizações de empresas estatais do governo da época, uma de suas vitais prioridades em termos de política econômica. Inicialmente agendado para o dia 29 de abril de 1997, a alienação da empresa acabou sendo adiada e remarcada por inúmeras vezes, tudo devido a uma enxurrada de ações judiciais questionando o procedimento, atrasando e colocando em xeque os interesses do então presidente. Embora a venda tenha eventualmente sido concluída, até a presente data ainda há processos pendentes questionando a validade do ato, conforme noticia Taylor (2008: 2).

Também em outras ocasiões o presidente tucano se viu afetado pelo crescente ativismo judicial brasileiro, como no caso da reforma da seguridade social, vista como prioritária para esse governo. Depois de enviar projeto de emenda constitucional ao congresso dois meses após sua posse, Fernando Henrique Cardoso viu sua proposta passar por ásperos debates no Congresso Nacional. Passaram-se quase quatro anos para que a Emenda à Constituição fosse definitivamente promulgada, embora, a essa altura, já divergisse bastante dos planos iniciais do chefe do Poder Executivo. Junto com a reforma constitucional, o presidente editou uma medida provisória, posteriormente convertida na Lei n. 9.783/1999 criando a chamada “contribuição dos inativos”, que previa uma elevada tributação às pensões de aposentados. A contribuição dos inativos era peça fundamental na reforma previdenciária, visto que renderia aos cofres públicos aproximadamente R\$ 1,2 milhões anuais. No entanto, o tributo foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal menos de um ano após edição da

lei que o regulamentava²⁵. A decisão “abalou visivelmente o governo” (Taylor, 2006: 337), bem como o mercado financeiro, receoso de que o Poder Público brasileiro não conseguiria pagar sua dívida pública. O fator previdenciário, criado posteriormente para suprir o rombo no orçamento causado pela derrubada da contribuição dos inativos, também acabou sofrendo algumas derrotas judiciais, e, embora não tenha sido extinto, foi modificado devido à atuação do Judiciário.

Outras políticas relevantes do governo da época também sofreram algum tipo de interferência judicial. A CPMF (Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira), criada pela EC n. 12/1996, foi contestada na via difusa em incontáveis ocasiões, sendo que diversos estabelecimentos, tais como supermercados, conseguiram afastar a incidência do tributo (Taylor, 2008: 65). O mesmo ocorreu com o plano de racionamento de energia do governo, instituído por FHC ao longo do ano de 2001. Nesse caso, o elevado número de litigantes que lograram se desincumbir do plano de racionamento através do judiciário fez com que o governo ajuizasse, frente ao Supremo Tribunal Federal, uma Ação Declaratória de Constitucionalidade, com o intuito de dirimir definitivamente a questão. Em dezembro daquele ano, a ADC foi julgada procedente²⁶.

Na primeira década de 2000, a força do Poder Judiciário, e do STF em especial, só fez crescer. A reforma da previdência do governo Luis Inácio Lula da Silva, assim como a de seu antecessor, também foi contestada judicialmente. Da Ros e Taylor (2008: 860) noticiam que nada menos que 12 ADIns foram impetradas contra a EC n. 41/2003²⁷, sendo que o governo obteve foi derrotado em algumas delas. O Estatuto do Desarmamento (Lei n. 10.826/03) também foi atacado no STF por diversos agentes, que propuseram um total de 7 ADIns contra o referido diploma legal. A medida provisória n. 131/2003, que estabelecia normas relativas ao plantio e à comercialização de soja da safra de 2004, especialmente no que se refere àquela geneticamente modificada, foi atacada no Supremo por meio de 4 ações de inconstitucionalidade.

Para além das questões relativas ao conflito entre os Poderes, o Judiciário foi chamado a julgar, nesta última década, questões como a constitucionalidade da Lei de Biossegurança, a validade da Lei da Anistia, a possibilidade de se realizar abortos de fetos anencéfalos, a aplicabilidade imediata da Lei da Ficha Limpa, entre muitas outras.

²⁵ Na ADIn n. 2.010-2, Rel. Min. Celso de Melo, j. 30/09/1999, o Supremo Tribunal Federal acatou a arguição de inconstitucionalidade realizada pelo Conselho Federal da OAB contra a Lei n. 9.783/1999.

²⁶ Trata-se da ADC n. 9, Rel^a. p/ acórdão Min. Ellen Greice, j. 13/12/1991.

²⁷ Trata-se das ADIns n. 3.099, 3.104, 3.128, 3.133, 3.138, 3.143, 3.172, 3.184, 3.291, 3.297, 3.854, 3.855, 3.872, 4.014.

O que se depreende, portanto, é que o reforço dos mecanismos de controle de constitucionalidade trazido pela Constituição de 1988 fez com que o Judiciário fosse levado ao centro da vida política nacional. Praticamente não há mais espaço para elaboração de política pública relevante sem que o Judiciário nela interfira, em maior ou menor grau.

2.6 Conclusões do capítulo

Neste capítulo, partiu-se do pressuposto de que é o controle de constitucionalidade que insere o Judiciário na vida política de um país. Buscamos comprovar tal ponto de vista relembando casos importantes da política nacional que, nas últimas duas décadas, sofreram relevante intervenção judicial.

Analisou-se brevemente a evolução histórica de nosso modelo de controle judicial de leis e atos normativos. Argumentou-se, em uma palavra, que o sistema brasileiro, em seu nascimento, era puramente difuso/incidental, mas, com o decorrer de mais de um século de evolução, tende a se tornar cada vez mais concentrado/abstrato. No entanto, ainda há obstáculos relevantes à sua conversão em um modelo de controle concentrado puro. Um desses obstáculos seria o próprio processo decisório do STF, que por vezes impede a formação de uma *ratio decidendi* suficientemente clara, impedindo que sua decisão tenha efeito vinculante.

Viu-se que a convivência entre estruturas difusas e concentradas de controle de constitucionalidade não é uma particularidade brasileira. Aduziu-se que a verdadeira peculiaridade brasileira é a descentralização dos mecanismos abstratos de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, uma vez que cabe aos Tribunais de Justiça locais exercer a revisão judicial de diplomas municipais e estaduais em face de suas respectivas Constituições Estaduais.

Após esta análise, fica claro que a história de nosso sistema de controle de constitucionalidade é marcada por inúmeras contradições, retrocessos e avanços. Não obstante, após a consolidação da democracia no Brasil, este modelo de *judicial review* parece estar se encaminhando para um sistema mais coerente e racional. Esse novo sistema, marcado pela concentração de poderes no STF, acaba por reduzir fortemente a margem de discricionariedade dos magistrados ordinários, que, via de regra, devem obedecer à orientação da Suprema Corte. É nesse sentido que a literatura especializada tem se referido a uma

“supremocracia”, fenômeno entendido como à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes (Vieira, 2008: 445). Embora esse movimento de concentração de poder em tribunais constitucionais seja recorrente no mundo todo, “a distinção do Supremo é de escala e de natureza. Escala pela quantidade de temas que, no Brasil, têm natureza constitucional e são reconhecidas pela doutrina como passíveis de judicialização; de natureza, pelo fato de não haver qualquer obstáculo para que o Supremo aprecie atos do poder constituinte reformador” (Vieira, 2008: 445).

3 PERSPECTIVAS TEÓRICAS NO ESTUDO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

3.1 Introdução do capítulo

Neste capítulo, realizar-se-ão breves considerações acerca do amplo debate teórico que tem sido travado acerca do tema da judicialização da política, ou do ativismo judicial.

Primeiramente, é necessário salientar que a presente discussão possui incontáveis faces. É possível abordá-la sob um ponto de vista essencialmente jurídico, filosófico, político, ou mesmo puramente emotivo. Não é intenção deste estudo fazer referência a todos esses aspectos. Serão enfocados os pontos de vista jurídico e político, dentro dos limites da interdisciplinaridade que constitui a proposta do presente trabalho.

É necessário esclarecer, desde já, que não se pretende, de maneira alguma, encontrar respostas definitivas ou “corretas” acerca de um tema tão complexo e que vem sendo discutido há pelo menos dois séculos. Isso porque, a nosso ver, tal resposta correta simplesmente inexistente. A meta deste capítulo é apenas a expor os argumentos dos defensores e dos opositores do ativismo judicial, bem como chamar a atenção para a complexidade da temática.

Antes de iniciar, contudo, se faz necessário entender de onde surgem os argumentos dos defensores de um papel ativo do Judiciário, bem como onde nascem as ideias que limitam o Poder Judiciário à função de mero órgão de resolução de conflitos individuais, proibindo-o de adentrar no cenário político. É nesse sentido que o exame da formação do Poder Judiciário na França e nos Estados Unidos se mostrará bastante útil.

3.2 Origens históricas dos pensamentos pró e contra o ativismo judicial: as experiências de Estados Unidos e França no século XVIII

É possível afirmar que a França e os Estados Unidos são os pioneiros exemplos de definição do princípio da separação dos poderes. Consequentemente, foi aí que a prerrogativa de julgar litígios passou a ser exercida por um corpo independente de magistrados. Contudo, os fundamentos que deram origem ao Poder Judiciário moderno nesses países foram

essencialmente diferentes, a despeito de terem sido embasados na mesma doutrina liberal do século XVIII.

A principal característica que marca a revolução francesa foi o uso da plataforma liberal contra a monarquia absolutista vigente havia séculos naquele país. Assim, os revolucionários buscaram, acima de tudo, fortalecer a soberania parlamentar, ao custo de um esvaziamento tanto do Executivo quanto do Judiciário. Isso porque, para integrantes da burguesia (promotores da Revolução) estes dois Poderes representavam o *Ancien Régime*, e por isso era fundamental impor-lhes severos freios.

Dessa forma, o direito francês moderno foi construído com base na ideia da onipotência do legislador (Bobbio, 1995: 74). Conforme esse dogma, “a vontade do legislador é expressa de modo seguro e completo e aos operadores do direito basta ater-se ao ditado pela autoridade soberana” (Bobbio, 1995: 78). Nessa concepção, portanto, os magistrados ficam expressamente proibidos de criar direito, sob pena de invadir a competência privativa dos legisladores. Na conhecida imagem de Montesquieu, o juiz é apenas a boca através da qual a lei fala, sendo que o “juízo deveria ser apenas um texto exato da lei” (Montesquieu, citado por Marinoni, 2004: 36). Vê-se, assim, que os fundamentos ideológicos da revolução francesa são marcados pelos ideais de segurança jurídica, culto ao texto da lei e respeito à autoridade do legislador soberano.

Não é à toa, portanto, que o legislador francês vai proibir o Poder Judiciário de exercer o controle de constitucionalidade dos atos normativos emanados do Poder Público. A primeira Constituição francesa, de 1791, deixava absolutamente claro que os tribunais não tinham o poder de suspender a execução de leis²⁸. A Constituição de 1793 igualmente enfatizou a ideia da supremacia do parlamento. No art. 4º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (que precedia o texto constitucional), estipulou-se que a “lei é a expressão livre e solene da vontade geral.”²⁹ Já a Constituição de 1795 (art. 202) repetiu, *ipsis litteris*, o art. 3º do Capítulo V da Constituição de 1791.

Vê-se que, na França,

²⁸ Art. 3º, Capítulo V, Constituição Francesa de 1791: “Les tribunaux ne peuvent, ni s’immiscer dans l’exercice du Pouvoir législatif, ou suspendre l’exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.”

²⁹ No original: “La loi est l’expression libre et solennelle de la volonté générale ; elle est la même pour tous, soit qu’elle protège, soit qu’elle punisse ; elle ne peut ordonner que ce qui est juste et utile à la société ; elle ne peut défendre que ce qui lui est nuisible.”

nenhuma outra instituição social ou política poderia colocar-se entre o estado e a nação, entre o corpo legislativo e a soberania popular, entre a vontade geral e o indivíduo. Não havia espaço, portanto, para que o Judiciário funcionasse como poder político intermediário e órgão controlador dos demais poderes. (Arantes, 2004: 83).

Nos Estados Unidos, a construção do papel do Poder Judiciário tomou rumos distintos.

Neste país, os pais fundadores, desde o início, se mostraram preocupados com os possíveis malefícios que um governo que atribuísse poderes ilimitados à maioria poderia trazer. Essa situação se agravou quanto, no contexto de crise econômica do final do século XVIII, muitos proprietários de terra endividados lograram se eleger ao poder legislativo em diversos estados, como no caso de Rhode Island. Esses governos de endividados passaram a decretar o perdão de dívidas de agricultores falidos, muitas vezes contrariando decisões judiciais favoráveis aos credores. Assim, “o temor em torno da possibilidade de um despotismo legislativo foi se alastrando” (Carvalho, 2007: 165). As minorias dos credores, portanto, começaram a reagir, com base, fundamentalmente, na ideia de que as maiorias podem agir irracionalmente em determinadas ocasiões. Dessa forma,

os federalistas aperfeiçoaram os instrumentos de controle mútuo entre os poderes. A ideia central era que as inovações propostas gerassem uma maior centralização do poder, ou seja, a passagem de uma confederação para uma federação. Por outra via, podemos dizer que essas alterações foram cruciais para o fortalecimento a supremacia constitucional em detrimento da supremacia parlamentar que à época reinava. Do ponto de vista prático, a intenção era que as instituições de veto estabelecidas no famoso congresso de Filadélfia (Tribunal Constitucional, veto presidencial e o Senado) atuassem como barreiras de contenção ao ímpeto do facciosismo a uma possível ditadura da maioria. (Carvalho, 2007: 165).

O que se percebe, portanto, é que nos Estados Unidos o Poder Judiciário vai ser chamado a interferir no jogo político nacional como uma espécie de *veto player*, ou seja, como um órgão responsável pela contenção do ímpeto majoritário. Os americanos, assim, reconheceram que o corpo legislativo não poderia ficar imune a determinados controles e limites. Essa limitação à soberania parlamentar vai se consolidar quando, em 1803, a Suprema Corte norte-americana chega à conclusão de que, forte no princípio da supremacia da

Constituição, possui legitimidade para controlar a constitucionalidade de leis e atos normativos exarados pelos Poderes Públicos.³⁰ É por isso que Tocqueville (citado por Arantes, 2004: 85) vai se referir ao Judiciário norte-americano como “o mais poderoso e único contrapeso da democracia.”

Vistas as diferenças principais entre os modelos judiciais da França e dos Estados Unidos, passemos à análise dos teóricos que defendem uma dessas duas distintas visões acerca da função do Poder Judiciário em um regime democrático.

3.3 Argumentos pró-ativismo judicial

Talvez o autor que defenda o Poder Judiciário de maneira mais entusiasmada seja o jurista italiano Mauro Cappelletti. No clássico *Juízes Legisladores ?* (1993), este autor tece importantes considerações acerca do papel do Poder Judiciário nas democracias contemporâneas. A primeira delas refere que o aumento das atribuições do Poder Judiciário não é, na realidade, fruto de uma tentativa, por parte dos juízes, de angariar poder em detrimento dos tradicionais órgãos representativos. Antes, a expansão do “direito judiciário” é apenas uma das faces da ampliação estatal como um todo, que inclui, também, a expansão do direito legislado. Nesse sentido é que “a expansão do direito legislativo, no estado moderno estendida a muitíssimos domínios antes ignorados pela lei, acarretou e ainda está acarretando consigo a paralela expansão do direito judiciário” (Cappelletti, 1993: 20).

Explicitado este primeiro ponto, o professor de Florença passa a atacar a ideia de que há uma antítese entre criação e interpretação da lei. Para ele, a criação de direito é um fenômeno abrangente, que não pode ser limitado pela simples produção de um texto legal. É por isso que ele diz que “encontra-se implícito (...) o reconhecimento de que na interpretação judiciária do direito legislativo está insito certo grau de criatividade.” (Cappelletti, 1993: 20). Se a interpretação também é parte do processo de elaboração do direito, não há de se taxar de ilegítima a atividade criativa dos juízes. Com efeito, “por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu ‘texto’, ele será sempre, por assim dizer, *forçado a ser livre (...)*”, sendo que “do ponto de vista substancial, portanto, não é diversa a natureza dos dois processos, o legislativo e o jurisdicional. *Ambos constituem processos de criação do direito.*”

³⁰ Trata-se do caso *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

(Cappelletti, 1993; 22; 27, grifos no original). Corroborando essa ideia, juristas como Pérez Luño (citado por Branco, Coelho e Mendes, 2008: 63) chegam a afirmar que a norma jurídica não é o pressuposto, mas o resultado da interpretação. Na mesma linha de raciocínio, Eros Grau (citado por Branco, Coelho e Mendes, 2008: 64) aduz que o conjunto de disposições, formado por textos e enunciados, é apenas ordenamento em potência, um elenco de normas potenciais cujo significado é produzido pelos aplicadores.

Cappelletti critica duramente a concepção formalista do direito. Segundo ele, acentuar o elemento da “lógica pura e mecânica”, ignorando a discricionariedade, a escolha, não passaria de uma mera ilusão (Cappelletti, 1993: 32). Nosso autor refere que a “revolta contra o formalismo” levou à

descoberta de que, efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo [do que simplesmente declarar a vontade da lei], e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais (Cappelletti, 1993: 33).

Cappelletti acredita que, em um contexto de Estado de bem-estar social, em que a legislação passa, cada vez mais, a prescrever programas de desenvolvimento futuro, o Judiciário, como ramo estatal que é, não pode se abster de contribuir para a efetivação desses ideias sociais legal e constitucionalmente prescritos. Com efeito,

será difícil para eles [os juízes] não dar a própria contribuição à tentativa do estado de tornar efetivos tais programas, de não contribuir, assim, para fornecer concreto conteúdo àquelas ‘finalidades e princípios’: o que eles podem fazer controlando e exigindo o cumprimento do dever do estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes respeitar. (Cappelletti, 1993: 42).

Ou seja, o que ocorre é que os tribunais, quando interpretam os chamados direitos fundamentais, são quase que obrigados a atribuir algum tipo de conteúdo a essas prescrições, sob pena de tornar não vinculantes justamente os aspectos centrais das Constituições modernas.

Assim, para este influente doutrinador italiano, a intervenção do Judiciário no cenário político, longe de constituir uma usurpação de poder por parte dos juízes, é na verdade fruto de uma delegação provinda dos poderes representativos, e, portanto, plenamente legítima. Na verdade, o Judiciário, para Cappelletti, é uma entidade estatal ainda mais representativa que as demais instâncias de poder:

Não há dúvida de que é essencialmente democrático o sistema de governo no qual o povo tem o ‘sentimento de participação’. Mas tal sentimento pode ser facilmente desviado por legisladores e aparelhos burocráticos longínquos e inacessíveis, enquanto, pelo contrário, constitui característica quoad substantiam da jurisdição (...) desenvolver-se em direta conexão com as partes interessadas, que têm o exclusivo poder de iniciar o processo jurisdicional e determinar o seu conteúdo, cabendo-lhe ainda o direito fundamental de serem ouvidas. Neste sentido, o processo jurisdicional é até o mais participatório de todos os processos da atividade pública. (Cappelletti, 1993: 100).

Nessa esteira, é interessante notar que o entusiasmo do politólogo italiano para com o Poder Judiciário parece ser diretamente proporcional à sua desconfiança com os Poderes Executivo e Legislativo. Ele chega dizer que se tornou extremamente sutil o “fio que une o voto dado pelo cidadão, para a eleição de membro do parlamento, com as numerosas decisões da autoridade pública” (Cappelletti, 1993:45) e que “os valores e prioridades desses políticos são muito amiúde valores e prioridades locais, corporativos ou de grupo” (Cappelletti, 1993: 44).

O importante jus-filósofo Ronald Dworkin também pode ser enquadrado, juntamente com Cappelletti, dentre os autores que defendem um papel ativo do juiz na sociedade contemporânea.

Dworkin propõe a tese do “direito como integridade” (*law as integrity*), em que o direito é um campo indivisível marcado não só pela letra da lei, mas também pela criatividade judicial.

Nessa concepção, quando houver contraposição entre os valores segurança jurídica e justiça material, deve prevalecer, em muitos casos, este último princípio. Segundo ele,

A estabilidade na interpretação de cada um desses direitos [educação, liberdade de expressão, entre outros], considerados um por um, tem alguma

importância prática. Mas, por se tratar de questões de princípio, a substância é mais importante do que esse tipo de estabilidade. Em qualquer caso, a estabilidade crucial é a da integridade: na medida do possível, o sistema de direitos deve ser interpretado como a expressão de uma concepção coerente de justiça. (Dworkin, 2007: 441).

É por isso que Dworkin é classificado pela doutrina como integrante do “eixo substancialista” (Vianna *et al*, 1999: 37), em contraposição àqueles autores que possuem uma concepção eminentemente formalista do direito.

Vê-se que, na teoria de Dworkin, o aplicador do direito tem um papel relevante. Segundo ele, deve-se interpretar “não só o texto da lei, mas também sua vida, o processo que se inicia antes que ela se transforme em lei e que se estende para muito além desse momento” (Dworkin, 2007: 416). Nesse sentido é que “Dworkin recusa, diante da concepção do justo, uma posição de passividade por parte do Poder Judiciário.” (Vianna *et al*, 1999: 35).

O professor da New York University se posiciona, assim, de maneira abertamente favorável a um papel ativo do Judiciário nas sociedades contemporâneas. Crente que o Poder Judiciário deve exercer a função de guardião da Constituição, afirma que “os Estados Unidos são uma sociedade mais justa do que teriam sido se seus direitos constitucionais tivessem sido confiados à consciência de instituições majoritárias.” (Dworkin, 2007: 427). O jus-filósofo acredita que os legisladores sempre estarão vinculados, em maior ou menor grau, à vontade da maioria, uma vez que é ela que pode elegê-los ou tirá-los do poder. Assim, a função de proteger minorias tem de, necessariamente, ser confiada a um corpo alheio aos tradicionais órgãos representativos.

Outros autores ressaltam a importância de um judiciário autônomo, independente, e capaz de desempenhar um papel ativo. Lenio Luiz Streck (citado por Branco, Coelho e Mendes, 2008: 59), por exemplo, acredita que a nova magistratura brasileira foi dotada da importante missão de resgatar as promessas de emancipação social inseridas na Constituição de 1988.

Outros argumentos a favor da legitimidade criação judicial do direito são apresentados pela influente obra do cientista político norte-americano John Ferejohn (2002).³¹ Um deles constituiria no fato de que a criação judicial do direito, diferentemente da criação legislativa, necessita de fundamentação. Assim, seria nesse caráter deliberativo que a *judicial politics*

³¹ Assinale-se, desde já, que Ferejohn não se posiciona favorável ou contrariamente ao ativismo judicial. Em sua obra, ele tão-somente apresenta os argumentos de ambos os lados, tal como fazemos no presente trabalho.

encontraria sua legitimidade, pois, na medida em que os juízes precisam justificar suas decisões, eles podem ser por responsabilizados por seu conteúdo.

Conforme o argumento exposto por Ferejohn (2002 : 54-55), os juízes teriam ainda outra grande vantagem *vis-à-vis* os legisladores. É que o processo de elaboração de leis é bastante complexo e envolve alto grau de incerteza e, por isso, os legisladores, em grande parte das vezes, seriam incapazes de prever as consequências de seus atos. Os juízes, ao contrário, estariam em uma posição que lhes permite considerar as regras à luz de casos específicos, o que lhes tornaria capazes de enxergar com clareza se uma determinada decisão imporá injustiças ou inconvenientes aos litigantes. Essa circunstância advogaria por um papel ativo do juiz no processo de tomada de decisões. Nesse mesmo sentido, e partindo do pressuposto de que o juiz está mais próximo da sociedade do que o legislador, François Rigaux (citado por Branco, Coelho e Mendes, 2008: 66) afirma que os tribunais, mais que os legisladores, estão aptos a seguir passo a passo as alterações da sociedade e estabelecer conexões até então despercebidas.

Vianna *et al* (1999: 42-44) também veem o fenômeno do ativismo judicial no Brasil como algo positivo. Para eles, a judicialização é uma das novas vias abertas pela Constituição de 1988 à participação no processo decisório, pois ela permite que minorias excluídas dos tradicionais foros representativos consigam, de alguma maneira, expressar e concretizar suas opiniões. Nesse sentido, democracia representativa (exercida através do Legislativo) e democracia participativa (exercida através do Judiciário) seriam interfaces complementares de nosso sistema político, sendo que ambos possuem relevância ímpar. Dessa forma,

a judicialização da política, entre nós, longe de enfraquecer o sistema de partidos, em especial os da esquerda e da oposição, tende a reforçá-lo, na medida em que propicia (...) uma conexão entre a democracia representativa e a participativa, para o que concorrem as ações públicas, em que a cidadania se encontra legitimada para deflagrar o processo judicial contra as instâncias de poder (Vianna *et al*, 1999: 43).

Em outras palavras, argumenta-se que “as duas democracias da Constituição – a representativa e a participativa (...) não estão em oposição, nem formal nem substancialmente” (Vianna *et al*, 1999: 44).

Assim, para estes autores a judicialização não significa a usurpação da vontade dos soberanos por um corpo elitizado de magistrados. Antes, a judicialização, no Brasil, tem sido

fruto de “uma mobilização da sociedade para a defesa dos seus interesses e direitos, em um contexto institucional em que as maiorias efetivas da população são reduzidas, por uma estranha alquimia eleitoral, em minorias parlamentares.” O Judiciário seria um novo espaço aberto pela CF/88 para que a sociedade civil lutasse por direitos que lhe foram denegados por séculos. Eles concluem que, nas peculiares circunstâncias brasileiras,

o Judiciário (...) porque regulado pela lei e livremente aberto à exposição da controvérsia entre as partes, pode-se apresentar, à falta de um outro, como um espeço republicano para o homem comum brasileiro (...). O Judiciário, assim, não se substituiria à política, mas preencheria um vazio que, nas sociedades de massas com intensa mobilização social (como a brasileira) poderia vir a conceder consistência democrática a um excedente de soberania popular que escapa à expressão do sufrágio (Vianna *et al*, 1999: 258).

De qualquer forma, para além das discussões doutrinárias, o fato é que a visão de que o Judiciário deve exercer um papel ativo na elaboração de políticas públicas parece ter se afirmado com força dentro de toda a magistratura nacional. Atualmente, os juízes brasileiros efetivamente parecem ter incorporado a noção de que a Constituição de 1988 lhes reservou um papel substancial, o qual deve ser exercido sem nenhuma timidez.

Para ilustrar esse ponto, é relevante trazer à baila a discussão travada em torno da ADIn n. 2.797/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 15/09/2005. Essa ação discutia a validade de lei federal que estendia o foro privilegiado por prerrogativa de função a ex-ocupantes de cargos públicos, restaurando, assim, o conteúdo de súmula cancelada do STF.³² Na oportunidade, portanto, discutia-se a legitimidade do Poder Legislativo para interpretar cláusulas constitucionais. Nesse sentido, ainda que se possa admitir, sem maiores problemas, que cabe ao STF dar a última palavra a controvérsias constitucionais, não há como deixar de notar a radicalidade do pronunciamento de nossa Suprema Corte no julgamento da referida ADIn, em que se afirmou que o legislador não pode, de maneira alguma, exercer a tarefa de interpretar a Constituição, pois essa função é exclusiva do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, o relator da ação afirmou que “não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição”, e chamou seus colegas a invalidar o

³² Trata-se da súmula n. 394, que dispunha que “Cometido o Crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.”

diploma legal, afirmando que “se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental.” Assim, não se está dizendo apenas que cabe ao Judiciário exercer um papel político relevante; ao dizer que somente ele pode interpretar a Constituição, o que se afirma é que, na verdade, o Judiciário está *acima* dos demais Poderes, que não podem sequer tentar extrair algum significado do texto constitucional.

No entanto, o fato é que há bons argumentos contrariando a tese de que o Judiciário deve participar de maneira efetiva na elaboração de políticas públicas, conforme se demonstrará na parte seguinte.

3.4 Argumentos contra o ativismo judicial

É possível sustentar que Antoine Garapon é o autor que mais acidamente critica o papel que vem sendo exercido pelo Poder Judiciário.

Segundo esse influente magistrado francês, o Judiciário, no século XX, acabou por exercer um domínio demasiadamente amplo por todos os setores da vida social. A vida política, a esfera econômica, as relações internacionais, a moral, o âmbito privado – “tudo e todos devem, daí para frente, ser julgados” (Garapon, 2001: 25). Cria-se, assim, uma perigosa “justiça total”, em que tudo e todos são réus, e em que “a jurisdição passa a ser um modo normal de governo.” (Garapon, 1999: 49).

Garapon discorda do pensamento, anteriormente exposto, segundo o qual a participação através do Judiciário e a participação através do Legislativo são aspectos complementares da vida política de uma nação. Pelo contrário, a emergência de um Judiciário ativo seria, na verdade, fruto da implosão das tradicionais esferas políticas. A partir do momento em que as instâncias representativas entram em crise e não são mais vistas como foros políticos legítimos, o juiz aparece como o último capaz de preencher alguma função de autoridade, passando a se tornar um “guardião de promessas”. Na verdade, o desmoronamento do Legislativo e do Executivo é, para Garapon, ao mesmo tempo causa e consequência do ativismo judicial, pois o Judiciário na verdade se alimenta da crise das instâncias políticas para se fortalecer ainda mais. Em suas palavras,

o espaço simbólico da democracia emigra silenciosamente do Estado para a justiça. Em um sistema provedor, o Estado é todo-poderoso e pode tudo preencher, corrigir, tudo suprir. Por isso, diante de suas falhas, a esperança se volta para a justiça. É então nela, e portanto fora do Estado, que se busca a consagração da ação política. O sucesso da justiça é diretamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o ‘déficit democrático’ de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação lhe oferece cada vez menos. O juiz é chamado a socorrer uma democracia na qual um legislativo e um executivo [se encontram] enfraquecidos” (Garapon, 1999: 48).

Esse novo papel do juiz tem o grande malefício de fazer desaparecer a dimensão coletiva da política. Isso porque, podendo-se obter qualquer coisa do Judiciário, a luta coletiva perde o sentido, instigando as pessoas a procurarem seus direitos de maneira exclusivamente individual. O ativismo judicial, assim, “encoraja um engajamento mais solitário do que solidário.” (Garapon, 1999: 49). Esse argumento é enfatizado por Sarmiento (2009: 120), que refere que uma ênfase excessiva no Poder Judiciário como espaço de reivindicação de direitos pode levar “ao esquecimento de outras arenas importantes para a concretização da Constituição e realização de direitos, gerando um resfriamento da mobilização cívica do cidadão.”

Dessa forma, o Estado de Direito acaba se transformando em uma “república tomada pelo direito” (Garapon, 1999: 33). Nessa “democracia jurídica”, a lei, antes vista como elemento tão essencial para a separação dos poderes, “não é mais suficiente para guiar o juiz em suas decisões” (Garapon, 1999: 40). O magistrado, assim, passa a possuir elevado grau de discricionariedade para fundamentar suas determinações, tornando-se um “co-legislador permanente” (Garapon, 1999: 41). Em face dessa situação, o direito passa a não estar mais à disposição da vontade popular. A ideia de que há uma usurpação das prerrogativas dos Poderes democraticamente eleitos fica clara quando Garapon afirma que “ele [o juiz] tende, no presente, a elevar-se acima da lei para tornar-se diretamente o porta-voz do direito” e indaga “em nome de que pode o juiz pretender ser instituidor?” (Garapon, 1999: 50).

O temor de que cheguemos ao ponto de conceber um governo dos juízes, ou governo dos juristas, aparece em diversos momentos da exposição do magistrado francês. Ele chega a dizer que “o risco que ronda a justiça e que se origina desse modelo é o de construir uma espécie de funcionalismo novo que foge a qualquer controle democrático” e que “o risco de

desvio da soberania por uma elite de funcionários é hoje em dia multiplicado por dez.” (Garapon, 1999: 61).

Assim, apesar de reconhecer, pelo menos no plano da retórica, a importância do Judiciário como uma instância de defesa das minorias, Garapon acredita que os juízes passaram completamente dos limites do razoável. Afirma ele que “o excesso de direito pode desnaturalizar a democracia” e que “a justiça não pode se colocar no lugar da política”, pois assim arrisca-se “abrir caminho para uma tirania das minorias, e até mesmo para uma espécie de crise de identidade.” (Garapon, 1999: 53). Em uma palavra, “o mau uso do direito é tão ameaçador para a democracia como o seu pouco uso” (Garapon, 1999: 53). Nesse mesmo sentido, cabe lembrar que o próprio Montesquieu (citado por Ferejohn, 2002: 46) já afirmava que a combinação de poderes legislativos e judiciários nas mesmas mãos seria a própria essência de um regime tirânico.

Pozzolo (2006: 100) igualmente se mostra preocupada com o risco de um “governo dos juízes”, ou até mesmo um “governo dos juristas.” Criticando o que chama de interpretação moral da Constituição, ela afirma que o processo democrático, marcado pela deliberação e pela discussão coletiva, é necessariamente mais produtivo do que a reflexão individual de um juiz. Segundo ela, o magistrado simplesmente não tem legitimidade para se sobrepor, através de uma interpretação moral da lei e da Constituição, à valoração do legislador. Assim,

se a reflexão moral individual de um único juiz (ou de alguns ‘sábios’) é considerada superior à discussão intersubjetiva, qual o sentido de se manter um procedimento para a tomada de decisões coletivas do tipo democrático? A manutenção da Constituição, se entendida como documento autoveiculante estabelecido pelos cidadãos, não teria razão de ser porque o juízo moral de um único juiz seria sempre mais justo do que aquilo que é defendido pelas normas constitucionais” (Pozzolo, 2006: 101-102).

Dessa forma, o juiz “neoconstitucionalista”, através de uma aplicação dúctil do direito, buscaria sempre a solução mais justa para o caso concreto, deixando de lado importantes postulados jurídicos, como a questão da segurança jurídica ou mesmo a autodeterminação.

A preocupação com a segurança jurídica encontra-se presente igualmente na obra de Enterría e Menéndez (1997). Esses autores enfatizam que, nas democracias contemporâneas, o papel da lei segue sendo insubstituível e imprescindível, na medida em que a lei é a própria

expressão do princípio democrático (Enterría e Menéndez, 1997: 50). Isso porque a objetividade do direito está intrinsecamente conectada à objetividade da lei e da interpretação da lei, sendo que alcançar essa estabilidade é a finalidade precípua da Ciência do Direito. Sem a segurança jurídica e a certeza do Direito, não seria sequer possível falar em uma nação livre. Com efeito, em uma sociedade autorregulada não há espaço para que uma entidade externa regulamente as regras do jogo, e tampouco se pode admitir que um juiz “pretensamente iluminado” dite as regras às quais todos devem se subordinar. Nas palavras dos professores da Universidad Complutense de Madrid,

Esos valores, seguridad jurídica y certeza del derecho, son así imprescindibles para la vida en sociedad y para la libertad. El juez no es, como ya sabemos, un órgano ciego y automático de aplicación de las Leyes, pero tampoco puede ser el señor del Derecho en una sociedad libre e igualitaria. De nuevo el papel de la Ley se revela central e insustituible en la sociedad democrática, por más que haya de convivir con la preeminencia de la Constitución y con el papel, ya no neutro sino activo, del juez, pero siempre vocado al servicio de la Constitución y de la Ley y de sus valores propios. (Enterría e Menéndez, 1997: 51).

Na mesma linha da argumentação supra, outros autores têm enfatizado que, de acordo com a teoria republicana, apenas os órgãos representativos é que devem exercer o poder de legislar. Isso se explicaria porque o poder de elaborar regras deve estar submetido à contestação e à deliberação pública. De acordo com esse argumento, uma vez que a lei afeta a todos, todos deveriam ter a oportunidade de influenciar o seu conteúdo (Ferejohn, 2002: 46). Nessa concepção, a lei é a expressão da vontade geral e obra da liberdade de todos no exercício de sua prerrogativa de autodeterminação.

Sarmiento (2009) também traz argumentos interessantes contra o ativismo judicial, ou o neoconstitucionalismo. Em primeiro lugar, ele refuta a justificação desse fenômeno a partir de uma crítica das instituições majoritárias. Ele aduz que, mesmo levando em conta que o Legislativo e o Executivo são órgãos imperfeitos e portadores de inúmeras mazelas, não se pode afirmar que o mesmo não ocorre com o Judiciário. Critica-se, assim, a idealização do Judiciário, quando comparado com os demais Poderes da República. Dessa forma, “se é verdade que o processo político majoritário tem seus vícios – e eles são muito graves no cenário brasileiro –, também é certo que os juízes não são semi-deuses, e que a esfera em que atuam tampouco é imune à política com ‘p’ menor.” (Sarmiento, 2009: 121).

Ademais, o mesmo doutrinador ressalta que, no Brasil, o incremento de prerrogativas decisórias do Poder Judiciário não tem sido acompanhado de um necessário cuidado com a justificação de suas decisões. Assim, os juízes são estimulados a proferir sentenças com base em princípios extremamente vagos, mesmo que isso contrarie frontalmente uma disposição legal simples e clara. Com efeito, não se pode deixar de notar que, no nosso país, fundamentos como o princípio da dignidade da pessoa humana ou da razoabilidade têm sido usados, muitas vezes, de maneira totalmente arbitrária, fazendo com que muitas decisões judiciais adquiram fundamentação excessivamente elástica. Tal fato serviria para minar não apenas a segurança e a estabilidade jurídica, mas também a própria legitimidade do Poder Judiciário, cujo corolário, como vimos, é a fundamentação de suas decisões.

Sarmiento, por fim, questiona se esses processos de abertura do Direito e de ativismo judicial não seriam, entre nós, apenas manifestações contemporâneas de práticas há muito enraizadas na sociedade brasileira, como o patrimonialismo e o “jeitinho brasileiro” (Sarmiento, 2009: 128).

Couso (2004) analisa o incremento da participação do Judiciário na arena política de maneira estritamente pragmática. Segundo ele, o ativismo judicial, em democracias emergentes, pode acabar colocando em risco a própria independência do Poder Judiciário. Isso porque, em países em que o respeito à lei e ao Estado Democrático de Direito ainda não se consolidaram (como seria o caso da maioria das democracias latino-americanas), os juízes, ao tentarem adentrar com força no campo político, podem simplesmente não ser respeitados, ou – o que seria ainda pior – podem acabar sofrendo repressão dos demais Poderes. Assim sendo, o ativismo judicial deveria aparecer apenas muito tempo depois da consolidação do regime democrático, pois, do contrário, a judicialização precoce poderia constituir um verdadeiro tiro pela culatra: em vez de aumentar o poder da magistratura, acabaria eliminando-o.

A tese de Couso parece, de fato, encontrar respaldo empírico. Recordando de episódios recentes de Judiciários latino-americanos que tentaram exercer um papel ativo em suas sociedades, constataremos que suas experiências não foram bem sucedidas. No Peru, por exemplo, o presidente Alberto Fujimori decretou o fechamento da Corte Constitucional após esta ter emitido uma decisão que lhe era desfavorável; na Venezuela, o presidente Hugo Chávez, buscando obter uma maioria na Suprema Corte de seu país, obrigou a presidenta da Corte a renunciar ao seu cargo (Couso, 2004: 44). Também poderíamos pensar no caso da Rússia. Neste país, a criação, em 1991, de um Corte Constitucional inspirada nos modelos da Europa ocidental inaugurou um Poder Judiciário independente, inexistente na era soviética ou

em qualquer momento anterior da história russa (Epstein, Knight e Shvetsova, 2001: 135). A Corte recém criada foi dotada de tantas prerrogativas que não tardou para que ela se jogasse, com força, no cenário político russo. Os enfrentamentos com o Poder Executivo russo começaram cedo e, em setembro de 1993, frente a um decreto de Boris Yeltsin que dissolvia o parlamento e convocava novas eleições, a Corte decidiu que o Presidente deveria perder o cargo automaticamente, e que novas eleições presidenciais e parlamentares deveriam ser convocadas imediatamente. Em face desse “ativismo precoce” da Corte Constitucional russa, Yeltsin não hesitou em expedir um decreto ordenando o fechamento do Tribunal, o que eliminou a recém nascida independência judiciária naquele país³³ (Epstein, Knight e Shvetsova, 2001: 152).

Por fim, cabe ainda enquadrar, como expoente dos autores que se posicionam contrariamente ao ativismo judicial, o alemão Jürgen Habermas. Este importante filósofo do direito propõe um paradigma procedimental do direito, em que não haveria espaço para a judicialização da política, pois o exercício de competências legislativas por parte do Judiciário interferiria na racionalidade do processo de produção das leis. É por isso que ele propõe que o controle abstrato de constitucionalidade de normas deveria ser função privativa do legislador, pois, em um Estado marcado pela separação dos poderes, não caberia admitir que um Tribunal Constitucional tivesse competência para criar direito³⁴. Esse modelo procedimental/formal do direito serviria como proteção à possível instauração de um tipo ideal de sociedade ou de uma opção política particular. Isso porque, em Habermas, o ordenamento jurídico deve “apenas formular as condições necessárias segundo as quais os sujeitos do direito podem, enquanto cidadãos, entender-se entre si para descobrir os seus problemas e o modo para solucioná-los.” (Habermas, 2003: 190). Este paradigma implicaria na expectativa de “poder influenciar, não somente a autocompreensão das elites que operam o direito na qualidade de especialistas, mas também a de todos os atingidos.” (Habermas, 2003: 190). Este esquema de direito teria como núcleo central a ideia de autonomia, de autodeterminação dos povos, na medida em que viabilizaria a discussão contínua das questões políticas relevantes em uma determinada sociedade. É por isso que a Constituição deve se

³³ A Rússia voltou a ter uma Corte Constitucional logo após a promulgação de sua nova Constituição, em 1994. Esta nova Corte, no entanto, adotou postura bem mais cautelosa, e por isso logrou sobreviver no tumultuado cenário político russo.

³⁴ Para Habermas, “a Corte Constitucional deve-se limitar a uma compreensão formal da Constituição e entender a si mesma como protetora de um processo legislativo democrático, isto é, como protetora de um processo de criação democrática do direito, e não como guardiã de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais” (citado por Vianna, 1999: 29). Ou seja, a Corte Constitucional não deveria, sob hipótese alguma, arrogar-se do papel de legislador político, devendo limitar-se à função de zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos.

abster de possuir qualquer caráter substantivo ou material; antes, ela deve se limitar a regulamentar os procedimentos de formação da vontade política de uma nação.

3.5 Conclusões do capítulo

Não foi pretensão deste capítulo, em momento algum, abordar todos os aspectos da complexa discussão que existe em torno da judicialização da política; com efeito, o leitor atento notará, com facilidade, que deixou-se de lado a análise de diversos autores considerados bastante relevantes, tais como Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, entre outros. A questão é que buscou-se enfatizar aspectos políticos da questão, deixando de lado abordagens filosóficas, sociológicas, entre outras.

Quanto à “resposta correta” acerca da função do papel judiciário no cenário contemporâneo, parece bastante claro que ela simplesmente não existe, a despeito da incansável tentativa, por parte de milhares de doutrinadores, de tentar encontrá-la.

Entretanto, talvez o ponto central da discussão acerca da judicialização da política não seja saber se tal fenômeno é bom ou ruim, louvável ou abominável, elogiável ou condenável. O fato é que, para o bem ou para o mal, o Poder Judiciário adquire cada vez mais poder, e seria bastante difícil afirmar que ocorrerá, no curto ou no médio prazo, uma reversão desse movimento. Assim, em nossa opinião, mais importante do que simplesmente valorar ideologicamente a participação dos juízes no processo de tomada de decisões políticas é *entender melhor esse novo papel do Judiciário no Brasil contemporâneo*. Dessa forma, o que falta no debate contemporâneo não é saber definitivamente se a maior intervenção do Judiciário é positiva ou negativa, mas, antes, compreender de maneira mais precisa as causas e as consequências do processo de judicialização da política. É nesse sentido que este estudo busca contribuir, ainda que humildemente, para o melhor entendimento da atuação política do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, uma vez que o estudo do desempenho de cortes estaduais tem sido amplamente negligenciado pela doutrina contemporânea. É a essa tarefa que o próximo capítulo se dedica.

4 AS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADAS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL (2007-2010)

4.1 Introdução do capítulo

Conforme ressaltado anteriormente, este trabalho tem o propósito de debater especificamente a atuação do TJRS no exercício do controle concentrado de leis e atos normativos municipais e estaduais em face da Constituição do Estado Rio Grande do Sul. É a este enfoque que este capítulo se volta.

O que se pretende é chamar atenção ao fato de que cortes regionais, a despeito de serem quase sempre negligenciadas pela doutrina nacional e internacional, podem exercer um significativo papel na vida política local. Assim, justifica-se o estudo do presente tema.

A metodologia de trabalho já foi devidamente explanada na introdução geral desta monografia. Na mesma oportunidade justificou-se a escolha específica da análise das ADIns, deixando de lado outros instrumentos que potencialmente podem levar o Poder Judiciário a se manifestar acerca de questões políticas.

O objetivo geral deste capítulo é mapear a atuação do TJRS no que tange ao julgamento de ADIns. Através desse método, será possível visualizar, entre outras questões, quantas vezes o Tribunal tem sido acionado para anular um diploma legal que representa a vontade majoritária; que tipo de matérias têm sido levadas à apreciação da Corte; quem tem proposto essas ações; e, por fim, qual é a taxa de sucesso de cada um dos proponentes das ações aqui analisadas.

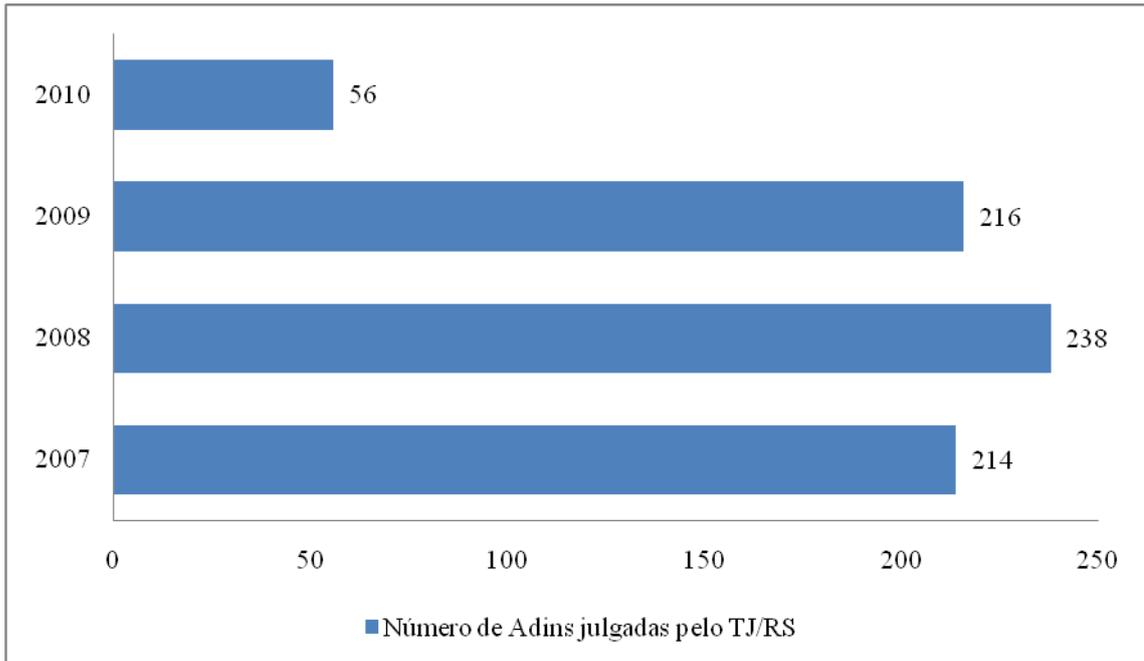
O ideal para um estudo como este seria comparar dados do TJRS com dados de Tribunais de Justiça de outros estados da federação. Contudo, o autor desconhece estudos dessa índole. Dessa forma, comparar-se-ão as estatísticas do Tribunal gaúcho com aquelas apresentadas pelo Supremo Tribunal Federal, o qual tem sido objeto de numerosos estudos.

Vê-se, portanto, que esta análise será predominantemente descritiva. A simples descrição dos fatos, contudo, permitirá extrair conclusões valiosas a respeito do desempenho do TJRS na arena política local. É o que se pretende demonstrar a partir deste momento.

4.2 As ADIns julgadas pelo TJRS em números

Antes de tudo, para que se possa ter uma informação geral acerca das ADIns julgadas pelo TJRS no período compreendido neste estudo³⁵, nada mais importante do que visualizar o número total de ações julgadas por esta corte. Vejamos:

Gráfico 1 - ADIns julgadas pelo TJRS no período compreendido entre 01/01/2007 e 30/06/2010



Fonte: Elaborado pelo autor a partir de dados extraídos no site www.tjrs.jus.br.

A partir desta figura, a primeira constatação que se pode extrair é que têm sido numerosas as ocasiões em que o Tribunal gaúcho foi acionado com o intuito de anular diplomas legais oriundos dos tradicionais órgãos representativos municipais ou estaduais³⁶.

Considerando o período estudado, o TJRS julgou mais de 17 ações por mês, ou seja, aproximadamente uma a cada dois dias. Anualmente, o Tribunal julgou 206,85 ações, média que não fica muito abaixo daquela encontrada na Suprema Corte pátria. Em estudo detalhado acerca do desempenho do STF no julgamento de ADIns, Vianna *et al* (2007: 46) verificaram que, no período compreendido entre 1988 e 1994, a Suprema Corte julgou anualmente 236,8

³⁵ Vale lembrar que entraram em nosso banco de dados todas as ADIns julgadas entre 1º de janeiro de 2007 e 30 de junho de 2010, num total de 724 ações.

³⁶ No que diz respeito ao diploma atacado pelas ADIns analisadas, vale ressaltar que na grande maioria das ocasiões foram atacados leis ou atos normativos municipais, sendo que em apenas 26 ocasiões a ADIn foi proposta contra um ato estadual. Ademais, a grande maioria das ADIns voltou-se contra leis, sendo irrisórios os casos em que buscou-se a retirada do ordenamento jurídico de resoluções, portarias, ou outros atos normativos secundários.

ações; entre 1995 e 2002, essa média baixou para 203,8 ações anuais, voltando a subir no período 2003-2005, período em que se verificou que 276,6 ADIns foram julgadas anualmente. Ou seja, o TJRS tem sido chamado a intervir na política local quase tão frequentemente quanto o STF tem sido levado a interferir na política nacional.

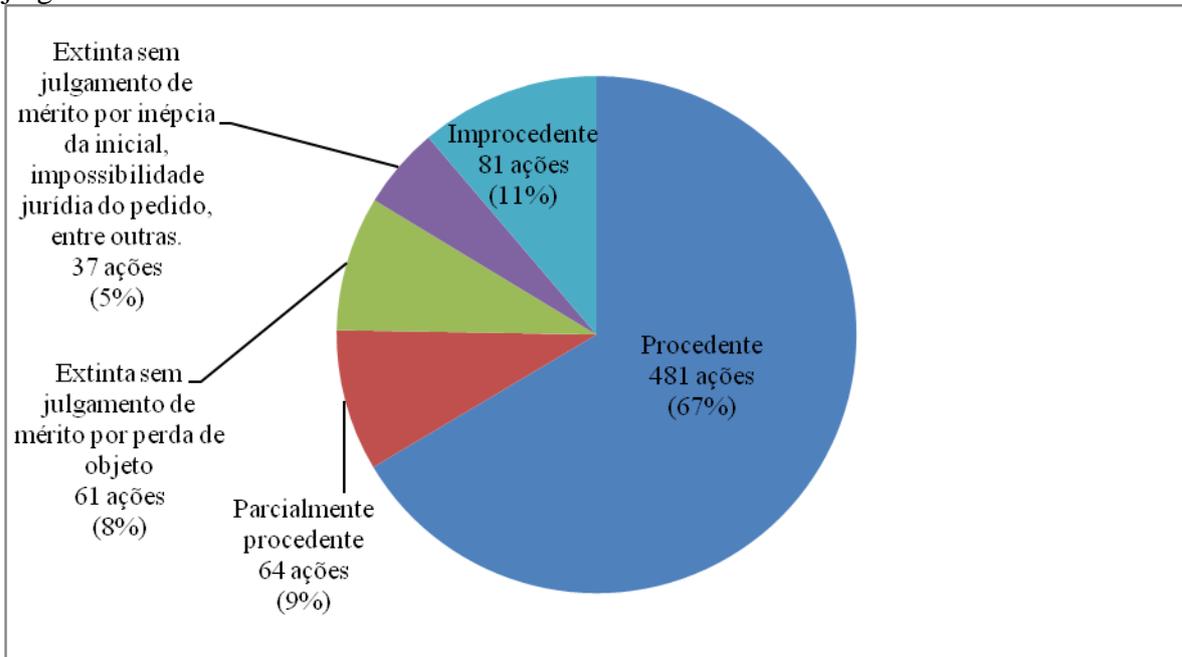
Resta ver, contudo, se o Tribunal de Justiça tem realmente exercido o papel de uma efetiva força contra-majoritária, como tem sido chamado a fazer, ou se, em vez disso, tem se absterido de invalidar a vontade política dos Poderes Legislativo e Executivo dos municípios gaúchos e do Estado do Rio Grande do Sul e, conseqüentemente, de adentrar no jogo político local.

4.3 Os resultados dos julgamentos de mérito das ADIns julgadas pelo TJRS

Passamos a verificar, assim, em que medida o TJRS tem se tornado um efetivo obstáculo aos órgãos municipais e estaduais na implementação de seus respectivos programas políticos. Os resultados dos julgamentos liminares e de mérito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade julgadas pela corte estadual fornecerão uma perspectiva sobre o assunto.

O gráfico 2 classifica as ADIns julgadas pelo TJRS de acordo com o resultado do julgamento de mérito de cada uma delas. Vejamos:

Gráfico 2: ADIns julgadas pelo TJRS, classificadas de acordo com o resultado do julgamento



Fonte: gráfico de elaboração do autor, a partir de dados extraídos no site www.tjrs.jus.br.

O que se depreende dos dados acima é que, na maioria das vezes em que teve a oportunidade de fazê-lo, o Tribunal acabou por contrariar integralmente as instituições democrático-representativas, já que nada menos do que 67% das ADIns foram julgadas integralmente procedentes.

No entanto, um olhar mais atento ao gráfico acima levará à conclusão de que a atuação do Tribunal tem sido ainda mais decisiva do que pode parecer à primeira vista. Com efeito, para além dos 481 julgamentos em que o TJRS anulou integralmente o ato normativo *sub judice*, em outras 64 ocasiões a Corte julgou a demanda parcialmente procedente, afetando, ainda que apenas em parte, as pretensões dos órgãos representativos. Ademais, nas 61 ações que foram extintas sem julgamento de mérito por perda de objeto, não se pode exatamente afirmar que houve uma vitória do ente requerido. Isso porque, nessas ocasiões, ocorreu que, após a impetração da ADIn, a lei questionada foi revogada pelo órgão demandado (em geral o Poder Legislativo municipal), fazendo com que a ação restasse prejudicada e fosse consequentemente extinta sem julgamento de mérito. Assim, é lícito sustentar que, nessas ocasiões, o órgão requerido antecipou sua provável derrota perante o TJRS, optando por simplesmente revogar a lei ou o ato normativo atacado. Por isso é que, para fins de cálculo do percentual de sucesso dos proponentes de ADIns, devemos considerar não apenas as ocasiões em que a ação foi julgada integralmente procedente, mas também aquelas em que a demanda

foi parcialmente procedente (pois nessas situações o ente político requerido teve sua vontade política restringida, ainda que não integralmente) e aquelas em que houve revogação da lei atacada (pois, nessas hipóteses, é inquestionável que o proponente logrou alcançar seu objetivo, ainda que indiretamente, pela via política, e não pela via jurídica).

Considerando, portanto, que o proponente da ADIn obteve êxito total ou parcial não apenas nas ocasiões em que sua ação foi julgada procedente, mas também naquelas em que a ação foi julgada parcialmente procedente ou em que a lei atacada foi revogada, concluiremos que obteve-se sucesso em nada menos do que 606 ocasiões, ou seja, em aproximadamente 83% das situações em que propôs uma ação direta de inconstitucionalidade.

Nos julgamentos liminares, a postura do TJRS igualmente pode ser considerada bastante ativa. Compulsando os dados, verifica-se que, das 468 ocasiões em que houve pedido de suspensão liminar do diploma legal atacado, em 343 (73%) tal pleito foi integralmente deferido, e em outras 16 vezes (3%) foi parcialmente deferido.

Assim, o que se conclui é que, tanto no que diz respeito aos julgamentos liminares quanto no que se refere aos julgamentos de mérito, a postura do Tribunal tem sido incisiva, se chocando frontalmente com o posicionamento dos órgãos representativos em um número muito substancial de ocasiões.

É fundamental destacar este ponto. Não se pode deixar de enfatizar o quão elevado é o índice de sucesso dos proponentes de ADIns perante o TJRS. Isso significa que o Tribunal tem adotado postura nada tímida no julgamento dessas ações, não se abstendo de retirar do ordenamento jurídico diplomas legais que representam a vontade dos representantes da maioria da população.

Para que este argumento se torne mais claro, vale comparar os números dos resultados dos julgamentos do TJRS com os do STF.

Em uma análise que englobou todas as ADIns julgadas pelo Supremo entre 1988 e 2005, Taylor (2008: 87) constatou que as chances de o proponente obter algum grau de sucesso, seja no julgamento de mérito ou no julgamento liminar, são de aproximadamente 20%, embora alguns atores, como o PGR, obtenham êxito mais frequentemente do que outros, como os partidos políticos. Em um estudo posterior, Da Ros e Taylor (2008: 830), reportando-se a esse percentual de sucesso de 20%, qualificaram como “relativamente altas” as chances de uma ADIn ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal ser bem-sucedida.

Ora, se são relativamente altas as chances de que uma ADIn impetrada frente ao STF venha a suspender liminarmente ou a afastar definitivamente do ordenamento jurídico um

determinado diploma legal, é forçoso reconhecer que as chances de êxito de uma ADIn impetrada perante o TJRS são, no mínimo, bastante elevadas.

Tal constatação poderia inclusive servir de estímulo para que todos os atores com legitimidade ativa fizessem uso frequente da ADIn como uma estratégia para atingir seus interesses. Considerando que são altas as chances de se obter êxito através desta ação (e levando em conta, ainda, que os custos políticos de impetrá-la são quase nulos) seria de se esperar que uma ampla gama de assuntos fosse levada à apreciação do Tribunal, por um amplo leque de atores. No entanto, não é isso o que vem ocorrendo, conforme se passa a analisar.

4.4 As temáticas das ADIns levadas ao julgamento do TJRS

Até o presente momento, viu-se que a Corte gaúcha tem sido acionada a interferir na chamada vontade majoritária em um número significativo de ocasiões, o que induz à conclusão de que a participação do TJRS na construção de políticas públicas locais tem sido bastante relevante.

No entanto, a classificação temática das leis levará ao entendimento de que a interferência do Tribunal não tem sido tão ampla quanto se pode imaginar. Com efeito, a grande maioria das leis questionadas perante o TJRS versa sobre questões relacionadas à atividade estatal – tais como leis que disciplinam a administração pública ou a atividade política em sentido estrito – sendo pouco numerosos os ataques a leis que afetam a sociedade civil como um todo.

Em outras palavras, o que se está dizendo é que, embora o Tribunal seja frequentemente acionado a atuar como um contrapeso às forças políticas devidamente eleitas, na maioria dessas ocasiões a Corte tem operado como uma espécie de árbitro entre as próprias instituições estatais, proferindo decisões que não afetam um conjunto mais amplo da população.

O Gráfico 3 aclara este argumento. Nele, foram classificadas as 724 ADIns, de acordo com a temática da lei impugnada. As leis foram agrupadas nos grupos abaixo dispostos, conforme os critérios abaixo explanados.

Administração Pública. Neste grupo, foram incluídas todas as ações que impugnavam diplomas legais relacionados, de maneira direta ou indireta, à Administração

Pública em um sentido amplo, englobando as atividades dos três poderes. Foram incluídas ADIns cujo objeto eram leis que (i) versavam acerca da contratação temporária de servidores públicos ou da criação de cargos em comissão; (ii) instituíaam regulamentação especial para concursos públicos; (iii) determinavam o vencimento de servidores públicos ou de agentes políticos; (iv) criavam procedimentos especiais para a realização de licitações, convênios, consórcios ou contratos administrativos; (v) disciplinavam concessões ou permissões de serviços públicos; (vi) regulamentavam o uso, a concessão de uso ou a alienação de bens públicos; (vii) determinavam a composição de órgãos administrativos, tais como o conselho tutelar; (viii) disciplinavam o regime jurídico de servidores públicos; (ix) e, por fim, leis que criavam ou modificavam atribuições de órgãos administrativos, tais como secretarias municipais ou estaduais. Com relação a este último ponto, é necessário fazer um alerta relevante. É que a grande maioria das leis que criavam ou modificavam as atribuições de órgãos administrativos o faziam com o intuito de inaugurar uma determinada política pública no âmbito do município ou no Estado. Assim, as ADIns que impugnavam essas leis poderiam ser classificadas tanto no presente tópico quanto no seguinte, intitulado "políticas públicas." A opção deste autor por classificar esses acórdãos como integrantes do grupo em análise se dá em decorrência do posicionamento adotado pelo TJRS nesses casos. Isso porque, nas ações que criavam ou modificavam atribuições a órgãos administrativos e, ao mesmo tempo, inauguravam uma determinada política pública, o tribunal se focou, sempre, na análise da (in)constitucionalidade formal da competência para criação de uma atribuição administrativa, e não na materialidade da política pública em si. É o caso, por exemplo, da ADIn 70022341077, R. Des. José Aquino Flores de Camargo, j. 04/08/2008, que impugnavam lei municipal de Guaporé que instituía a semana de prevenção e controle do colesterol no Município. Essa lei foi invalidada não em decorrência da inconstitucionalidade material dessa política pública, mas sim em virtude da falta de competência do Legislativo municipal para criar atribuições a órgãos administrativos. Nas palavras do relator,

o art. 60, II, 'd', da Constituição Estadual determina que incumbe privativamente ao Governador do Estado a iniciativa de lei que disponha sobre criação, estruturação e atribuições das secretarias e órgãos da Administração Pública. Assim também aquelas que digam com a organização e o funcionamento da administração estadual – art. 82, VII, da Carta Estadual –. Previsão que se aplica, por simetria, ao Chefe do Executivo dos Municípios.

Ou seja, o julgamento do Tribunal se focou inteiramente na questão da competência para criação de atribuições administrativas. O mesmo ocorreu com a ADIn 70022512230, R. Des. José Aquino Flores de Camargo, j. 28/7/2008, que questionou lei municipal de Esteio que disciplinava a inclusão de conteúdos de educação preventiva em relação ao uso de fumo, álcool e drogas nas instituições da rede municipal de ensino público. Essa lei não foi declarada inconstitucional porque criar políticas públicas antialcoólicas ou antidrogas é algo se choca com a Carta Estadual; antes, a lei foi afastada do ordenamento jurídico porque continha vício formal de iniciativa, já que a Câmara Municipal, conforme entendimento pacífico do TJRS, não tem legitimidade para modificar atribuições de órgãos administrativos. Com efeito, o relator da ação, em seu voto, afirmou que :

É inegável que se está diante de vício formal de iniciativa, a comprometer a constitucionalidade da lei questionada. Notadamente porque, ao disciplinar sobre a inclusão de conteúdos de educação preventiva em relação ao uso de fumo, álcool e drogas nas instituições da rede municipal de ensino público, bem como a criação de comissão de prevenção ao uso de tais substâncias pela Secretaria Municipal de Educação, houve violação ao disposto nos artigos 60, II, 'd', e 82, II e VII, da Constituição Estadual. É que o art. 60, II, 'd', da Constituição Estadual determina que incumbe privativamente ao Governador do Estado a iniciativa de lei que disponha sobre criação, estruturação e atribuições das secretarias e órgãos da Administração Pública.

Em uma palavra, o que se está dizendo é que, nas ações que poderiam ter sido classificadas sob mais de uma categoria, o que se levou em consideração, essencialmente, foi a *ratio decidendi* adotada pelo Tribunal: se a discussão girou em torno da questão da competência para se criar ou modificar atribuições de órgãos administrativos, a ADIn foi classificada como impugnando lei referente à Administração Pública; por outro lado, se a análise do TJRS esteve focada na materialidade da política pública em si, classificou-se a referida ADIn na categoria "políticas públicas". Ou seja, nos casos dúbios, a própria fundamentação do Tribunal forneceu os substratos necessários para a classificação da ADIn. De qualquer maneira, mesmo que os casos mencionadas fossem classificados no grupo abaixo, não haveria, sob o ponto de vista estatístico, diferenças significativas, pois não foram tão numerosas as ações que impugnavam leis nesses moldes.

Políticas Públicas. Neste tópico foram incluídas as ações que atacavam leis que criavam políticas públicas, excetuados os casos em que a discussão acerca da constitucionalidade da norma girava em torno da criação ou modificação indevida de

atribuições de órgãos administrativos. Assim, no presente grupo, foram incluídas, por exemplo, ADIns que questionavam leis que criavam ou modificavam o plano diretor municipal; ADIns que estabeleciam níveis máximos permitidos de emissão de decibéis no município; ADIns que impugnavam leis ambientais.

Atividade política. Nessa categoria foram incluídas as ações que impugnavam regulamentações de questões intrinsecamente vinculadas à atividade política do ente federativo, tais como a estipulação do prazo de mandato da mesa diretora da câmara dos vereadores; o condicionamento do afastamento do Chefe do Poder Executivo Municipal do Município, Estado ou País a prévia autorização da Câmara de Vereadores; a regulamentação do procedimento de cassação de agente político; a criação da possibilidade de convocação do prefeito municipal para prestar informações frente à câmara municipal; a estipulação de quóruns especiais de votação para determinadas matérias; etc.

Direito Tributário e Financeiro. Neste tópico foram incluídas as ações que pleiteavam a decretação de inconstitucionalidade de leis eminentemente tributárias ou financeiras, tais como leis que concediam isenções e descontos para o pagamento de IPTU; de leis orçamentárias municipais e estaduais; entre outras.

Direito Trabalhista. As ADIns incluídas neste tópico atacavam normas que regulamentavam a atividade laboral, tais como as leis que determinavam que os trabalhadores eleitos para cargos de direção em sindicatos teriam direito apenas a licença não remunerada de seus ofícios.

Direitos Humanos. As poucas ADIns incluídas neste conjunto foram as que determinavam o estímulo à educação eugênica no âmbito dos municípios. Veja-se que essas leis muitas vezes também criavam atribuições a órgãos administrativos, e portanto poderiam ter sido incluídas, conforme o critério enunciado anteriormente, na categoria "Administração Pública". No entanto, estas leis não foram declaradas inconstitucionais por terem criado indevidamente atribuições a órgãos da Administração Pública. Com efeito, nesses casos as decisões do Tribunal se fundamentaram fortemente no princípio da dignidade da pessoa humana, como na ADIn 70020894606, Rel^a. Des^a. Maria Isabel de Azevedo Sousa, j.12/11/2007, em que acentuou-se que

o conceito ideal de pessoa, preconizado pela eugenia por meio da seleção racial e com o repúdio da diferença, é irreal, já que todos possuem as próprias idiosincrasias e, dentro de um conceito padrão de normalidade, ninguém seria nele incluído. O conceito de cidadão padrão, e a difusão de

seus ideais por meio da educação, não interessa a ninguém, a não ser para os oportunistas em geral, normalmente interessados em tomar para si o poder, que ditam o conceito de normalidade com o intento de excluir e incitar a discriminação em relação a pessoas para quem destinam e destilam ódio.

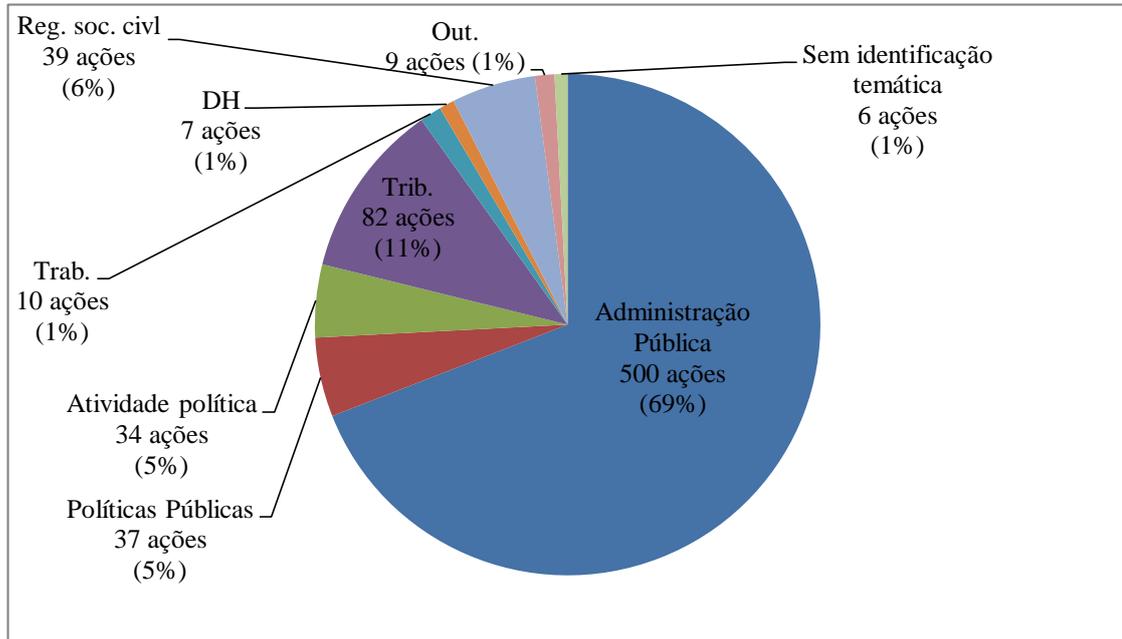
Regulamentação da sociedade civil. Nesta categoria foram incluídas ações que atacavam leis de grande variedade temática, tais como a regulamentação de atividades econômicas locais (ADIn n. 70027922764, entre outras); a instituição do carnaval de rua (ADIn n. 70022258636, Rel. Des. João Carlos Branco Cardoso, j. 15/12/2008); a regulamentação do trânsito local (ADIn n. 70022964290, Rel. Des. José Aquino Flores de Camargo, j. 15/12/2008, entre outras); a disciplina do funcionamento e regulamentação dos Centros de Entretenimento e Inclusão Digital e Lan House (ADIn n. 70022494538, Rel. Des. José Aquino Flores de Camargo., j. 16/06/2008); etc.

Sem identificação temática. Muitas das ADIns analisadas foram julgadas extintas sem julgamento de mérito, em decorrência da perda de objeto, isto é, da revogação da lei atacada. Em alguns desses casos, o Tribunal proferiu decisões monocráticas bastante sintéticas, as quais apenas noticiavam a revogação da lei questionada, pugnando pela consequente perda de objeto da ação. Nesses casos não foi possível identificar a temática da lei atacada, já que o acórdão em nenhum momento a menciona.

Outro. Dentre o universo de 724 ações objeto da presente pesquisa, 9 não se incluem em nenhuma das categorias acima. É o caso da ADIn 70024412983, R. Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, j. 10/11/2008, em que se impugnava lei de Novo Hamburgo que dava nome a uma determinada rua; ou a ADIn 70021581285, R. Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, j. 12/05/2008, em que se impugnava lei municipal de Portão que concedia o título de cidadão honorífico a um habitante da localidade.

Em face dos critérios acima expostos, a distribuição das ações julgadas pelo TJRS se dá da seguinte maneira:

Gráfico 3: ADIns julgadas pelo TJRS, classificadas de acordo com a temática da lei impugnada.



Fonte: Elaborado pelo autor a partir de dados extraídos no site www.tjrs.jus.br.

O que se depreende desses números é que o Tribunal de Justiça tem atuado como uma espécie de órgão superior da Administração Pública local, decidindo em última instância muitas das questões relacionadas a este tema. No entanto, outras temáticas não têm chegado à Corte, impedindo-a de exercer uma influência mais ampla sobre a sociedade gaúcha, já que sua atuação se encontra, no presente momento, limitada à regulamentação da atividade estatal em um sentido amplo.

Dito de outra maneira, o que se percebe é que, de um modo geral, temas relacionados à sociedade civil como um todo têm sido preservados do processo de judicialização de questões políticas estaduais e municipais. Já as matérias relacionadas à atividade estatal têm sido objeto de intensa judicialização.

No tópico seguinte, ao analisar os proponentes das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, chegar-se-á à mesma conclusão que se extrai desta subseção, qual seja, a de que a sociedade civil tem permanecido de fora do processo da judicialização da política.

4.5 Os autores das ADIns julgadas pelo TJRS

Com relação aos proponentes de Ações Diretas, cabe preliminarmente noticiar quem são os atores legitimados em tese a propor este tipo de demanda.

A Constituição Estadual regulamenta a questão em seu art. 95, que versa sobre as competências do Tribunal de Justiça Estadual. De acordo com o parágrafo primeiro deste dispositivo, podem propor ADIn contra lei ou ato normativo estadual que viole a Carta Estadual o Governador do Estado; a Mesa da Assembleia Legislativa; o Procurador-Geral de Justiça; o Defensor Público-Geral do Estado (somente a partir da EC n. 50/2005); o Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação na Assembleia Legislativa; entidade sindical ou de classe de âmbito nacional ou estadual; as entidades de defesa do meio ambiente, dos direitos humanos e dos consumidores, de âmbito nacional ou estadual, legalmente constituídas; o Prefeito Municipal; a Mesa da Câmara Municipal.

Já o parágrafo segundo dispõe que os seguintes atores detêm legitimidade ativa para propor ADIn contra lei ou ato normativo municipal: o Governador do Estado; o Procurador-Geral de Justiça; o Prefeito Municipal; a Mesa da Câmara Municipal; partido político com representação na Câmara de Vereadores; entidade sindical; o Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil; o Defensor Público-Geral do Estado (apenas a partir da EC n. 50/2005); as entidades de defesa do meio ambiente, dos direitos humanos e dos consumidores legalmente constituídas; associações de bairro e entidades de defesa dos interesses comunitários legalmente constituídas há mais de um ano.

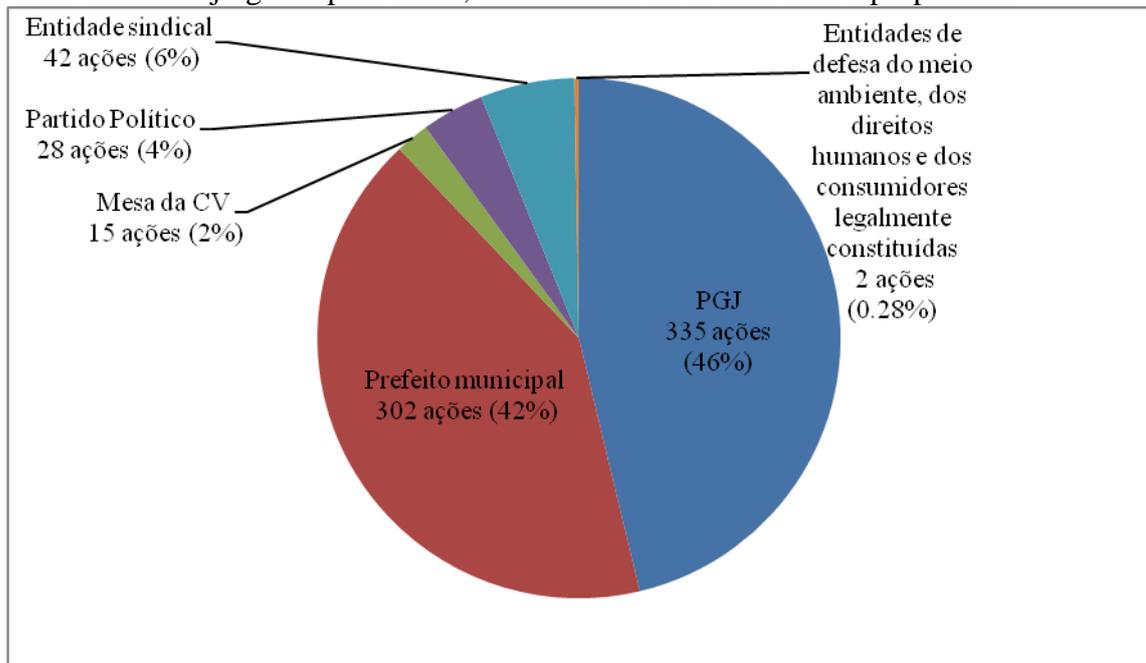
O que se percebe é que o constituinte estadual, ao estabelecer os entes legitimados a impetrar ADIns perante o TJRS, optou por estender a já ampla lista de legitimados a propor esta mesma ação perante o STF. Com efeito, o art. 95 da CE inclui entes que não têm correspondência direta no art. 103 da CF, como por exemplo entidades de defesa do meio ambiente, dos direitos humanos e dos consumidores, ou associações de bairro e entidades de defesa dos interesses comunitários.

Assim, ao conceder acesso direto ao tribunal responsável pela guarda da Carta Magna Estadual a um amplo rol de atores políticos e sociais, o constituinte estadual abriu às portas a um amplo processo de judicialização de questões políticas municipais e estaduais. Com efeito, é de se esperar que, na medida em que diversos agentes tenham à sua disposição um instrumento célere, de baixo custo e eficaz de questionamento judicial de políticas públicas, esses entes irão de fato lançar mão dessa prerrogativa sempre que uma política majoritária entre em confronto com seus interesses diretos ou indiretos.

Não obstante, não é isso o que tem ocorrido no Rio Grande do Sul. Ainda que seja bastante amplo o leque de agentes dotados de legitimidade ativa para propor ADIns perante o TJRS, apenas o PGJ e os Prefeitos municipais têm de fato se utilizado da estratégia de contestar judicialmente políticas públicas aprovadas pelos órgãos majoritários.

Veja-se o gráfico abaixo, que demonstra quem foram os proponentes das 724 ADIns estudadas neste trabalho:

Gráfico 4: ADIns julgadas pelo TJRS, classificadas de acordo com o proponente



Fonte: Elaborado pelo autor a partir de dados extraídos no site www.tjrs.jus.br.

As conclusões que podem ser extraídas destes números vão ao encontro da ideia apresentada na subseção anterior. Naquela ocasião, afirmou-se que temáticas concernentes à sociedade civil como um todo não têm sido levadas à apreciação do Tribunal, cujos julgamentos ficam conseqüentemente limitados a assuntos que afetam a atividade estatal em um sentido amplo. Aqui, novamente o que vem à tona é a constatação de que a sociedade civil tem exercido um papel apenas marginal no processo de judicialização da política através de ações de inconstitucionalidade.

Com efeito, o que se vê é que a esmagadora maioria das ações (em torno de 96%) foi proposta ou por prefeitos municipais ou pelo PGJ. Saliente-se, desde já, que o governador estadual, o Defensor Público-Geral do Estado, o Conselho Seccional da OAB e associações de bairro e entidades de defesa dos interesses comunitários não figuram no quadro acima simplesmente porque não propuseram nenhuma ADIn no período estudado.

É relevante a constatação de que partidos políticos e entidades sindicais não têm lançado mão da judicialização como uma estratégia frequente e constante na persecução de seus respectivos interesses. No plano federal, este quadro é bastante distinto. Frente ao STF, partidos político impetraram nada menos do que 723 ADIns entre 1988 e 2005 (Vianna *et al*, 2007: 67), ou seja, um pouco mais do que 40 ADIns por ano, média bastante superior à encontrada no Rio Grande do Sul (em torno de 8 ADIns/ano). O mesmo ocorre com associações da sociedade civil, que impetraram frente ao STF 907 ações de inconstitucionalidade entre 1988 e 2005 (Vianna *et al*, 2007: 71), ou seja, aproximadamente 50 ADIns por ano, ao passo que, no âmbito estadual, associações sindicais e entidades de defesa dos direitos humanos, juntas, foram responsáveis pelo ajuizamento de apenas 44 ações, média de aproximadamente 12 ADIns/ano. O mesmo ocorre com relação à OAB. No plano nacional, esta entidade desempenha um importante papel na propositura de diversas ADIns (foram 138 ações ajuizadas entre 1988 e 2005, ou seja, uma média de aproximadamente 8 por ano), destacando-se por questionar não apenas políticas públicas que afetassem diretamente os interesses de seus associados, mas também por muitas vezes defender causas de interesse geral da sociedade brasileira³⁷. Já no plano estadual, a seccional da OAB tem permanecido completamente de fora do processo de judicialização da política, já que não propôs nem ao menos uma ação direta de inconstitucionalidade no período estudado.

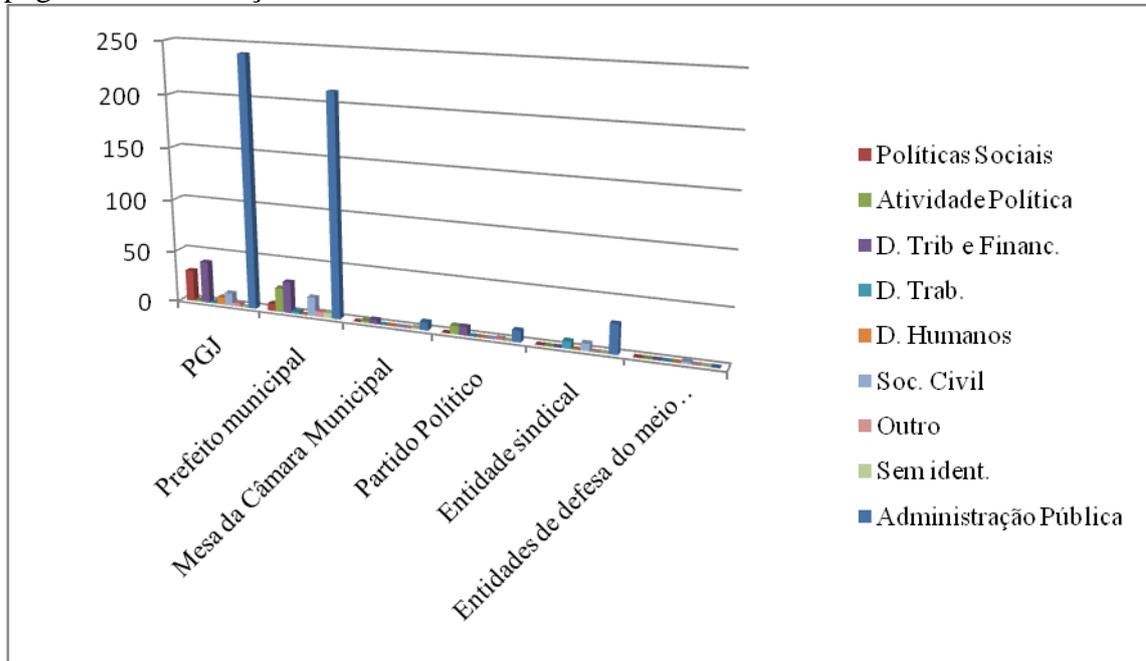
Em decorrência desses elevados números de ADIns propostas no plano nacional por associações civis, chegou-se a afirmar que a sociedade civil vem sendo “um dos principais protagonistas do processo de animação da judicialização da política” (Vianna *et al*, 2007: 71), ainda que sua atuação seja restrita pelo severo filtro do STF na definição das associações civis dotadas de legitimidade ativa para impetrar ADIns.

Vê-se que tal descrição de modo algum poderia ser utilizada para descrever a situação do Rio Grande do Sul. Aqui, apenas instituições que pertencem à estrutura do Estado – tais como Prefeitos municipais e o Ministério Público – têm forçado a judicialização de questões políticas, sendo meramente periférico o papel desempenhado por partidos políticos, entidades sindicais, associações de defesa dos direitos humanos, entre outros. Embora as portas da judicialização lhes estejam abertas, por algum motivo estes grupos não tem lançado mão dessa tática. É por isso que as temáticas que acabam chegando à Corte se restringem à regulamentação da atividade estatal e do conflito político, já que a grande maioria das ações

³⁷ Cabe citar, à guisa de exemplo, que a ADIn n. 2010-2, que acabou derrubando uma importante peça da reforma previdenciária de Cardoso (a contribuição dos inativos), foi impetrada pelo Conselho Federal da OAB.

propostas pelo PGJ e pelos prefeitos estaduais ataca leis que disciplinam justamente essas questões, consoante se depreende do gráfico 5:

Gráfico 5: Relação entre os proponentes das ADIns julgadas pelo TJRS e a temática da lei impugnada em cada ação.



Fonte: Elaborado pelo autor a partir de dados extraídos no site www.tjrs.jus.br.

Em outras palavras, o que se está afirmando é que, caso entidades da sociedade civil ou mesmo partidos políticos participassem mais ativamente do processo de judicialização de políticas municipais e estaduais, muito provavelmente um leque mais amplo de assuntos seria levado à apreciação do Tribunal, que conseqüentemente acabaria tendo uma influência mais intensa e mais dilatada sobre a sociedade como um todo. No atual estado em que nos encontramos – repita-se – o controle concentrado de constitucionalidade tem feito do TJRS uma espécie de órgão superior da Administração Pública, já que ele é chamado a decidir em última instância muitas das questões relacionadas à atividade estatal, permanecendo afastado, contudo, de exercer uma influência mais incisiva sobre a sociedade civil.

4.6 O sucesso dos autores das ADIns julgadas pelo TJRS

Um aspecto que não poderia faltar a esta análise é até que ponto os proponentes das ADIns têm obtido êxito em suas tentativas de retirar do ordenamento jurídico uma diploma jurídico aprovado pelos representantes da maioria.

Conforme exposto anteriormente, as taxas gerais de sucesso dos proponentes são bastante elevadas, o que nos leva à constatação preliminar de que todos eles têm obtido, em maior ou menor grau, sucesso em suas tentativas de questionar a vontade majoritária. No entanto, as taxas de sucesso de alguns atores, especialmente o Ministério Público, têm sido impressionantemente altas. Considerando que o PGJ teve sucesso total ou parcial, direto ou indireto, sempre que sua ação foi julgada procedente, parcialmente procedente, ou extinta sem julgamento de mérito por perda de objeto (ou seja, por revogação da lei atacada), veremos que ele atingiu seu objetivo em nada menos do que 315 das 335 ADIns que propôs. Isso significa que o PGJ, ao ajuizar uma ação direta de inconstitucionalidade, tem nada menos do que 95% de chance de obter ao menos um êxito parcial ou indireto.

Uma possível explicação para a elevadíssima taxa de sucesso do PGJ pode ser encontrada no texto de McGuire (1998). Este autor conclui que fatores como a ampla experiência em litigância constitucional explicam as elevadas taxas de sucesso do *solicitor-general*³⁸ frente à Suprema Corte norte-americana. Com efeito, parece plausível argumentar que a ampla experiência do PGJ no ajuizamento de ADIns é um fator importante para explicar suas taxas de sucesso. Isso porque o representante do Ministério Público Estadual parece saber exatamente que tipos de argumentos costumam ser aceitos pelo TJRS, o que certamente influencia positivamente o resultado da decisão da Corte.

Os Prefeitos municipais igualmente têm obtido êxito na grande maioria das ocasiões em que impetram ações de inconstitucionalidade. Considerando as 302 ocasiões em que um prefeito municipal ingressou com essa ação, 208 foram julgadas integralmente procedentes, 29 foram consideradas parcialmente procedentes, e 5 foram extintas sem julgamento de mérito por revogação superveniente da lei atacada. É dizer: em 80% das ocasiões os prefeitos atingiram seus objetivos, parcial ou integralmente, direta ou indiretamente.

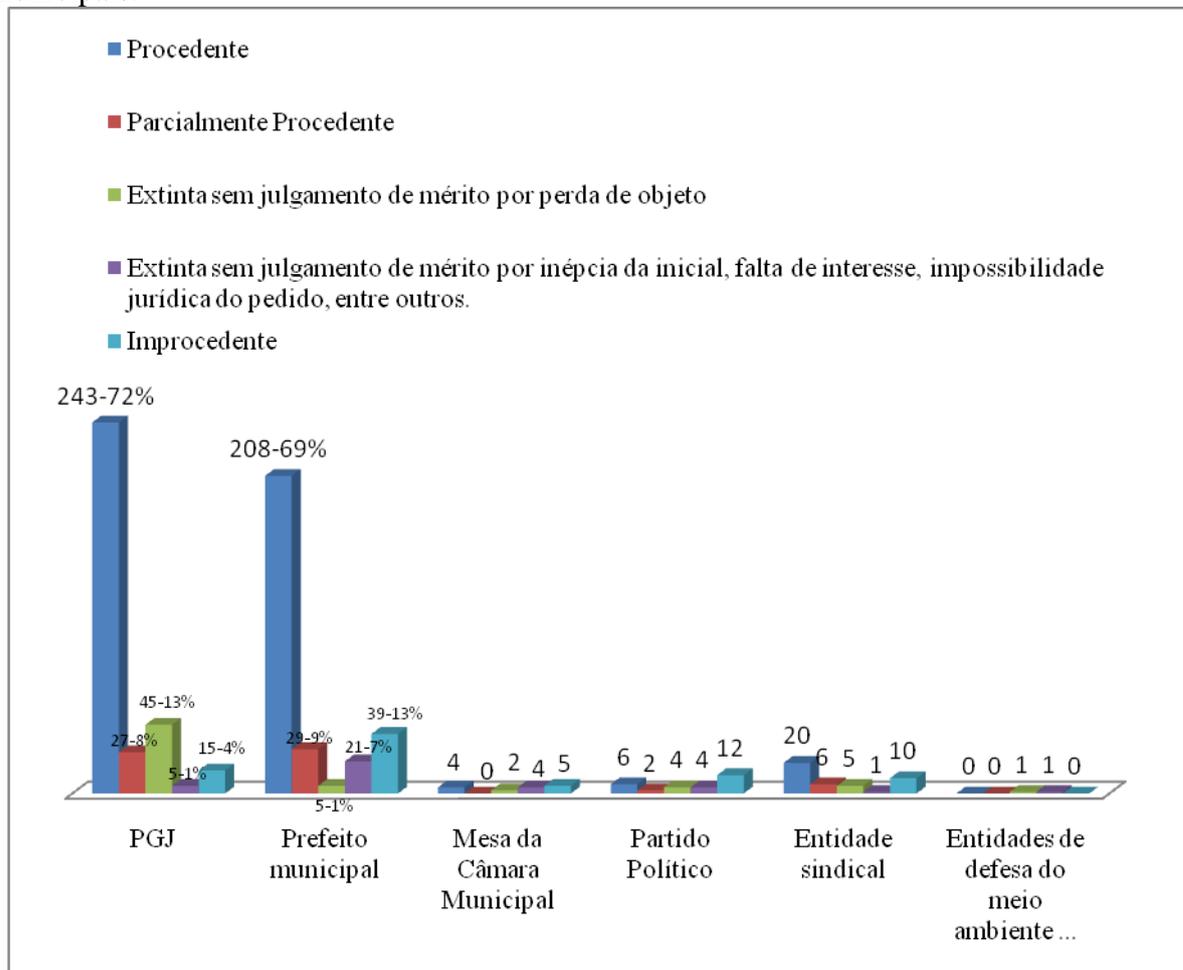
Outros atores têm obtido taxas de sucesso que, embora um pouco mais modestas do que as dos prefeitos e do Ministério Público, ainda assim podem ser consideradas bastante elevadas. É o que ocorre com as entidades sindicais: das 42 ações que impetraram, 20 foram julgadas totalmente procedentes, 6 parcialmente procedentes, e 5 foram extintas sem

³⁸ O *solicitor-general* é o representante maior do Poder Executivo norte-americano, figura análoga ao nosso Advogado-Geral da União.

juízo de mérito por perda de objeto. Ou seja: as entidades sindicais obtiveram sucesso em 31 das 42 ocasiões em que propuseram ADIns, ou seja, em aproximadamente 75% de suas tentativas de anular diplomas majoritários. No que diz respeito às 28 ações ajuizadas por partidos políticos, 6 foram julgadas procedentes, 2 parcialmente procedentes, e 4 perderam objeto por revogação da lei atacada. Isso significa que os partidos políticos lograram seus objetivos parcial ou integralmente, direta ou indiretamente, em 12 ocasiões, ou seja, em aproximadamente 40% de suas tentativas. Trata-se de um percentual nitidamente mais baixo, se comparado com os demais agentes.

O gráfico 6 ilustra os dados discutidos nesta subseção:

Gráfico 6: Relação entre proponente e o resultado do julgamento da ADIn. Por questão de espaço físico, foram incluídos apenas os percentuais de sucesso do PGJ e dos Prefeitos municipais.



Fonte: Elaborado pelo autor a partir de dados extraídos do site www.tjrs.jus.br.

4.7 As ADIns por omissão julgadas pelo TJRS

É relevante chamar a atenção para uma derradeira questão relativa ao controle concentrado de constitucionalidade de leis e atos normativos municipais e estaduais exercido pelo TJRS.

Como se sabe, no plano federal o STF tem desempenhado um papel bastante ativo – e polêmico – na decretação de inconstitucionalidade por omissão do Poder Público. Talvez o melhor exemplo da atuação da Suprema Corte no controle da omissão estatal seja a questão da saúde, em que o Tribunal tem proferido inúmeras decisões decretando a obrigatoriedade da distribuição de medicamentos ou de tratamentos a quem deles necessitar, a despeito da inércia dos órgãos representativos e administrativos. Mas o STF já julgou inconstitucional a omissão do poder público também em outras circunstâncias, decretando, por exemplo, a necessidade de criação de políticas de proteção à infância e à adolescência³⁹, ou determinando a possibilidade de exercício do direito de greve por parte dos servidores públicos, apesar de inexistir lei específica regulamentando o tema⁴⁰.

Nessas ocasiões, tem-se afirmado que :

o STF, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais que se identificam – enquanto direitos de segunda geração – com as liberdades positivas, reais ou concretas” (STA 175 Ag/CE, voto do Min. Celso de Mello)

E que,

a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem seus encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional (...)”(STA 175 Ag/CE, voto do Min. Celso de Mello).

³⁹ AI 583.136/SC; RE 482.611/SC, entre outros.

⁴⁰ MI 670. Na ocasião, o STF determinou a aplicação provisória da Lei n. 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada, às greves realizadas por servidores públicos.

Em face do exposto, torna-se inquestionável que o Supremo Tribunal Federal tem chamado para si a responsabilidade de efetivamente criar políticas públicas no caso de omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, se tornando, ainda que em hipóteses excepcionais, um verdadeiro legislador positivo.

Já no que diz respeito ao TJRS, não se pode afirmar que esta Corte tem exercido de maneira igualmente significativa o controle da omissão inconstitucional dos órgãos estaduais e municipais, pelo menos no que diz respeito às ADIns por omissão. Com efeito, durante todo o período estudado, apenas duas ADIns por omissão foram levadas ao Tribunal gaúcho. Na primeira delas (ADIn n. 70027424456, R. Des. Arno Werlang, j. 09/03/2009), o PGJ atacava a omissão das autoridades municipais de Uruguaiana em estabelecer reajuste dos servidores públicos municipais, sendo que o processo foi extinto sem julgamento de mérito por perda de objeto, já que, no transcorrer da ação, o Prefeito local encaminhou à Câmara de Vereadores projeto de lei que versava sobre o tema. A segunda ação (ADIn n. 70034400846, R. Des. Arno Werlang, j. 10/05/2010), também proposta pelo PGJ, igualmente questionava a omissão do Prefeito de Uruguaiana em estabelecer reajuste de vencimento dos servidores públicos municipais, mas desta vez atacando especificamente a ausência de reajuste entre os anos de 2005 e 2009. Nesta ocasião – única ADIn por omissão que foi apreciada no mérito pelo Tribunal durante o período aqui estudado – o TJRS julgou procedente a demanda, decretando a inconstitucionalidade da omissão dos órgãos representativos da mencionada cidade.

Ou seja, o que vemos é que, a despeito da existência formal de um poderoso instrumento de judicialização da política, qual seja, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, o mesmo foi utilizado apenas em duas situações pontuais, sem maiores repercussões para o desempenho do TJRS como um todo. Caso a ADIn por omissão fosse utilizada no plano estadual da maneira com que o é no plano federal, é possível imaginar que a corte estadual seria chamada a participar muito mais ativamente do processo de elaboração de políticas públicas estaduais e municipais, tal como ocorre com o STF no plano nacional⁴¹.

4.8 Conclusões do capítulo

⁴¹ Esse argumento, contudo, precisa ser melhor testado em trabalhos posteriores. Isso porque, para além das ADIns por omissão, há outros meios processuais relevantes de contestar as omissões dos poderes públicos, como por exemplo o Mandado de Injunção.

Viu-se que o TJRS tem julgado um número elevado de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, e que na grande maioria de seus julgamentos obteve-se algum grau de êxito, seja na decisão liminar, no julgamento de mérito, ou, indiretamente, através da via política, forçando o órgão requerido a revogar a lei atacada. No entanto, apenas o Ministério Público Estadual e os Prefeitos municipais têm feito uso constante e sistemático deste importante instrumento processual de contestação de políticas majoritárias. Partidos políticos, entidades sindicais, associações de classe, entidades de defesa do meio ambiente ou dos direitos humanos, e mesmo o conselho seccional da OAB parecem ainda não ter descoberto a judicialização como uma estratégia efetiva para a busca de seus interesses políticos. Em decorrência da falta de uma participação mais ativa destes agentes, as temáticas que chegam ao julgamento do Tribunal acabam se restringindo àquelas referentes à atividade estatal em um sentido amplo, fazendo com que o TJRS se torne uma espécie de conselho superior da administração pública estadual e municipal, ou talvez um árbitro das disputas entre os Poderes locais.

Portanto, é lícito concluir que, embora o Tribunal já esteja exercendo uma influência significativa na política local, ainda há espaço para que sua atuação ganhe abrangência e intensidade. A partir do momento em que a sociedade civil organizada descobrir a via judicial como uma estratégia que tem grandes probabilidades de lhe render resultados bastante positivos, provavelmente passará a questionar com mais intensidade as ações e omissões dos poderes públicos estadual e municipal, forçando o TJRS a participar de um leque mais amplo da vida política e social dos gaúchos.

Se essa participação mais intensa do Tribunal será positiva ou negativa, ou mesmo se virá ou não a se concretizar em um futuro próximo, são questões impossíveis de se responder neste momento. O que estamos afirmando, apenas, é que os instrumentos jurídicos e processuais necessários a potencializar um (mais) vasto processo de judicialização da política estadual e municipal existem e estão à disposição da sociedade civil. Entidades de defesa dos direitos humanos, do meio ambiente, dos consumidores, associações de bairro, entidades sindicais, entre outros – entes que muitas vezes são negligenciadas nos foros tradicionais de elaboração de políticas públicas – têm ao seu alcance um instrumento célere, eficaz e de baixo custo, apto a anular ações ou omissões do Poder Público que afetem seus mais diversos interesses.

Uma possível explicação para a falta de participação de entidades de defesa dos direitos humanos ou do meio ambiente no processo de judicialização da política poderia recair sobre a ausência de profissionais do direito especializados nessas temáticas. Com efeito, até

pouco tempo atrás, temas como o direito ambiental ou os direitos humanos eram bastante negligenciados pela maioria das Faculdades de Direito, fazendo com que poucos bacharéis em direito se especializassem nestas áreas; hoje, entretanto, há uma maior valorização desses assuntos nos currículos escolares dos estudantes de direito. Isso fará com que mais profissionais de qualidade se enfoquem nessas temáticas, intensificando uma oferta até então relativamente escassa no Brasil e no Rio Grande do Sul. Assim, é possível imaginar que, havendo mais advogados militantes de direitos humanos e de causas ambientais, crescerão em quantidade e em qualidade as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e omissão versando especificamente sobre estes temas. Quanto às associações de bairro, poderíamos ir mais além, afirmando que não existe entre elas uma cultura de intensa mobilização e de luta judicial pelos direitos comunitários, o que se reflete na sua nula participação do processo de judicialização. Em outras palavras, a falta de uma *support structure* impede que as associações de bairro se tornem litigantes frequentes.

Contudo, essa explicação – que tem por ideia central a falta de profissionais do direito qualificados em determinadas áreas específicas – certamente é bastante limitada. Isso porque ela evidentemente não se aplica, de maneira alguma, aos partidos políticos ou entidades sindicais, que via de regra contam com qualificadas assessorias jurídicas. No caso destes dois atores, seria lícito afirmar que as questões que lhes são mais relevantes são discutidas apenas no âmbito nacional, o que justificaria o descompasso entre o papel ativo que eles têm desempenhado frente ao STF e o papel bem mais tímido exercido no plano estadual. De qualquer forma, o certo é que caberá a estudos posteriores a investigação das possíveis causas da ausência de uma mobilização jurídica coletiva da sociedade gaúcha no que diz respeito ao ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho espera ter contribuído para o estudo do desempenho de instâncias subnacionais do Poder Judiciário no processo de *policy making* brasileiro. Espera-se ter comprovado a tese de que tribunais regionais, ainda que sejam muito pouco estudados pela doutrina nacional e internacional, podem exercer um papel relevante na arena política local. Nossa hipótese é que o papel político dos Tribunais de Justiça estaduais se faz possível principalmente em decorrência da competência que lhes foi outorgada pela Constituição de 1988 de exercer o controle de constitucionalidade de leis perante suas respectivas Constituições Estaduais.

Afora isso, é necessário deixar claro que as conclusões deste estudo – que apontam que, no Rio Grande do Sul, apenas temas relacionados à Administração Pública têm sido sistematicamente judicializados – são apenas parciais, já que se referem exclusivamente ao âmbito das ADIns. Dessa forma, não se descarta que outras formas de judicialização da política estejam sendo levadas a cabo, e tampouco se duvida que temas que afetam a sociedade civil como um todo estejam sendo levados à apreciação dos magistrados gaúchos. Nesse sentido, estudos posteriores seriam fundamentais para averiguar de que modo instrumentos como o controle difuso de constitucionalidade, as ações civis públicas, os mandados de injunção, os incidentes de inconstitucionalidade, entre outros, estão sendo utilizados para transferir o poder decisório das tradicionais esferas representativas em direção ao Poder Judiciário de nosso estado.

Nesse sentido, procurou-se sustentar, tão-somente, é que a sociedade civil sul-riograndense não tem se usado dos dois instrumento mais poderosos de judicialização de questões políticas, quais sejam, a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão. Talvez por falta de organização de agentes como associações de bairro ou entidades de defesa dos direitos humanos, ou possivelmente por falta de interesse de atores como partidos políticos, o fato é que o Tribunal de Justiça local, em se tratando de controle abstrato de constitucionalidade de leis e atos normativos municipais e estaduais, têm atuado apenas como um órgão de resolução de conflitos intra-estatais, com pouca influência nos demais setores da vida pública local.

Ressalte-se que não é comum, em outros estados da federação, que agentes da sociedade civil possuam legitimidade para contestar, em sede de controle abstrato, leis e atos normativos oriundos do Poder Público local. Em Santa Catarina, federações sindicais, bem

como entidades de classe de âmbito estadual, podem impetrar ADIn perante o TJSC, mas o mesmo não ocorre com entidades de defesa dos direitos humanos, do meio ambiente, e tampouco com associações de bairro⁴². Essa situação é idêntica à do Estado do Rio de Janeiro⁴³. Já as Constituições de Paraná, São Paulo e Minas Gerais, apesar de preverem que seus respectivos Tribunais de Justiça possuem competência para realizar o controle abstrato de leis perante suas respectivas Constituições Estaduais, nada dizem acerca da legitimação ativa para ajuizar essa demanda⁴⁴. Assim, o que se pode dizer é que a Constituição sul-riograndense outorgou à sociedade civil local instrumentos de judicialização da política que não são comumente concedidos pelo constituinte estadual; no entanto, estes mecanismos, por motivos que somente estudos posteriores poderão explicitar, simplesmente não têm sido aproveitados em seu máximo por estes agentes anteriormente mencionados.

Outro aspecto central deste trabalho é a ideia de que, a despeito da importância do debate teórico acerca da *judicial politics*, não se pode mais admitir que os estudos que versem acerca do Poder Judiciário sigam tendo foco exclusivamente ideológico. Em outras palavras, simplesmente argumentar que é positivo ou negativo o crescimento da participação do Poder Judiciário no campo político (como muitos juristas e cientistas políticos têm feito) não parece constituir a abordagem científica mais adequada. Mais importante do que bater a cabeça contra a parede na tentativa de encontrar a resposta “certa” acerca da questão da intervenção do Poder Judiciário na arena política é analisar, com maior rigor e profundidade, de que maneira questões políticas têm sido levadas ao Judiciário, que agentes têm sido responsáveis por esse processo de judicialização da vida pública, qual tem sido a postura da magistratura nacional frente a esta nova dinâmica na separação dos poderes, entre muitas outras. Em outras palavras, é imperioso tentar entender as causas, as consequências, as repercussões da judicialização da política, e não apenas aduzir que este fenômeno é bom ou ruim. Dessa forma, é necessário, em nossa opinião, uma mudança de enfoque por parte da doutrina, que tem se voltado excessivamente a uma abordagem normativa ou depreciativa do tema, muitas vezes sem se preocupar em entender com maior precisão todas as facetas deste contemporâneo fenômeno da judicialização da política no Brasil e no mundo.

Por fim, merece destaque a constatação de que, apesar de haver, no Brasil e no mundo, milhares de estudos acerca do Poder Judiciário, é fato que seguem existindo importantes

⁴² Veja-se art. 85 da Constituição Estadual de Santa Catarina.

⁴³ Veja-se art. 162 da Constituição Estadual do Rio de Janeiro.

⁴⁴ Veja-se art. 74, VI, da Constituição Estadual de São Paulo; art. 101, VII, f, da Constituição Estadual do Paraná; e art. 106, I, h, da Constituição de Minas Gerais.

campos inexplorados nesta temática. O estudo do Judiciário regional e de sua influência no processo de elaboração de políticas públicas municipais e estaduais, por exemplo, tem sido praticamente esquecido pela doutrina brasileira. Dessa forma, é simples a explicação para a ausência de comparações dos dados levantados nesta pesquisa com estatísticas de outras unidades da federação: com efeito, não se tem notícia de obras que examinem o julgamento de ADIns em Tribunais de Justiça de outros estados, o que nos obrigou a restringir a comparação do material coletado frente ao TJRS com as informações disponíveis acerca do STF. Nesse sentido, este estudo espera ter contribuído para chamar a atenção à importância do exame do desempenho de cortes regionais. Resta esperar que estudos posteriores complementem a tarefa que foi aqui iniciada, seja analisando a judicialização da política no Rio Grande do Sul através de outros instrumentos processuais, seja analisando as ADIns julgadas por Tribunais de Justiça de outros estados da federação brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELLÁN, Marina Gascón. Os limites da justiça constitucional: a invasão do âmbito político. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 71-92, jan/mar 2009.

ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: IDESP/Sumaré/EDUC, 1997.

ARANTES, Rogério Bastos; KERCHE, Fábio. Judiciário e democracia no Brasil. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 54, p. 27-41, 1999.

ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a justiça e a política. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (orgs.). *Sistema político brasileiro: uma introdução*. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo: Ed. UNESP, 2004.

ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio Gonçalves. Constituição, governo e democracia. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 21, n. 61, p. 41-62, Junho, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. Rio de Janeiro: Lua Nova, n. 61, pp. 5-24, 2004.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2005.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008 [2007].

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª edição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999 [1978].

CARRUBBA, Clifford. The European Court of Justice, democracy, and enlargement. *European Union Politics*, vol. 4, n. 1, p. 75-100, 2003

CARVALHO NETO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 23, p. 115-124, Novembro, 2004.

CARVALHO NETO, Ernani Rodrigues de. *Revisão abstrata de legislação e a judicialização da política no Brasil*. Tese (Doutorado em Ciência Política). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

CARVALHO NETO, Ernani Rodrigues de. Revisão judícia e judicialização da política no direito ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 28, p. 161-179, junho, 2007.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, vol. 12, n. 34, p. 147-156, junho, 1997.

CHAVEZ, Rebecca Bill. The evolution of judicial autonomy in Argentina: establishing the rule of law in an ultrapresidential system. *Journal of Latin American Studies*, vol. 36, n. 3, p. 451-478, 2004.

CHOMSKY, Noam; FOUCAULT, Michel. *La naturaleza humana: justicia versus poder*. Buenos Aires: Katz, 2006.

COUSO, Javier. Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de lajudicialización de la política. *Revista de Ciencia Política*, Santiago, vol. 24, n. 2, p. 29-48, 2004.

DAHL, Robert. *Polyarchy: participation and opposition*. New Haven: Yale University Press, 1971.

DAHL, Robert. *Um prefácio à teoria democrática*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1989 [1956].

DA ROS, Luciano. *Decretos presidenciais no banco dos réus: análise do controle abstrato de constitucionalidade de medidas provisórias pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil (1988-2007)*. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

DA ROS, Luciano. Fundamentos sócio-políticos do pioneirismo jurisprudencial e da diversificação do espaço jurídico: notas a partir de estudo de caso. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, vol. 109, 2008a. *Revista da Ajuris*, v. 109, p. 217-230, 2008.

DA ROS, Luciano; TAYLOR, Matthew M. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente de estratégia política. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, 2008b, pp. 825-864.

DELLA PORTA, Donatella. A judges' revolution? Political corruption ant the Judiciary in Italy. *European Journal of Political Research*, vol. 39, n. 1, p. 1-21, 2001.

DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Suzana. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as teorias do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998 [1986].

ENTERRÍA, Eduardo García de; MENÉNDEZ, Aurélio Menéndez. *El Derecho, la Ley y el Juez*. Madri: Cuadernos Civiltas, 1997.

EPP, Charles. *The rights revolution: lawyers, activists, and Supreme Courts in comparative perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1998.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. The norm of Stare Decisis. *American Journal of Political Science*, vol. 40, n. 4, p. 1018-1035, 1996.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; SHVETSOVA, Olga. The role of constitutional courts in the establishment and maintenance of democratic systems of government. *Law & Society Review*, vol. 35, n. 1, p. 117-164, 2001.

FEREJOHN, John. Independent judges, dependent judiciary. *Southern California Law Review*, vol. 72, p. 353-384, 1999.

FEREJOHN, John. Judicializing politics, politicizing law. *Law and Contemporary Problems*, vol. 65, n. 3, p. 41-68, September, 2002.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 1999.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*. Rio de Janeiro, Revan, 2001[1999].

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. II. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.

HIRSCHL, Ran. The political origins of judicial empowerment through constitucionalization: lessons from Israel's Constitutional revolution. *Comparative Politics*, vol. 33, n. 3 (april, 2001), pp. 315-335.

KERCHE, Fábio. Autonomia e discricionariiedade do Ministério Público no Brasil. *Dados*, Rio de Janeiro, vol. 50, n. 2, p. 259-279, 2007.

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

LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003 [1999].

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIÉRO, Daniel. *Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010 [2009].

MCGUIRE, Kevin. Explaining Executive success in the U.S. Supreme Court. *Political Research Quarterly*, vol. 51, n. 2, p. 505-526, June, 1998.

NAVIA, Patrício; RÍOS-FIGUEROA, Julio. The constitutional adjudication mosaic in Latin America. *Comparative Political Studies*, vol. 38, n. 2, p. 189-217, March, 2005.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O Supremo Tribunal Federal no processo de transição democrática: uma análise do conteúdo dos jornais Folha de S. Paulo e Estado de S. Paulo. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 22, p. 101-118, Junho, 2004.

PALERMO, Vicente. Como se governa o Brasil? O debate sobre instituições políticas e gestão de governo. *Dados*, Rio de Janeiro, vol. 43, n. 3, 2000.

POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

POZZOLO, Suzana. O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico: a reconstrução neoconstitucionalista da teoria do direito, suas incompatibilidades com o positivismo jurídico e a descrição de um novo modelo. In: DUARTE, Écio Oto Ramos;

POZZOLO, Suzana. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as teorias do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006.

RÍOS-FIGUEROA, Júlio. Fragmentation of power and the emergence of an effective judiciary in Mexico, 1994-2002. *Latin American Politics and Society*, vol. 49, n. 1, p. 31-57, Spring, 2007.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 95-133, jan/mar 2009.

STATON, Jeffrey K. *Judicial Power and Strategic Communication in Mexico*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

TAYLOR, Matthew MacLeod. Veto and voice in the courts: policy implications of institutional design in the Brazilian judiciary. *Comparative Politics*, vol. 38, n. 3, p. 337-355, April, 2006.

TAYLOR, Matthew MacLeod; RÍOS-FIGUEROA, Julio. Institutional determinants of the judicialisation of policy in Brazil and México. *Journal of Latin American Studies*, vol. 38, n. 4, p. 739-766, 2006.

TAYLOR, Matthew MacLeod. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. *Dados*, Rio de Janeiro, vol. 50, n. 2, p. 229-257, 2007.

TAYLOR, Matthew MacLeod. *Judging Policy: courts and policy reform in democratic Brazil*. Stanford: Stanford University Press, 2008.

TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn (eds.). *The global expansion of judicial power: the judicialization of politics*. New York: New York University Press, 1995.

TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn. The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. In: TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn (eds.). *The global expansion of judicial power: the judicialization of politics*. New York: New York University Press, 1995a.

VALE, Osvaldo Trigueiro do. *O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-institucional*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976.

VANBERG, Georg. Legislative-judicial relations: a game-theoretical approach to constitutional review. *American Journal of Political Science*, vol. 45, n. 2, p. 346-361, April, 2001.

VERBIRACO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4 (2), p. 389-406, jul/dez 2008.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: A Suprema Corte e Ativismo Judicial “à brasileira.” *Revista Direito GV*, vol. 4, n. 2, p. 407-440, 2008.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *O perfil do magistrado brasileiro*. Rio de Janeiro: IUPERJ/AMB, 1996.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo Social, Revista de Sociologia Política da USP*, v. 19, n. 2, p. 39-85, Novembro de 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, vol. 4, n. 2, p. 461-464, 2008.

VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Maria França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo; precedentes e processo decisório no STF. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 5 (1), pp. 21-44, jan/jun 2009.

PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS CITADOS

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 70020894606*. Relatora Des^a Maria Isabel de Azevedo Sousa. Julgada em 12/11/2007. Disponível em www.tjrs.jus.br. Acesso em 15/09/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 70021581285*. Relator Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino. Julgado em 12/05/2008. Disponível em www.tjrs.jus.br. Acesso em 15/09/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 70022494538*. Relator Des. José Aquino Flores de Camargo. Julgado em 16/06/2008. Disponível em www.tjrs.jus.br. Acesso em 15/09/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 70022512230*. Relator Des. José Aquino Flores de Camargo. Julgado em 28/7/2008. Disponível em www.tjrs.jus.br. Acesso em 15/09/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 70022341077*. Relator Des. José Aquino Flores de Camargo. Julgada em 04/08/2008. Disponível em www.tjrs.jus.br. Acesso em 15/09/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 70024412983*. Relator Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino. Julgado em 10/11/2008. Disponível em www.tjrs.jus.br. Acesso em 15/09/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 70022258636*. Relator Des. João Carlos Branco Cardoso. Julgado em 15/12/2008. Disponível em www.tjrs.jus.br. Acesso em 15/09/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 70022964290*. Relator Des. José Aquino Flores de Camargo. Julgado em 15/12/2008. Disponível em www.tjrs.jus.br. Acesso em 15/09/2010.

Brasil. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão 70027424456*. Relator Min. Arno Werlang, j. 09/03/2009. Disponível em www.tjrs.jus.br. Acesso em 15/09/2010.

Brasil. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão 70034400846*. Relator Des. Arno Werlang. Julgado em 10/05/2010. Disponível em www.tjrs.jus.br. Acesso em 15/09/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 849/DF*. Relator Min. Adalício Nogueira. Julgado em 10/03/1971. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 31/07/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 92.169/SP*. Relator Min. Soares Munoz. Julgado em 26/05/1981. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 31/07/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 9/DF*. Relatora para acórdão Min^a Ellen Greice. Julgado em 13/12/1991. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 31/07/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 370/MT*. Relator Min. Antônio Villas Boas. Julgado em 15/05/1992. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 31/07/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 434/SP*. Relator Min. Francisco Rezek. Julgado em 10/12/1994. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 31/07/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 168.149/RS*. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 26/05/1995. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 31/07/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 383/SP*. Relator para acórdão Min. Maurício Corrêa. Julgado em 20/09/1995. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 31/07/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.423/SP*. Relator Min. Moreira Alves. Julgado em 20/06/1996. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 31/07/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação. 602/SP*. Relator Min. Ilmar Galvão. Julgado em 03/09/1997. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 31/07/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2010-2/DF*. Relator Min. Celso de Melo. Julgado em 30/09/1999. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 31/07/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 82.424/RS*. Relator Min. Moreira Alves. Julgado em 17/09/2003. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 31/07/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.797/DF*. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 15/09/2005. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 31/07/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.591/DF*. Relator Min. Eros Grau. Julgado em 14/12/2006. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 31/07/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.969/ DF*. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Julgada em 28/06/2007. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 31/07/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE*. Voto do Min. Celso de Mello. Julgamento 17/03/2010. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 31/07/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4335/AC*. Relator Min. Gilmar Mendes. pendente de julgamento. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 31/07/2010.